

## **COORDENADORES**

Reyler Rodríguez Chávez

Jaime Domingues Brito

Teófilo Marcelo Arêa Leão Júnior

## **ORGANIZADORES**

Edgardo Torres López

Ilton Garcia da Costa

Rogério Cangussu Dantas Cachichi

**COLETÂNEA DIREITOS HUMANOS EM HOMENAGEM AO HUMANISTA**

# **MELITÓN TORRES TOVAR**

## **PREFÁCIO**

Manuel Miranda Canales

## **PRÓLOGO**

Edgardo Torres López

## **APRESENTAÇÃO**

Lafayette Pozzoli

## **POSFÁCIO**

Olides Millezi Júnior



**Instituto Memória**

**CAIXA**

## COORDENADORES

Reyler Rodríguez Chávez  
Jaime Domingues Brito  
Teófilo Marcelo Arêa Leão Júnior

## PREFÁCIO

Manuel Miranda Canales

## PRÓLOGO

Edgardo Torres López

## ORGANIZADORES

Edgardo Torres López  
Ilton Garcia da Costa  
Rogério Cangussu Dantas Cachichi

## APRESENTAÇÃO

Lafayette Pozzoli

## POSFÁCIO

Olides Millezi Júnior

COLETÂNEA DIREITOS HUMANOS EM HOMENAGEM AO HUMANISTA

# MELITÓN TORRES TOVAR

APOIO CULTURAL:

**CAIXA**

APOIO ACADÊMICO:

  
**GP CERTOS**

**DiFuSo**

1ª Edição - Curitiba - 2018



© Todos os direitos reservados

**Instituto Memória Editora & Projetos Culturais**  
Rua Deputado Mário de Barros, 1700, Cj. 117, Juvevê  
CEP 80.530-280 – Curitiba/PR.  
Central de atendimento: (41) 3016-9042  
**[www.institutomemoria.com.br](http://www.institutomemoria.com.br)**

ISBN 978-85-5523-205-3



**Editor: Anthony Leahy**

**Projeto Gráfico: Barbara Franco**

**Revisão final realizada pelos próprios autores**

**ISBN: 978-85-5523-205-3**

BRITO, J. D.  
CACHICHI, R. C. D.  
CHÁVEZ, R. R.  
COSTA, I. G. da  
LÓPEZ, E. T.  
LEÃO JÚNIOR, T. M. A.

Coletânea Direitos Humanos em Homenagem ao Humanista Melitón Torres Tovar. Coordenadores: Reyler Rodríguez Chávez, Jaime Domingues Brito, Teófilo Marcelo Arêa Leão Júnior. Organizadores: Edgardo Torres López, Ilton Garcia da Costa, Rogério Cangussu Dantas Cachichi. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2018.

948 p.

1. Direito 2. Filosofia 3. Política I. Título.

CDD: 340

# COORDENADORES

---

## **Reyler Rodríguez Chávez**

Professor da Academia de Magistratura. Mestre em direito pela Pontifícia Universidade Católica. Membro fundador do Centro de Investigación Jurídica Essentia Iuris. Juiz de Paz Letrado Titular da Corte Superior de Justiça de Lima Norte/Peru.

## **Jaime Domingues Brito**

Mestre e Doutor em Direito. Professor titular da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e do Curso de Pós-graduação de Direito Civil e de Processual Civil do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Advogado.

## **Teófilo Marcelo Arêa Leão Júnior**

Pós-doutor em Cidadania e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, Doutor em Direito Constitucional pela ITE – Bauru, Mestre em direito das relações sociais pela PUC-SP, graduado pela Faculdade de Direito de Marília, mantida pela Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, onde é professor na graduação e mestrado. Advogado.

# ORGANIZADORES

---

## **Edgardo Torres López**

Mestre em Direito. Juiz Superior da Corte Superior de Justiça de Lima Norte/Peru.

## **Ilton Garcia da Costa**

Membro honorário de E-Justicia Latinoamérica. Mestre e doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Administração pelo Centro Universitário Ibero Americano UNIBERO. Graduado em Matemática. Advogado no Brasil. Professor de ensino superior da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

## **Rogério Cangussu Dantas Cachichi**

Graduado em direito, graduado em filosofia. Aluno especial no mestrado em direito do Centro o Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM/Fundação. Membro do grupo de pesquisa GP CERTOS. Juiz Federal da Subseção Judiciária de Jacarezinho/PR.

# DEDICATÓRIA

---

À memória de Melitón Torres Tovar e àqueles  
que, a exemplo dele, lutaram por justiça e  
concretização de direitos humanos.

## AGRADECIMENTOS ESPECIAIS

---

Pela concretização do projeto, os organizadores agradecem em especial à Caixa Econômica Federal – CEF nas pessoas de Élcio José Coelho de Lara, Diretor; Wladimir Roberto dos Santos, Superintendente; Olides Milezi Junior, Gerente Regional; Fernando Sorelli Cardoso de Faria, assistente da Superintendência; Murilo Araujo Pouzato e Igor César Serpeloni, Gerentes Gerais de Agências; e ao Dr. Nilton Massanori Sato, ex-Gerente.

Agradecem, ainda, ao Doutor Gilson Luiz Inácio, Juiz Federal brasileiro, incentivador dos estudos em matéria de direitos humanos.

Ao final, agradecem à Editora do Instituto Memória e ao Editor, Prof. Anthony Leahy, cuja postura de nunca recusar desafios editoriais nos motiva prosseguir na senda da busca pelo saber transformador.

A todos eles, muito obrigado!

***Coordenadores e Organizadores***

---

COLETÂNEA DIREITOS HUMANOS EM HOMENAGEM AO HUMANISTA

# **MELITÓN TORRES TOVAR**

---



# AUTORES PARTICIPANTES

---

Ana Carolina Olsen  
Ana Cleusa Delben  
Ana Cristina Lemos Roque  
Ana Flávia de Andrade Nogueira Castilho  
Angélica Grandas Ferrand  
Ana Luiza Godoy Pulcinelli  
Antônio César Bochenek  
Archimedes Dias Neto  
Bruna de Oliveira da Silva Guesso  
Scarmanhã  
Bruno Giovannini de Paulo  
Caio César Tenório Garé  
Delamar José Volpato Dutra  
Edgardo Torres López  
Edinilson Donisete Machado  
Eduardo Tozzini  
Edwin Figueroa Gutarra  
Everson Aparecido Contelli  
Fabio Fernandes Neves Benfatti  
Fabiola Orlando  
Felipe Ryuji Coimbra Miyamoto  
Fernando Henrique da Silva Horita  
Flávio Pierobon  
Gilberto Passos de Freitas  
Ilton Garcia da Costa  
Ivana Nobre Bertolazo  
Ivanaldo Santos  
Jaime Cubides Cárdenas  
João Angelo Barbosa Lima II  
João Carlos Fazano Sciarini  
Jorge Isaac Torres Manrique  
José Rodolfo Castelo de Rezende  
José Eduardo Lourenço dos Santos  
Juan Marcelino González Garcete  
Júlio César Michelucci Tanga  
Kaline Ferreira Davi  
Lara Bianca Stefano  
Larissa Delle Siquinelli  
Larissa Leandro Lara  
Lucas Antonio Saran  
Lucas Ruiz Balconi  
Luis María Palma  
Luiz Ismael Pereira  
Luma Gomes Gândara  
Marco Antonio Turatti Junior  
Manuel Jaén Vallejo  
Maria Aparecida Gagliardi  
Maria Cristina Müller  
Mariana Piovezani Moreti  
Mariane Miguel

Matheus Conde Pires

Nathan Barros Osipe

Oscar G. Barrientos Jiménez

Paolo Cecconi

Patrícia Diógenes de Melo

Rafael José Nadim de Lazari

Rafaela de Oliveira Tomba

Renan Cauê Miranda Pugliesi

Ricardo Pinha Alonso

Ricardo Bispo Razaboni Junior

Roberto da Freiria Estevão

Roberto M. Pagés

Rogério Cangussu Dantas Cachichi

Romina Florencia Cabrera

Silmara Veiga de Souza

Teófilo Marcelo de Área Leão

Tiago Cappi Janini

Vera Cecília de Arantes Fernandes Costa

Vladimir Passos de Freitas

### **DEPOIMENTOS**

Gino Marco Torres Orihuela

Milton Miranda Paredes

# PREFÁCIO

---

Hace aproximadamente 8 años en un viaje a la ciudad de Arequipa, tuve el agrado de visitar al Dr. Melitón Torres Tovar, jurista y padre del juez superior Edgardo Torres López, juez con quien trabajé en la Primera y Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Lima Norte los años 2004 al 2010, y también padre de 3 hijos, Regina, Luis Fernando y Ana Cecilia; casado con la señora Regina López Delgado de Torres, y hago referencia a ello, pues han formado juntos, no solamente una hermosa familia; además de los valores éticos, han inculcado en sus hijos el valor de la disciplina en el trabajo, en el estudio y en particular en la investigación; prueba de ello es el presente trabajo.

Pues bien, el Dr. Melitón Torres Tovar vivía con su señora esposa en un modesto departamento en Umacollo, cercado de la ciudad, con austeridad y sencillez propia de los abogados que se dedican primero, a su crecimiento profesional. En aquella oportunidad, tuvimos una conversación grata y amena; con las formales maneras casi señoriales, que caracterizan a los abogados del interior del país y sobre todo de antaño; dialogamos sobre la realidad del país, y sobre el legado de los abogados ilustres de Arequipa, como Francisco Mostajo, José Luis Bustamante y Rivero, Humberto Núñez Borja, entre otros; no solamente hablamos de Derecho, también de cultura en general, en literatura, política y la coyuntura del país.

Así transcurrió el tiempo y siempre recibía sus cordiales saludos por intermedio de su hijo Edgardo, y yo transmitía los míos; sentí su sensible fallecimiento hace menos de un año. Pensé, se fue un hombre correcto, y reconocido jurista de Arequipa, que ha contribuido como lo refleja la presente publicación en la formación e impulso del Derecho Urbanístico en el Perú.

Haber sido uno de los juristas en la década de los 70, que posibilitó la entrega de miles de títulos de propiedad en los denominados pueblos jóvenes de la ciudad de Arequipa, es algo que recién se valora en su real dimensión.

El Dr. Melitón Torres Tovar junto con otros profesionales, planificó, diseño, organizó y ejecutó una política pública importante en esa década es decir del reconocimiento del derecho fundamental de la propiedad de lotes para vivienda para los desposeídos; lotes que al paso de los años fueron residencias de material noble de 2 y hasta de 3 pisos. Esto fue un logro magnifico, no solamente desde el punto de vista social, sino eminentemente para la materialización de uno de los derechos de naturaleza económica, como es el derecho de propiedad.

Posibilitar legalmente la propiedad de un inmueble a una persona tiene consecuencias positivas en la realización personal y social de los ciudadanos y en la

concretización de un derecho de naturaleza constitucional. Esta es tal vez una de las principales razones, por las que el terrorismo en la década de los 80, no se diseminó en Arequipa; la gran mayoría de pobladores, son propietarios de lotes de terrenos, en los que viven en paz y trabajando, para el desarrollo social y económico de sus familias y del país.

El presente libro homenaje al jurista peruano, Melitón Torres Tovar, que se realiza desde el Brasil, no hace más que ratificar la importancia que tiene para la paz y el desarrollo social, la buena conducta de los juristas, que por su probidad, sencillez y conocimientos jurídicos, trascienden las fronteras nacionales, y merecen ser conocidos en otros continentes.

Asimismo el libro releva la importancia del Derecho Urbanístico, con su disciplina hermana, el Derecho al Medio Ambiente para lograr la paz, la seguridad y el desarrollo; disciplinas jurídicas que se deben conocer y aplicar, como bien enseñó el jurista Melitón Torres Tovar, que ha pasado a ser uno de los juristas arequipeños, que siempre se recordará, por su permanente lucha a favor del derecho de los más pobres. Que descanse en paz.

***Manuel Miranda Canales***

Presidente del Tribunal Constitucional de  
la República del Perú. (Año 2017)

# PRÓLOGO

---

Mediante la presente publicación, se rinde homenaje póstumo a un ilustre jurista peruano, don Melitón Torres Tovar, reconocido impulsor de los deberes y derechos humanos; y el derecho urbanístico.

El homenaje se justifica, como ejemplo y motivo de inspiración para continuar su legado humanístico y jurídico.

Dicho legado no se mide por los títulos académicos obtenidos, los libros escritos o conferencias brindadas; sino por el aporte jurídico concreto que se efectuó para hacer realidad en un pueblo, una parte importante de los derechos y deberes fundamentales.

Melitón Torres Tovar, dedicó intensa y eficientemente más de 50 años de su vida profesional al servicio al Estado y la sociedad; en diversas instituciones públicas, responsables de promover el desarrollo social y urbanístico; específicamente de hacer realidad el derecho humano a la vivienda.

El derecho a la vivienda o moradía, es un derecho humano fundamental, consagrado en los tratados Internacionales de las Naciones Unidas, que poco se conoce; y menos, se respeta.

En el caso de América Latina, ha sido reclamado por diversas poblaciones en grandes conflictos sociales; por ejemplo en las Favelas de Brasil; Villa Miseria en Argentina, Callampas en Chile, Ranchos en Venezuela, y Pueblos Jóvenes en Perú.

En todos esos lugares personas migrantes del interior del país, ocuparon terrenos eriazos de propiedad del estado, agregándoles con su posesión y trabajo, valor económico; construyendo en base a faenas comunales y a un sistema de ayuda mutua, un sin número de viviendas, como muestra clara de solidaridad social.

Es allí dónde intervienen juristas de la talla de Melitón Torres, que trabajaron arduamente para encausar los procesos sociales, transformando los problemas generados, en soluciones de paz con justicia; asimismo orientando los justos reclamos del derecho a la vivienda; en una alternativa de planificación urbanística; libertad, y respeto a los deberes y derechos humanos, otorgando títulos legales a personas y familias que lograron la propiedad de terrenos eriazos del Estado, por prescripción adquisitiva.

Otorgar a una persona, la calidad de propietaria de un lote de terreno eriazo; creando las oportunidades de vivienda, educación, salud y trabajo, fue contribuir a evitar rebeliones de violencia y caos; que cabalmente al paso de los

años incurrieron sectores ideologizados que no participaron en los procesos de renovación urbana y saneamiento físico y social, con respeto a los derechos fundamentales.

Finalmente debe considerarse que la presente publicación se realiza como parte del proyecto colectivo de un libro para la difusión de la paz, deberes, derechos humanos y derecho urbanístico, organizado por reconocidos académicos de Brasil, Excmo. Juez Rogerio Cangussu y Doctor Ilton Da Costa, con el patrocinio de la Caixa Económica Federal.

Agradezco profundamente en representación de todos los hijos nietos y biznietos de Melitón Torres Tovar, por la generosidad puesta por los organizadores de la obra, y el reconocimiento que se hace desde el Brasil, a un jurista peruano, haciendo recordar esa famosa sentencia bíblica. Algunas veces los profetas no son reconocidos en su tierra, sino fuera de ella, en este caso en un país hermano. Muchas gracias por la atención.

***Edgardo Torres López***

# APRESENTAÇÃO

---

*Não é a academia pela academia, mas a academia para a comunidade, a academia para a sociedade.*

*Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa*

Não há dúvida quanto à urgência de algumas reflexões acerca da atual crise mundial vivenciada atualmente. Cumpre-nos pensá-la numa perspectiva de união entre os povos. Para tanto, é sabida a importância na divulgação da cultura latino-americana nesse contexto da desejável integração.

Salutar o registro memorial e a celebração de grandes personalidades latino-americanas que muito colaboraram para a pacificação social em seu meio. É nesses quadrantes que veio a lume essa obra em homenagem a Dr. Melitón Torres Tovar, grande humanista e pacificador peruano que muito impulsionou a justiça social e os direitos fundamentais em seu país por meio de políticas públicas urbanísticas.

Um plexo infindável de assuntos aqui é tratado: de filosofia, política, argumentação, lógica até direitos humanos, direitos sociais e tutela jurídica, além de vários escritos próprios do homenageado são reunidos para que o público tenha acesso a múltiplas visões sobre temas relevantes de nosso tempo. O direito como ciência social aplicada há de se valer de um sem-número de outros campos do saber para atingir certo (e também discutível) escopo de pacificação social.

Direitos humanos são desrespeitados nas mais diversas localidades no mundo todo. Estamos diante de um singular momento jurídico, histórico e sociológico notadamente na América Latina, um período crítico em que por todos os lados campeiam conflitos, notórias e alarmantes violações de direitos fundamentais, corrupção sistêmica que com sanha inaudita apodrece as instâncias da administração pública até os fundamentos, sem contar com a não menos grave degeneração das relações internacionais, só para citar algumas mazelas que assolam nosso povo latino-americano. Basta lembrar que, prestes a completar 70 anos a Declaração Universal dos Direitos Humanos, muito ainda temos a concretizar em matéria de direitos humanos em nosso continente.

O livro vem dividido em duas grandes partes: doutrinal e biográfica. A primeira contém três seções, das quais a última com textos de autoria do homenageado; a parte biográfica da obra que traz valiosos registros da vida familiar

e íntima, incluindo fotos e depoimentos daqueles que tiveram o privilégio conhecer a fundo sua luta.

É dever de todos combater a marginalização e a miséria que assolam os povos latino-americanos, cavando masmorras ao vício, erguendo templos à virtude! E é com esse espírito de luta e de pacificação que essa obra foi forjada, com amor e zelo pela memória e pelo exemplo de vida deixado por Melitón Torres Tovar em prol de um futuro melhor para todos.

***Lafayette Pozzoli***

# IN MEMORIAN

---

## MELITÓN TORRES TOVAR IMPULSOR DEL DERECHO URBANO



Nació en Arequipa el 21 de enero de 1932; fue el 9vno, hijo de Luis Francisco Torres y Ana Tovar; de una familia de 11 hermanos. Cursó estudios escolares en el glorioso Colegio Independencia Americana; finalizados, ingresó a la Universidad San Agustín de Arequipa; posteriormente viajó a Cuzco, continuando sus estudios en la Universidad San Antonio de Abad; regresó a Arequipa y en la Universidad Nacional de San Agustín su Alma Mater logró el grado académico de bachiller en derecho y posteriormente el título profesional de abogado.

Contrajo matrimonio con doña Regina López Delgado, con quien tuvo 4 hijos, Regina Maritza Beatriz, Edgardo, Luis Fernando y Ana Cecilia Torres López.

Al paso de 55 años de matrimonio ininterrumpido, fue abuelo de 8 nietos; José Antonio, Gina Melisa, Luis Felipe, Alessia, Stefhany, Sofia Lourdes, Luciana, y Luis Fabricio. Asimismo bisabuelo de Joaquín y Antonella.

Se orientó desde joven por la especialidad de derecho urbanístico, por las enseñanzas de maestros, como Humberto Núñez Borja, Raúl Torres Fernández, Cesar Gutiérrez Medina, Emilio Suarez Galdós entre otros reconocidos juristas de Arequipa, Perú.

Trabajó ejerciendo la profesión de abogado en la Junta de Rehabilitación Departamental de Arequipa, (JRDA) en el Sistema Nacional de Movilización Social, (SINAMOS) en el Ministerio de Vivienda y Construcción; y en el Concejo Provincial de Arequipa, como asesor legal en la especialidad de derecho administrativo, urbanismo y vivienda.

A los 30 años de ejercicio profesional, fue elegido como candidato independiente, Regidor del Concejo Provincial de Arequipa, en la lista conformada

por el candidato a Alcalde don José Villalobos Ampuero; el Alcalde elegido por votación popular en esa época fue don Rafael Braganini Zapater.

Como Regidor impulsó un novedoso programa de modernización y simplificación administrativa en el Municipio, convencido que la reforma del Estado y fortalecimiento de la democracia, desarrollo y progreso deberían empezar a nivel institucional por los Gobiernos Locales, puestos al servicio de la paz y la justicia.

En su fructífera y larga trayectoria profesional, fue autor de diversos proyectos de ley y Decretos Supremos, que posibilitaron la planificación urbana, y adjudicación de decenas de miles de títulos de propiedad de lotes para vivienda, en terrenos eriazos del Estado, para familias de escasos recursos económicos.

Con dichas normas se evitó la agudización de los conflictos sociales, y previno mayores invasiones y luchas por la posesión de terrenos deshabitados y abandonados.

Los lotes de terreno para vivienda en Pueblos Jóvenes, debidamente titulados se convirtieron en el Perú, según constatación del reconocido economista Hernando de Soto en el libro *El Otro Sendero*, en un patrimonio de riqueza, estabilidad social, y potencia de desarrollo urbanístico; se agrega en gran parte ello, gracias a la planificación urbanística, y normas promulgadas por diversos gobiernos que recibieron aportes de estudiosos del derecho urbanístico como el jurista Melitón Torres Tovar.

Melitón Torres escribió 3 libros; *Temas Municipales*; *Comisión Formalizadora de la Propiedad Informal "COFOPRI"* y *Nueva Ley Orgánica de Municipalidades en el Perú*. Asimismo numerosos artículos de contenido jurídico en la especialidad de Derechos Humanos, Constitucional, y Derecho Urbanístico, que serán reunidos en una publicación, a efectuarse en el Estado de Paraná Brasil, como homenaje a su trayectoria humanística y continua lucha por el derecho y la justicia.

Fue reconocido por el ilustre Colegio de Abogados de Arequipa por 50 años de ejercicio profesional de la Abogacía.

Falleció por una infección intra hospitalaria; luego 3 meses de tratamiento faltando un mes para cumplir 85 años el 21 de diciembre de 2016.

Deja un legado humanístico y jurídico con base en la doctrina de los deberes y derechos humanos, que se relaciona con las enseñanzas sociales de la Iglesia Católica.

***Edgardo Torres López***

# SUMÁRIO

---

## PARTE DOUTRINAL

### SEÇÃO I FILOSOFIA, POLÍTICA, ARGUMENTAÇÃO E LÓGICA

**DIREITO E PODER SEGUNDO HABERMAS E DERRIDA.....31**

Delamar José Volpato Dutra

**BREVE SEMBLANZA DE LOS GOBIERNOS DEL PERÚ DEL SIGLO XX E INICIOS DEL SIGLO XXI.....45**

Edgardo Torres López

**O SILÊNCIO DA RAZÃO: A LÓGICA E A QUESTÃO DO MÍSTICO NO TRACTATUS LOGICO-PHILOSOPHICUS.....88**

Lucas Antonio Saran

**NEOLIBERALISMO E CRISE DA DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE DAS POLÍTICAS DE AUSTERIDADE NO BRASIL.....99**

Lucas Ruiz Balconi

Mariana Piovezani Moreti

Fabio Fernandes Neves Benfatti

**A UNIVERSALIZAÇÃO DO DIREITO À VIDA E À DIVERSIDADE CULTURAL....112**

Ivanaldo Santos

Patrícia Diógenes de Melo

**REFLEXÕES ACERCA DA REPRODUÇÃO IN VITRO E DOS DIREITOS DA  
PERSONALIDADE.....128**

João Carlos Fazano Sciarini

Luma Gomes Gândara

**RESGATE DO IDEAL DEMOCRÁTICO NO DIREITO AMBIENTAL  
PLANETÁRIO.....143**

Ana Carolina Olsen

Vladimir Passos de Freitas

**PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO AMBIENTAL APLICADO AO NOVO  
CÓDIGO FLORESTAL: JUSTIFICAÇÃO EXTERNA E INTERNA.....158**

Gilberto Passos de Freitas

Rogério Cangussu Dantas Cachichi

Silmara Veiga de Souza

**MEDIAÇÃO INTERDISCIPLINAR: DIREITO DE FAMÍLIA E A PSICANÁLISE.....172**

Fabiola Orlando

**ARGUMENTACIÓN JURÍDICA SISTÉMICA INTERDISCIPLINARIA: UNA NUEVA  
MANERA DE FUNDAMENTAR DE MODO CONTUNDENTE Y EFICAZ.....182**

Jorge Isaac Torres Manrique

**HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E DERROTABILIDADE NORMATIVA:  
CAMINHOS PARA UM DIREITO HUMANISTA.....195**

Ana Cristina Lemos Roque

Bruno Giovannini de Paulo

**PARCERIA PÚBLICA PRIVADA SUSTENTÁVEL: EM BUSCA DE UMA BASE FILOSÓFICA.....207**

Teófilo Marcelo de Área Leão

Fernando Henrique da Silva Horita

**OS DESAFIOS DA JUSTIÇA: PARTICIPAÇÃO, REFORMA E NOVOS MODELOS.....221**

Luis María Palma

**CULTURA COMO PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y PAZ SOCIAL.....245**

Romina Florencia Cabrera

**CONCEPÇÃO CONSTITUCIONAL DE CIDADANIA: A CIDADANIA COMO DIREITO HUMANO.....263**

Flávio Pierobon

**CIDADANIA COMO PARTICIPAÇÃO POLÍTICA.....294**

Maria Cristina Müller

**LOS ABOGADOS Y LOS JUECES: UNA RELACIÓN DE COMPLEMENTARIEDAD.....328**

Edwin Figueroa Gutarra

**HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO INTERNO E BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE.....338**

Archimedes Dias Neto

Mariane Miguel

**TAXONOMÍA Y APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO EN COLOMBIA.....355**

Jaime Cubides Cárdenas

Angélica Grandas Ferrand

Juan Marcelino González Garcete

**LE FUSIONI DI ENTI NEL FRASTAGLIATO PANORAMA ITALIANO DEI COMUNI, FRA STORIA, CRISI ECONOMICA E INNOVAZIONE FORZOSA: IL CASO DI VERNIO IN TOSCANA.....375**

Paolo Cecconi

Eduardo Tozzini

**LA DICTADURA POPULISTA DE JUAN VELASCO ALVARADO EN EL PERÚ DE LOS 60.....399**

Edgardo Torres López

**SEÇÃO II**

**DIREITOS HUMANOS, DIREITOS SOCIAIS E TUTELA JURÍDICA**

**PISO DE PROTECCIÓN SOCIAL: DOCTRINA CONTEMPORÁNEA DESARROLLADA POR LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO, HERRAMIENTA CLAVE PARA PROMOVER CONDICIONES FAVORABLES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES.....431**

Oscar G. Barrientos Jiménez

**A IMPORTÂNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM PROL DA EFETIVAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE NA SEARA BRASILEIRA.....453**

Bruna de Oliveira da Silva Guesso Scaramanhã

Ilton Garcia da Costa

**COTAS RACIAIS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS: ANÁLISE DAS COTAS RACIAIS FRENTE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA.....468**

Everson Aparecido Contelli

Felipe Ryuji Coimbra Miyamoto

Rafaela de Oliveira Tomba

**OS PRECEDENTES HETERONORMATIVOS NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO E A INVISIBILIDADE JURÍDICA DA TRANS E INTERSEXUALIDADE SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS.....485**

Marco Antonio Turatti Junior

**IGUALDADE DE GÊNERO E A APOSENTADORIA DA MULHER.....498**

Vera Cecília de Arantes Fernandes Costa

**O FIM DA PLENA EDUCAÇÃO SUPERIOR: QUESTÕES TEÓRICAS A PARTIR DA COMPARAÇÃO DOS QUADROS DE POLÍTICAS PÚBLICAS DO BRASIL E BOLÍVIA.....528**

Luiz Ismael Pereira

**A TOMADA DA DECISÃO APOIADA: UM NOVO INSTITUTO CRIADO PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.....545**

Ana Cleusa Delben

Ivana Nobre Bertolazo

Maria Aparecida Gagliardi

**DEFICIÊNCIAS INTELECTUAIS E SUAS IMPLICAÇÕES NO ACESSO À EDUCAÇÃO NO BRASIL.....559**

Ricardo Pinha Alonso

Ana Flávia de Andrade Nogueira Castilho

Lara Bianca Stefano

**A TUTELA JURÍDICA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO SISTEMA INTERAMERICANO.....574**

Rafael de Lazarii

João Angelo Barbosa Lima

**INFANCIA, ADOLESCENCIA, DELITO Y SISTEMA PENAL EN ARGENTINA.....600**

Roberto M. Pagés

**PRINCIPIOS DE HUMANIDAD Y REINSERCIÓN SOCIAL EN EL DERECHO PENAL.....614**

Manuel Jaén Vallejo

**JUSTIÇA RESTAURATIVA E TRANSMODERNIDADE.....629**

Fabiola Orlando

**LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y SU CORRELACIÓN CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CONSTITUCIONAL. CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES ACERCA DE “LA OTRA CUARTA OLA” Y DEL CONTINGENTE SURGIMIENTO DE UN ESTADO RESTAURADOR DE DERECHO.....637**

Jorge Isaac Torres Manrique

**MÉTODO APAC E AMÉRICA LATINA: A BUSCA POR UMA SOLUÇÃO À QUESTÃO CARCERÁRIA ATRAVÉS DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA.....654**

Júlio César Michelucci Tanga

Renan Cauê Miranda Pugliesi

Roberto da Freiria Estevão

Rogério Cangussu Dantas Cachichi

**ESTUDO VITIMOLÓGICO PARA UMA POLÍTICA DE REDUÇÃO DE DANOS DA VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA NOS CRIMES SEXUAIS.....675**

José Rodolfo Castelo de Rezende

Larissa Leandro Lara

Luma Gomes Gândara

**ANULANDO LA APLICACIÓN DEL NUEVO PROCESO INMEDIATO POR HABERLO DISPUESTO EN LUGAR DEL COMÚN Y POR VULNERAR DERECHOS FUNDAMENTALES: A PROPÓSITO DE LA CASACIÓN N° 804-2016 SULLANA.....702**

Jorge Isaac Torres Manrique

**PATRONATO MUNICIPAL: A EFETIVAÇÃO DA EDUCAÇÃO E A SOCIALIZAÇÃO DO EGRESSO.....716**

Edinilson Donisete Machado

Matheus Conde Pires

**EXCLUSÃO SOCIAL NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS.....729**

José Eduardo Lourenço dos Santos

Caio César Tenório Garé

Larissa Delle Siquinelli

**ALTERNATIVAS PARA A POTENCIALIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.....740**

Antônio César Bochenek

Nathan Barros Osipe

Rogério Cangussu Dantas Cachichi

**APORTES SOBRE O PEDIDO DE CANCELAMENTO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 5.....766**

Ricardo Bispo Razaboni Junior

Rafael José Nadim de Lazari

**MAGISTRATURA DE INFLUÊNCIA: UMA ALTERNATIVA AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRADICIONAL.....776**

Kaline Ferreira Davi

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE: BREVE ABORDAGEM A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.....790**

Tiago Cappi Janini

Ana Luiza Godoy Pulcinelli

**REVISITANDO A INTERRUPÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS FACE AO INADIMPLENTO DO USUFRUIDOR E O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....806**

Rafael José Nadim de Lazari

Ricardo Bispo Razaboni Junior

**DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: SÍNTESIS MAGISTRAL Y EQUILIBRADA DEL DERECHO NATURAL Y POSITIVO.....824**

Edgardo Torres López

**SEÇÃO III**

**ESCRITOS DE AUTORIA DO HOMENAGEADO**

**¿EN EL PERÚ LA JUSTICIA SE SUBASTA? .....843**

Melitón Torres Tovar

<b>LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.....</b>	<b>845</b>
Melitón Torres Tovar	
<b>EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL PERÚ.....</b>	<b>847</b>
Melitón Torres Tovar	
<b>USURPACIÓN AGRAVADA.....</b>	<b>850</b>
Melitón Torres Tovar	
<b>CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA.....</b>	<b>852</b>
Melitón Torres Tovar	
<b>CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....</b>	<b>854</b>
Melitón Torres Tovar	
<b>"EDUCACIÓN Y SALUD, COMPETENCIAS MUNICIPALES FUNDAMENTALES".....</b>	<b>856</b>
Melitón Torres Tovar	
<b>EL PODER REGLAMENTO DEL EJECUTIVO.....</b>	<b>858</b>
Melitón Torres Tovar	
<b>HOMENAJE POSTUMO A UN MAESTRO.....</b>	<b>860</b>
Melitón Torres Tovar	
<b>INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL.....</b>	<b>862</b>
Melitón Torres Tovar	

**DESARROLLO URBANO SUSTENTABLE.....864**

Melitón Torres Tovar

Edgardo Torres López

**DESARROLLO URBANO SUSTENTABLE.....878**

Melitón Torres Tovar

**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.....880**

Melitón Torres Tovar

**PARTE BIOGRÁFICA**

**PROEMIO.....885**

**BREVE SEMBLANZA DE MELITÓN TORRES TOVAR.....887**

**GALERIA DE FOTOS.....921**

**DEPOIMENTOS**

**BREVE REMINICENCIA A LA VIDA Y OBRA DEL JURISTA AREQUIPEÑO  
MELITÓN TORRES TOVAR.....927**

Milton Miranda Paredes

**LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO UNIVERSAL EUROPEO E  
HISPANO-PERUANO: EN RECUERDO DEL DR. MELITÓN TORRES TOVAR....930**

Gino Marco Torres Orihuela

**POSFÁCIO.....933**

PARTE

DOCTRINAL



SEÇÃO I

FILOSOFIA,  
POLÍTICA,  
ARGUMENTAÇÃO  
E LÓGICA



# DIREITO E PODER SEGUNDO HABERMAS E DERRIDA

Delamar José Volpato Dutra<sup>1</sup>

## 1 DERRIDA: PODER E VIOLÊNCIA

Derrida<sup>2</sup>, fazendo uso da obra de Benjamin *Zur Kritik der Gewalt*, afirma que a violência não pode ser criticada, a não ser já na esfera do direito e da justiça. Não há violência física ou natural: "O conceito de violência pertence à ordem simbólica do direito, da política e da moral"<sup>3</sup>. Com isso concorda também a filósofa<sup>4</sup>. Porém, ao contrário do que pensa Arendt, considerar a violência como meio para qualquer coisa, implica, segundo Benjamin em não considerar a violência ela mesma. Para o direito natural, sendo justos os fins, pareceria que a violência, como meio, estaria justificada. Com relação a isso, pareceria, por outro lado, que a afirmação concernente ao fato de que opostos não se destroem e que poderia advir do mal o bem, bem como a observação crítica de que uma tal concepção - um preconceito filosófico - assenta-se numa tese de filosofia da história, a saber, de que o bem pode advir do mal, pois o mal seria apenas uma manifestação temporária do bem ainda oculto<sup>5</sup>, como dito, pareceria encontrar-se indícios na autora de que a violência deveria ser tratada em sua especificidade, ou seja, "compreendê-la pelo que ela é". Assim, o jusnaturalismo justifica os meios violentos a partir de fins justos. Já o positivismo só pode justificar os meios a partir de um direito que se institui e não de fins a-históricos. Nesse sentido, os fins justos dependem de meios justos, considerados a partir do que o direito institui ele mesmo, já que não pode contar com um externo. Em epitome, ambas as tradições não conseguem resolver a antinomia entre fins e meios. O segundo restaria cego aos fins, já o primeiro à condicionalidade dos meios. Do direito positivo Benjamin guarda a historicidade do direito.

O ponto de Benjamin é considerar que o direito quer o monopólio da violência não para proteger fins justos, mas para se reproduzir si mesmo. A fascinação pelo grande criminoso, pelo *serial killer*, poria a nu a violência da ordem

<sup>1</sup> UFSC/CNPq. Currículo disponível em <<http://lattes.cnpq.br/7826882124566360>>.

<sup>2</sup> DERRIDA, Jacques. Force de loi: le "fondement mystique de l'autorité". *Cardozo Law Review*. New York: v. 11, n. 5-6, Jul.-Aug 1990, p. 982s.

<sup>3</sup> DERRIDA, Jacques. Force de loi: le "fondement mystique de l'autorité". *Cardozo Law Review*. New York: v. 11, n. 5-6, Jul.-Aug 1990, p. 982.

<sup>4</sup> ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 60.

<sup>5</sup> ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 44.

jurídica. Essa interconexão entre direito e violência tem seu lugar dêitico na pena de morte, na qual a violência é absoluta, já que aniquila a vida. O estado tem medo da violência fundadora, capaz de legitimar, ou seja, instituir uma ordem de direitos. É essa violência que está em questão, ou seja, nela há uma ameaça ao direito já que a violência pertence a este, visto ser o que dá direito ao direito. Assim, a lei é um performativo absoluto, ela está sempre por vir, é sempre uma promessa. E tal promessa advém por um ato de violência fundante, por oposição a uma conservante, já dentro da ordem do direito. Conclui o autor, então: "de uma parte parece *mais fácil* criticar a violência fundante, pois ela não pode se justificar por qualquer legalidade pré-existente e parece, então, selvagem. Mas, de outra parte [...] é *mais difícil*, mais ilegítimo criticar a mesma violência fundante, pois não a podemos fazer comparecer diante da instituição de algum direito pré-existente: ela não reconhece o direito existente no momento em que ela funda um outro"<sup>6</sup>.

Derrida<sup>7</sup> apela à formulação de Montaigne [1533-1592], retomada por Pascal [1623-1662], segundo a qual, a justiça tem um fundamento místico de sua autoridade: "a autoridade das leis não está no fato de serem justas e sim no de serem leis. Nisso reside o mistério de seu poder [le fondement mystique de leur autorité]; não têm outra base e essa lhes basta"<sup>8</sup>. À parte essa afirmação que atinge o caráter normativo do direito, que é o que está aqui em questão, Montaigne descreve a problemática envolvida na aplicação da lei, retirando da problematidade da aplicação da lei a corroboração das consequências céticas por ele defendidas.

Montaigne, na verdade, desconfia da eficácia da leis, como da Bíblia, para coibir a discricionariedade das interpretações: "nosso espírito descobre tantas razões para criticar a interpretação alheia quanto para defender a nossa"<sup>9</sup>. Ele se pergunta: "o que ganharam nossos legisladores com selecionar cem mil espécies de fatos específicos e provê-los de cem mil leis? Esse número não está em proporção com a diversidade infinita dos atos humanos, nem a nossa invenção alcançará jamais a variedade dos exemplos"<sup>10</sup>, por isso, segundo ele, a lei sempre exigirá ponderação e juízo diferentes, porque "pouca relação existe entre nossos atos, sempre em perpétua transformação, e as leis que são fixas e estáticas"<sup>11</sup>. Criticando a

<sup>6</sup> DERRIDA, Jacques. Force de loi: le "fondement mystique de l'autorité". *Cardozo Law Review*. New York: v. 11, n. 5-6, Jul.-Aug 1990, p. 1002.

<sup>7</sup> DERRIDA, Jacques. Force de loi: le "fondement mystique de l'autorité". *Cardozo Law Review*. New York: v. 11, n. 5-6, Jul.-Aug 1990, p. 936-8.

<sup>8</sup> MONTAIGNE, Michel. *Ensaïos*. [S. Milliet: Essais]. 2. ed., São Paulo: Abril, 1980. Ensaio III, cap. XIII, p. 481.

<sup>9</sup> MONTAIGNE, Michel. *Ensaïos*. [S. Milliet: Essais]. 2. ed., São Paulo: Abril, 1980. Ensaio III, cap. XIII, p. 477.

<sup>10</sup> MONTAIGNE, Michel. *Ensaïos*. [S. Milliet: Essais]. 2. ed., São Paulo: Abril, 1980. Ensaio III, cap. XIII, p. 478.

<sup>11</sup> MONTAIGNE, Michel. *Ensaïos*. [S. Milliet: Essais]. 2. ed., São Paulo: Abril, 1980. Ensaio III, cap. XIII, p. 478.

jurisprudência ele afirma: “multiplicando-se as sutilezas, ensina-se aos homens a aumentarem as dúvidas, a estenderem e diversificarem as dificuldades [...] a pluralidade de interpretações dissipa e desagrega a verdade”<sup>12</sup>. Na relação entre lei e fato não há identidade, mas semelhança, tornando a aplicação da lei imperfeita: “é o que ocorre com a leis que, mediante interpretações sutis, forçadas e indiretas, adaptamos aos casos que se vão apresentando.”<sup>13</sup> Nas palavras de Pascal, “um diz que a essência da justiça é a autoridade do legislador; outro, a comodidade do soberano; outro, o costume presente, e é o mais certo: nada, segundo a sua razão, é justo em si; tudo se abala com o tempo. O costume faz toda a equidade, unicamente por ser admitido; é o fundamento místico de sua autoridade [le fondement mystique de son autorité]”<sup>14</sup>. Para Derrida, é em relação ao poder performativo absoluto de a lei se criar, em razão da violência, que se pode falar de algo místico.<sup>15</sup> Assim se pronuncia a respeito: “A origem da autoridade, a fundação ou o fundamento, a posição da lei não pode se apoiar, enfim, senão sobre si mesmas, elas são em si mesmas uma violência sem fundamento”<sup>16</sup>. O último fundamento do direito não é, portanto, fundamentado.

## 2 HABERMAS: PODER E VIOLÊNCIA

Habermas, logo no *Prefácio* de seu livro sobre filosofia do direito, cita o nome de Derrida, filiando o seu nome a uma concepção estetizante dos fundamentos do direito: “o sentido normativo próprio da teoria do discurso procura reconstruir essa autocompreensão [prático-moral da modernidade] de maneira a afirmar-se contra reduções científicas e contra assimilações estéticas”<sup>17</sup>. A partir disso, podemos formular duas hipóteses: a) se a pós-modernidade implicar em ceticismo, Habermas é um não cético e b) se a pós-modernidade implicar no deslocamento da validade da razão prática para a razão estética, então, Habermas não faz tal deslocamento e, nesse sentido, critica Derrida.

O ataque de Habermas a Derrida pode ser reconstruído em duas etapas. Na primeira, ele recepciona o conceito de poder de Arendt, claramente diferente

<sup>12</sup> MONTAIGNE, Michel. *Ensaio*. [S. Milliet: Essais]. 2. ed., São Paulo: Abril, 1980. Ensaio III, cap. XIII, p. 478.

<sup>13</sup> MONTAIGNE, Michel. *Ensaio*. [S. Milliet: Essais]. 2. ed., São Paulo: Abril, 1980. Ensaio III, cap. XIII, p. 478.

<sup>14</sup> PASCAL, Blaise. *Pensées*. [Pléiade, Oeuvres complètes]. Paris: Gallimard, 1954. Pens. 230.

<sup>15</sup> DERRIDA, Jacques. Force de loi: le “fondement mystique de l'autorité”. *Cardozo Law Review*. New York: v. 11, n. 5-6, Jul.-Aug 1990, p. 942.

<sup>16</sup> DERRIDA, Jacques. Force de loi: le “fondement mystique de l'autorité”. *Cardozo Law Review*. New York: v. 11, n. 5-6, Jul.-Aug 1990, p. 942.

<sup>17</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. [v. 1]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 11.

daquele de Weber e de Derrida, embora sem deixar de considerar aquilo a que o poder sempre esteve relacionado, a saber, a violência ou a racionalidade estratégica. Na segunda, ele critica a dissolução das diferenças de gênero entre estética e filosofia.

Habermas recepciona, em sua teoria discursiva da política, o conceito de poder comunicativo, cuja formulação básica, segundo ele, encontra-se em Hannah Arendt<sup>18</sup>. Ora, é desde *O conceito de poder de Hannah Arendt*<sup>19</sup> que Habermas assume a distinção entre poder e violência, recusando identificar a violência como a forma própria do poder<sup>20</sup>. Nessa formulação, o poder não surge do monopólio da violência, mas da opinião sobre a qual muitos concordam. Nesse sentido, ainda, direito e poder comunicativo seriam co-originários<sup>21</sup>. Isso acaba por deslocar a problemática do poder de sua relação com a violência para uma relação intersubjetiva.

Arendt, ao invés de filiar a política ao juízo determinante, como fez Kant, pensa ser mais adequado ao objeto em questão, qual seja, os juízos propriamente políticos, filia-lo ao juízo reflexionante, pois o mesmo não só não possui o universal, como o busca a partir do particular, da mesma forma que o juízo estético busca o acordo do outro. Ora, o poder é definido por Arendt como um acordo ao redor de uma opinião comum, determinando, assim, a busca da concordância do juízo do outro. Voltar-se-á, à frente, sobre esse ponto.

---

<sup>18</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. [v. 1]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 185.

<sup>19</sup> HABERMAS, J. Hannah Arendts Begriff der macht. *Merkur*. n. 371, dez. 1976. p. 946-60. Tradução portuguesa: HABERMAS, J. O conceito de poder de Hannah Arendt. In: HABERMAS, J. *Habermas: sociologia*. [Coleção grandes cientistas sociais, org. e trad. S.P. Rouanet e B. Freitag]. São Paulo: Ática, 1980. p. 100-118. Ver, também, sobre essa problemática, FERRY, Jean-Marc. Habermas critique de Hannah Arendt. *Esprit*. Juin 1980, p. 109-124.

<sup>20</sup> "Para Hannah Arendt, o fenômeno básico do poder não é, como para Max Weber, a chance de impor, no âmbito de uma relação social, a sua própria vontade contra vontade opostas, e sim, o potencial de uma *vontade comum* formada numa comunidade não coagida. Ela instaura um confronto entre 'poder' e 'violência', isto é, entre o poder de uma comunicação voltada ao entendimento e a instrumentalização de uma vontade estranha em proveito próprio: 'o poder nasce da capacidade humana de agir ou de fazer algo, de se associar com outros e de agir em afinação com eles' [...] para Hannah Arendt, o poder político não é um potencial para a imposição de interesses próprios ou a realização de fins coletivos, nem um poder administrativo capaz de tomar decisões obrigatórias coletivamente; ele é, ao invés disso, uma força *autorizadora* que se manifesta na criação do direito legítimo e na fundação de instituições" [HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. [v. 1]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 187]. Como pontua Arendt: "a forma extrema de poder é o Todos contra Um, a forma extrema da violência é o Um contra Todos" [ARENDR, Hannah. *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 35].

<sup>21</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. [v. 1]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 186.

Podemos constatar, hodiernamente, a desproporção entre o potencial de violência posto a disposição pela tecnologia e o que poder-se-ia extrair da violência em termos políticos. Arendt reflete, nesse ponto, a partir dos meios tecnológicos postos à disposição do homem, principalmente pelas armas de guerra, como a bomba atômica. Nesse sentido, ao potencial de destruição da violência já não pode corresponder objetivo político algum, visto haver mesmo a possibilidade de extermínio do gênero humano.

A violência, em função de sua própria especificidade, necessita de instrumentos. Como um meio para fins políticos, ela, como meio, tende a suplantar o fim que a justifica. Tal formulação pode ser fundamentada, precisamente, porque nos assuntos humanos os fins são incertos, o que ocasiona uma grande consideração e importância dos meios, na medida em que, estes, sim, são, exatamente, palpáveis e certos. Esta passagem remete àquilo que Arendt chama de "intrusão do totalmente inesperado", cuja fecundidade, nas palavras de Proudhon, excede em muito a prudência do estadista.

Sartre, prefaciando Fanon, afirma que pela violência o homem cria-se a si mesmo, indo muito além dos limites do humanismo, o qual se determina por essa idéia. Segundo Sartre, a violência é o rebelar-se contra o próprio fato da condição humana. Porém, apesar dessa divinização da violência, as experiências do século XX determinaram a completa inadequação daquilo que o senso comum deixa inquestionado. Ou seja, os nossos conceitos tornaram-se inadequados para uma compreensão apropriada do que o século XX produziu em termos da possibilidade da violência. Assim, binômios outrora transmutáveis, como poder e violência, perderam a seu chão. Logo, dadas as possibilidades destrutivas dos meios da violência no séc. XX, esta perde a proximidade com o poder, bem como perde o seu lado criador do ser humano. O totalmente inesperado bate à porta e pede novas categorias que possibilitem uma melhor compreensão do que se passa. Arendt tem presente, até em demasia, aqui, os ganhos de uma revolução estudantil quase que inspirada tão só em considerações morais, bem como o inusitado de um Gandhi e sua proposta de pacifismo. Logo, a própria noção de progresso perde a sua aderência, porque nem sempre os resultados obtidos pela história nos permitem asseverar qualquer progresso.

Arendt busca distinguir dois conceitos que a tradição uniu de forma acrítica. Nessa perspectiva, o poder e a violência são tratados como duas faces da mesma moeda, sendo que esta última seria, tão somente, a manifestação mais flagrante da violência. Uma tal perspectiva vem desde Maquiavel, no mínimo, com ecos no conceito de monopólio legítimo da violência de Weber. Essa identificação entre poder e violência deve-se à idéia de que a essência do poder está na efetividade do comando, o que equivaleria a dizer, para Arendt, que o cano de uma arma produziria o maior poder. Essa noção de poder advém de uma história absolutista do mesmo,

bem como de uma concepção teológica deste, entendido como mandamento. Porém, há que se construir um conceito de poder, cuja base não seja a relação de mando/obediência. A noção grega de democracia ou a *civitas* romana implicavam justamente a concepção de que a lei resultava do consentimento do cidadão, sendo este a causa que dava existência à própria lei.

Uma das mais óbvias distinções entre poder e violência é que o primeiro depende de números, já que tem por base o vigor da opinião; já o segundo depende de implementos. É claro que um governo da maioria pode virar um império contra as minorias, sufocando o dissenso por outros meios que não a violência. Assim, a forma extrema de poder é o Todos contra Um e a forma extrema de violência é o Um contra Todos, o que nunca será possível sem instrumentos.

Para compreender a terminologia de Arendt, é necessário esclarecer e distinguir os seguintes conceitos: poder significa agir em concerto; vigor significa força individual; força significa força da natureza; autoridade, quando investida em pessoas, supõe o reconhecimento inquestionável por parte dos que obedecem e tem como inimigos mortais o desprezo e o riso; por fim, a violência tem caráter instrumental e se aproxima do vigor. Nada será mais comum do que encontrarmos o poder e a violência juntos e nada é menos incomum do que encontrá-los em sua forma pura e isolados. Disso não segue, contudo, que esses conceitos não se distingam entre si.

Pensar o poder como comando e, portanto, a partir da violência, é redutor, pois mostra ser apenas um tipo de poder, a saber, aquele do poder de governo. Ao transformar isso na essência própria do poder transformasse-o apenas em uma espécie de luva de pelica para a mão de ferro da violência. A implausibilidade de uma tal concepção se mede pela história das revoluções, já que, apesar da desproporção entre a violência dos governos, a partir dos seus poderosos instrumentos, e o poder minguado da população, tal nunca foi motivo para evitá-las. Assim, a revolução vai da discordância à conspiração, da resistência ao levante. Como bem registra a autora: "Onde os comandos não são mais obedecidos, os meios da violência são inúteis; e a questão dessa obediência não é decidida pela relação de mando e obediência, mas pela opinião e, por certo, pelo número daqueles que a compartilham."<sup>22</sup> A obediência civil, nesse sentido, nada mais é do que manifestação externa do apoio e do consentimento. A sua origem não reside, em hipótese alguma, na violência. Assim, a revolução instaura-se onde o poder se desintegra e a violência, então, aparece.

A substituição do poder pela violência ocorre quando aquele está sendo perdido. Por isso, a violência tem uma implicação negativa para todos, também para

---

<sup>22</sup> ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 39.

quem a aplica. Esse efeito negativo se dá em termos do próprio poder daquele que é autor da violência, pois esta sempre acaba por destruir aquele. Nesse caso, o preço da vitória pela violência é muito alto, pois mede-se em termos da própria perda do poder. Assim, toda perda de poder implica na tentação do apelo à violência, tornando-se esta necessária quando o terror se torna a única opção em vista, advindo, então, o totalitarismo. A diferença entre terror e violência é que o primeiro investe também contra seus amigos e apoiadores, pois teme todo o poder. Assim, Robespierre de executante passou a vítima.

O apelo à violência é o último recurso do poder contra criminosos ou rebeldes, os quais se recusam a serem subjugados pelo consenso da maioria. Que o poder seja a essência do governo e não a violência nós podemos ver, segundo a autora, na guerra do Vietnã.

Como a violência é sempre meio para algo, ela nunca pode ser a essência de nada, pois necessita de justificação por outra coisa. Assim, o fim da guerra é a paz ou a vitória, mas não podemos perguntar, com sentido, qual o fim desta ou daquela, melhor dito, guerra e violência nunca podem ser uma finalidade.

Arendt distingue legitimidade de justificação. A primeira noção remete sempre a um ato no passado, no momento em que houve um estar-juntos consensual; assim, quando desafiada, a legitimidade remete a um ato passado, ao passo que a justificação remete a um ato futuro. E ela conclui: "a violência pode ser justificável, mas nunca será legítima. Sua justificação perde em plausibilidade quanto mais o fim almejado distancia-se no futuro. Ninguém questiona o uso da violência em defesa própria porque o perigo é não apenas claro, mas também presente, e o fim que justifica os meios é imediato."<sup>23</sup>

A violência não depende de números ou opiniões, mas de instrumentos, os quais multiplicam o vigor da ação humana. É desse modo que do cano de uma arma nasce o mais efetivo comando, resultando em uma obediência instantânea, mas jamais emergirá daí o poder.

A violência, porém, não é nem bestial e nem irracional. Ela advém do ódio, mas este não é de modo algum uma reação automática à miséria e ao sofrimento. Ninguém reage com ódio a um terremoto ou ao câncer: "O ódio aparece apenas onde há razão para supor que as condições poderiam ser mudadas, mas não o são. Reagimos com ódio apenas quando nosso senso de justiça é ofendido."<sup>24</sup>. Nesse contexto, às vezes, a ação violenta, a qual se define por ser não argumentativa e não discursiva, transforma-se no único meio capaz de reequilibrar a balança da justiça. É a transformação dos *engagés* nos *enragés*. Essa solução violenta, posta por Sorel,

<sup>23</sup> ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 41.

<sup>24</sup> ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 48.

Pareto e Fanon, tem seu motivo em um ódio radical contra a máscara da hipocrisia na face do inimigo. A dissimulação da hipocrisia não pode ser enfrentada pelo assim chamado comportamento racional normal, mas por essa racionalidade do ódio, cujos *enragés* estatuem uma forma possível da não irracionalidade desse ódio: "A violência, sendo instrumental por natureza, é racional à medida que é eficaz em alcançar o fim que deve justificá-la."<sup>25</sup> Assim, ela "pode servir para dramatizar queixas e trazê-las à atenção pública."<sup>26</sup> Ela visa, nesse sentido, a reforma e não a revolução. O problema é que a mudança que a violência causa, normalmente, é para um mundo mais violento.

Habermas comparte da idéia de poder de Arendt, mas não totalmente. Ele discorda da não consideração da razão estratégica, ou do aspecto da violência que o poder também portaria, bem como discorda do modo como esse acordo é gestado, a saber, a partir de uma perspectiva estética e não de um ponto de vista racional ou argumentativo.

Essas formulações sobre a violência como estando fora do âmbito do poder fazem com que Habermas não possa desconsiderar a violência. Por isso, Habermas tem que distinguir entre poder comunicativo e poder administrativo, pois é o primeiro que opera a partir do código da legitimidade, enquanto o segundo opera pelo código próprio ao poder.

Este formar um consenso ao redor de atos de fala gera um potencial de poder, o qual somente determina o nascimento do poder político, mas não o seu uso administrativo, ou seja, "com o conceito de poder comunicativo atingimos apenas o *surgimento* do poder político, não a utilização administrativa do poder já constituído, portanto o processo do exercício do poder"<sup>27</sup>. Habermas, no texto *Hannah Arendts Begriff der macht*, critica Hannah Arendt precisamente por não ter feito uma distinção entre a dominação, o *exercício* do poder, e a *gestação* do poder. Nesse sentido, o pensamento político de Arendt, na perspectiva de Habermas, desconsidera um elemento importante na *aquisição* e no *exercício* do poder, a saber, a ação estratégica ou o poder administrativo<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 57.

<sup>26</sup> ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 58.

<sup>27</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. [v. 1]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 189.

<sup>28</sup> Essa ideia é retomada em *Direito e democracia: "com o conceito de poder comunicativo atingimos apenas o surgimento do poder político, não a utilização administrativa do poder já constituído, portanto o processo do exercício do poder"* [HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. [v. 1]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 189].

### 3 ELEMENTOS DA ANÁLISE KANTIANA DOS JUÍZOS ESTÉTICOS

Deveras, Arendt aproxima os juízos políticos dos juízos estéticos. Estes fundam a sua validade não na concordância de outros sujeitos, mas na "autonomia do sujeito que julga sobre o sentimento de prazer (na representação dada), isto é, sobre o seu próprio gosto"<sup>29</sup>. Embora não deduzido de conceitos, o juízo de gosto tem uma dupla peculiaridade, que na verdade é lógica:

1º) "*primeiramente* validade universal *a priori*, e contudo não uma universalidade lógica mediante conceitos, mas a universalidade de um juízo singular"<sup>30</sup>. Kant afirma que, "o juízo de gosto determina seu objeto com relação ao prazer (como beleza), e aspira à concordância de todos como se fosse objetivo"<sup>31</sup>. A gente chama bela uma coisa apenas segundo uma sensação interna, sabendo que a beleza não é uma qualidade objetiva. Esse juízo tem que ser *a priori* fundado na autonomia da faculdade de julgar, sem conceito;

2º) "em segundo lugar, uma necessidade (que sempre tem que basear-se em razões *a priori*), que, sem dúvida, não depende de nenhum fundamento demonstrativo *a priori*"<sup>32</sup>. O juízo de gosto não é determinável por argumentos. Mesmo assim ele pretende aceitação como se fosse demonstrado.

O juízo de gosto pretende universalidade. Ele é fundado, segundo Kant, em um juízo sobre o sentimento (não sobre conceitos) e pretende, portanto, que tal sentimento, seja comum a todos, não um sentimento privado<sup>33</sup>. Por isso, diz-se que a humanidade é portadora da consciência de um sentimento coletivo. Tal senso-comum não é empírico, não se baseia sobre as opiniões concretas, porque ele "quer legitimar juízos que contém um dever-ser; não diz que todos irão concordar com nosso juízo, mas que devem concordar com ele"<sup>34</sup>. Conclui Kant que tal senso-comum é "uma mera norma ideal"<sup>35</sup> que se pressupõe ao fazer um juízo de gosto, pois, sob tal pressuposição, se o juízo concordasse com esse senso-comum, então, ele poderia exigir uma concordância "subjetivamente universal"<sup>36</sup>.

---

<sup>29</sup> KANT, I. *Crítica da faculdade do juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. B 135.

<sup>30</sup> KANT, I. *Crítica da faculdade do juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. B 135.

<sup>31</sup> KANT, I. *Crítica da faculdade do juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. B 136

<sup>32</sup> KANT, I. *Crítica da faculdade do juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. B 135

<sup>33</sup> KANT, I. *Crítica da faculdade do juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. B 64

<sup>34</sup> KANT, I. *Crítica da faculdade do juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. B 67

<sup>35</sup> KANT, I. *Crítica da faculdade do juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. B 67.

<sup>36</sup> KANT, I. *Crítica da faculdade do juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. B 67.

#### 4 CRÍTICA DE HABERMAS À APROXIMAÇÃO ENTRE LITERATURA E FILOSOFIA

Acima, apontou-se alguns elementos do juízo estético, tais quais estes foram teorizados por Kant. Sabidamente, Arendt aproxima os juízos políticos não da razão prática, mas da razão estética. Esse é um ponto de discordância de Habermas, haja vista ele ser defensor do conceito de democracia deliberativa, o qual sustenta que os juízos políticos, ou ao menos os juízos do direito, são portadores de racionalidade análoga à verdade. Os seus apontamentos críticos em relação à aproximação que Derrida faz entre filosofia e literatura servem para dar uma amostra da crítica que Habermas endereça à versão estetizada da política de Arendt. Ele analisa Derrida mais através de seus seguidores do que propriamente por ele mesmo.

Derrida, na visão de Habermas, quer desconstruir as armações ontológicas que a Filosofia construiu, a partir de uma razão centrada no sujeito. Ele busca nos aspectos literários de todo texto, mesmo daqueles que não pretendem ser literários, elementos que poderiam desmentir seus conteúdos manifestos, ou seja, ele trata o texto filosófico como ele não quer ser tratado, a saber, como um texto literário.<sup>37</sup> Se ele realmente aproximar o texto filosófico do texto literário, então, não haverá mais uma diferença de gênero entre Filosofia e literatura. Desse modo, avalia Habermas, a retórica passaria a ser o elemento geral de todo discurso e a lógica passaria a ser só um discurso particular.<sup>38</sup>

Nesse diapasão, configuram-se três teses, como ver-se-á.<sup>39</sup> As três teses pugnam por tratar o texto filosófico como se fosse um constructo de ficção.<sup>40</sup> Desse modo, a literatura não fica mais restringida à ficção, mas é convertida em crítica da metafísica. Se as verdades são ficções que se esqueceram que são ficções, então, a literatura não é um caso parasitário de uso da linguagem, mas, ao contrário, os outros textos é que são parasitários dos textos literários.<sup>41</sup>

Pela primeira tese, a crítica literária não seria científica, mas retórica. Todo texto escrito portaria não só um caráter simbólico, mas também um caráter fictício, por jamais permitir a repetição do que imita, aquilo que é dinâmico e completo no falado.<sup>42</sup> Pela segunda tese, Filosofia e literatura são espécies do mesmo gênero e podem, portanto, ser tratadas como crítica literária. Deveras, uma das características

---

<sup>37</sup> HABERMAS, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad*. Madrid: Taurus, 1989, p. 229.

<sup>38</sup> HABERMAS, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad*. Madrid: Taurus, 1989, p. 230.

<sup>39</sup> HABERMAS, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad*. Madrid: Taurus, 1989, p. 231.

<sup>40</sup> HABERMAS, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad*. Madrid: Taurus, 1989, p. 233.

<sup>41</sup> HABERMAS, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad*. Madrid: Taurus, 1989, p. 234.

<sup>42</sup> HABERMAS, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad*. Madrid: Taurus, 1989, p. 236.

da linguagem é que ela pode ser descontextualizada.<sup>43</sup> São justamente essas mudanças de contextos que relativizam o seu significado, relativização esta que não pode ser suprida pelo apelo às intenções do falante, como pensa Austin. No caso de Habermas, o mundo vivido com suas certezas pré-reflexivas é que completa o significado, dando-lhe uma âncora. Portanto, com isso, evitar-se-ia o relativismo semântico que Derrida quer introduzir, ao menos é o projeto de Habermas.<sup>44</sup> Por fim, pela terceira tese, não haveria diferenças de gênero em qualquer discurso. Como os contextos são mutáveis e podem se expandir em qualquer direção, um mesmo texto pode estar aberto a muitas leituras distintas. Porém, comenta Habermas, dessa ideia hermenêutica não se segue a afirmação de Derrida de que toda interpretação inevitavelmente é uma falsa interpretação, como na formulação de Culler, “[...] all readings are misreadings [...]”.<sup>45</sup> Contra isso, Gadamer, ao pressupor uma fusão de horizontes, teria tornado clara, ao menos para Habermas, a possibilidade de um acordo entre essas duas tradições.<sup>46</sup>

Para Habermas, na linguagem de não ficção há um referente externo à linguagem. A linguagem de ficção tem uma relação só consigo, diferentemente do texto informativo, para o qual, “a referência ao objeto, o conteúdo informativo, e o valor de verdade, quer dizer, as condições de validade em geral resultam externas à linguagem poética.”<sup>47</sup> Ela ficaria restrita à sua própria manifestação. Na verdade, é esse discurso que é parasitário do outro normal, pois, nele, a força ilocucionária, - ou seja, a busca de acordo pelo preenchimento das condições de aceitabilidade, idealizadas, na qual, a referência a um mundo independente funciona como um argumento, - é despotencializada, passando os atos de fala a valer como “faire semblant”, fazer de conta, gerando ficção, criação de mundo.<sup>48</sup> Essa neutralização das forças ilocucionárias torna virtuais as relações com o mundo, que implica uma linguagem que não sofre mais a pressão de ter que decidir problemas, ou seja, eles não precisam criar vínculos de aceitabilidade, o que, precisamente, os torna aptos a criar mundos.<sup>49</sup> Não obstante, a função criadora de mundo da linguagem não ganha autonomia frente à sua função expressiva, regulativa e informativa.<sup>50</sup>

---

<sup>43</sup> HABERMAS, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad*. Madrid: Taurus, 1989, p. 237.

<sup>44</sup> HABERMAS, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad*. Madrid: Taurus, 1989, p. 238.

<sup>45</sup> CULLER, Jonatham. *On Deconstruction*. Ithaca: Cornell University Press, 1982, p. 176.

<sup>46</sup> HABERMAS, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad*. Madrid: Taurus, 1989, p. 239.

<sup>47</sup> HABERMAS, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad*. Madrid: Taurus, 1989, p. 241.

<sup>48</sup> HABERMAS, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad*. Madrid: Taurus, 1989, p. 242.

<sup>49</sup> HABERMAS, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad*. Madrid: Taurus, 1989, p. 243.

<sup>50</sup> HABERMAS, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad*. Madrid: Taurus, 1989, p. 245.

Todo texto tem elementos metafóricos e retóricos, os quais estão, no entanto, domesticados e postos a serviço da resolução de problemas, com o fito de criar vínculos entre as pessoas.<sup>51</sup> É o que pontua Habermas:

As pretensões de validade que surgem no interior do texto literário só possuem a mesma força ligadora para as pessoas que aparecem *nele*, mas não para o autor e o leitor. A transferência da validade é interrompida nas fronteiras do texto, não continua através da referência comunicativa até atingir o leitor. Neste sentido, as ações de fala literárias são ilocucionariamente *despontencializadas*. O nexos interno entre o significado e a validade do que é dito permanece intacto apenas para as figuras do romance, para as terceiras pessoas, ou para as segundas pessoas transformadas em terceiras – para o leitor representado – não para o real<sup>52</sup>.

Isso ocorre “porque o leitor não tem nenhuma possibilidade de ‘dominar a função do autor’. Somente ele determina o que vale e o que não vale”<sup>53</sup>. Quando o leitor sair da clausura do texto ele estará terminando com a ficção.

Segundo Habermas os textos filosóficos e científicos desafiam “para uma crítica, a qual se dirige às pretensões de validade levantadas no interior do texto. Sua crítica não se refere ao texto e à operação de exploração de mundos, realizada por ele, como acontece na crítica estética, mas àquilo que no texto é dito sobre algo no mundo”<sup>54</sup>. Ou seja, no texto filosófico ou científico, “o distanciamento em relação à prática do cotidiano acontece, ao contrário dos textos literários, *sem prender a transferência de validade às suas margens*, sem privar o leitor do papel de destinatários das pretensões de validade levantadas no próprio texto”<sup>55</sup>. Neste sentido, os padrões de avaliação da validade da proposição não estão adstritos às margens do texto literário, mas são abertos à crítica generalizada. O texto não é o padrão último. Já, o texto literário, “consiste nesta dependência do autor literário em relação à força de uma linguagem capaz de abrir os olhos, a qual não está à sua disposição, à qual ele precisa se entregar no contato com o extraordinário”<sup>56</sup>. Em suma, “um

---

<sup>51</sup> HABERMAS, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad*. Madrid: Taurus, 1989, p. 252.

<sup>52</sup> HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 253.

<sup>53</sup> HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 253.

<sup>54</sup> HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 253.

<sup>55</sup> HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 253.

<sup>56</sup> HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 254.

texto filosófico pode *criticar* um outro<sup>57</sup> e um texto literário não pode fazer isso com um outro texto literário.

## CONCLUSÃO

Apresentou-se o modelo habermasiano de legitimidade como uma alternativa à visão estetizante desse tema por parte de Derrida. Nesse sentido, Habermas critica Derrida por dissolver a diferença entre Filosofia e literatura. Derrida tenta fazer isso pela demonstração de que todo texto filosófico, jurídico ou científico, em razão de seus problemas de interpretação, mutantes segundo o contexto, é um exemplar de um texto literário, mesmo que aparentemente não queira ser. Habermas, fiel à tradição de Austin, tende a considerar o texto literário *stricto sensu* como parasitário do texto não literário.

Ademais, foi apresentado o conceito de poder em Arendt, bem como as emendas que Habermas fez ao mesmo quando dele se apropriou em sua filosofia jurídica e política.

## REFERÊNCIAS

- ARENDR, Hannah. *A vida do espírito*. Rio de Janeiro: Relume Dumará/ Ed. da UFRJ, 1992.
- ARENDR, Hannah. *Lectures on Kant's Political Philosophy*. Chicago: 1982.
- ARENDR, Hannah. *Lições sobre a filosofia política de Kant*. São Paulo: Relume Dumará, 1993.
- ARENDR, Hannah. *On violence*. New York: 1970.
- ARENDR, Hannah. *Sobre a violência*. [A. Duarte: On violence]. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
- ARENDR, Hannah. *Sobre a violência*. [André Duarte: On Violence]. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
- ARENDR, Hannah. *Vita Activa*. Stuttgart: 1960.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. [L. Guidicini, A.B. Contessa: Dei delitti e delle pene]. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- CULLER, Jonatham. *On Deconstruction*. Ithaca: Cornell University Press, 1982.
- DERRIDA, Jacques. Force de loi: le "fondement mystique de l'autorité". *Cardozo Law Review*. New York: v. 11, n. 5-6, Jul.-Aug 1990. p. 920-1045.

---

<sup>57</sup> HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 254.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. [2 v.]. [Trad. F. B. Siebeneichler: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad*. (Trad. M. J. Redondo: Der Philosophische Diskurs der Moderne). Madrid: Taurus, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

HABERMAS, Jürgen. Hannah Arendts Begriff der macht. *Merkur*. n. 371, dez. 1976. p. 946-60.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. (Trad. F.B. Siebeneichler: Nachmetaphysisches Denken. Philosophische Aufsätze). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HÖFFE, Otfried. *Principes du droit*. [Trad. Jean-Christophe Merle (revisada pelo autor): Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne]. Paris: Cerf, 1993

MONTAIGNE, Michel. *Ensaíos*. [S. Milliet: Essais]. 2. ed., São Paulo: Abril, 1980.

PASCAL, Blaise. *Pensées*. [Pléiade, Oeuvres complètes]. Paris: Gallimard, 1954.

SOREL, Georges. *Reflexões sobre a violência* [1908].

TUCÍDIDES. *História da Guerra do Peloponeso*.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Entre violentados e violentadores*. São Paulo: Cidade Nova, 1998.

---

# BREVE SEMBLANZA DE LOS GOBIERNOS DEL PERÚ DEL SIGLO XX E INICIOS DEL SIGLO XXI

---

Edgardo Torres López<sup>1</sup>



En el transcurso de la vida, una persona recibe la influencia de su medio social e histórico; en ese sentido Ortega y Gasset, decía: **“Yo soy yo y mis circunstancias”**. Las circunstancias podrían ser la personalidad individual y social; la familia, comunidad y probablemente los gobiernos de la época que tocó vivir.

Esto último se hace relevante en países en los que un buen o mal gobierno, puede ser la diferencia entre democracia o dictadura, paz o violencia; libertad o tiranía. Si no observemos como las personas y los pueblos, en el caso actual de algunos gobiernos latinoamericanos, se ven afectados gravemente por ciertas ideologías, gobiernos dictatoriales, falta de garantías, ambición de poder y decisiones desacertadas; que nos hace comprender que la democracia como decía Churchill, en realidad es el menos malo, de todos los regímenes políticos.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito. Juiz Superior da Corte Superior de Justiça de Lima Norte/Peru.

Es necesario conocer y en alguna medida, participar en la historia política nacional e internacional; que muestra las experiencias de éxitos y fracasos de los gobernantes; para evitar que los errores se repitan, y principalmente para lograr una conciencia cívica, que sea baluarte de la defensa del Estado Constitucional de Derecho, con garantías políticas y derechos fundamentales; institución superior a cualquier dictadura, o régimen en apariencia democrático, pero que en el fondo no respeta la libertad, ni la dignidad humana.

En el Perú, en la vida republicana han existido más gobiernos militares que civiles; grandes pugnas por el poder; y constantes golpes de estado, que por ejemplo llegado el fin de la primavera democrática de Manuel Prado, frente a una nueva ruptura del estado de Derecho hizo decir al poeta Martín Adán. **“El país, ha vuelto a la normalidad”**<sup>2</sup>

Los golpes de estado a lo largo de la historia del país, se han producido por diversos motivos: Debilidad institucional, ambición de poder; desgobierno; falta de conciencia democrática; ausencia de entendimiento y descoordinación entre los poderes del Estado; obstrucción de la mayoría parlamentaria que no dejaba gobernar al ejecutivo; censura de ministros, etc.

Por ejemplo en la década de 1950, el Presidente José Luis Bustamante y Rivero y la mayoría aprista en el Congreso, desarrollaron un notorio conflicto generando desconcierto en todos los estratos sociales; esa fue una de las razones, que se esgrimió para justificar el golpe de estado del Gral. Manuel Apolinario Odría.

Es conveniente conocer un poco la historia de los gobiernos, para no repetir ni menos apoyar los errores en que incurrieron; valorar las buenas obras; proteger y fortalecer el Estado Constitucional de Derecho, con los valores fundamentales de libertad, seguridad jurídica, bien individual y social.

Para tales objetivos se requiere fe en la democracia, estabilidad constitucional, defensa permanente de los derechos humanos y cumplimiento de los deberes ciudadanos.

La selección de gobernantes elegidos en este ensayo, corresponde a la época en la que vivió Melitón Torres Tovar desde 1932 a 2016 jurista arequipeño, recordado en la presente obra.

---

<sup>2</sup> Martín Adán 1908 a1985. Fue uno de los más grandes poetas peruanos. Doctor en Literatura. Realizó un magnífico cuento para niños: La Casa de Cartón. Fue sumiéndose en la depresión. Por algo Gabriel García Márquez decía “los poetas están enfermos de tristeza” El poeta hacía sus anotaciones en pedazos de papel con una caligrafía temblorosa por el deterioro de sus nervios; la protección de unos pocos amigos salvaron parte de su obra heterogéneo y a veces incoherente. Tras un periodo de silencio, se edita **Escrito a ciegas** (1961), **La mano desasida** (1964) **La piedra absoluta** (1966) y **Diario de poeta** (1975).

<https://www.buscabiografias.com/biografia/verDetalle/6368/Martin%20Adan>

La información ha sido extraída de internet; y organizada, sin más mérito que procurar un resumen de cada gobierno y una redacción comprensible que se aproxime a la historia política; a fin de sugerir algunas reflexiones.

## 1 GOBIERNO DE AUGUSTO B. LEGUÍA

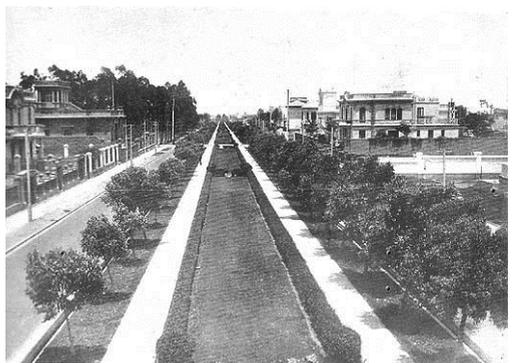


Nació en Lambayeque norte del Perú, un 19 de febrero de 1863. Descendió de la aristocracia española; formó parte de una nueva clase media prospera ascendente; se convirtió en un exitoso exportador de arroz y azúcar. Trabajó como representante de compañías de seguros de nacionalidad norteamericana.

Como hombre emprendedor, llegó a tener éxito y prestigio. Fue llamado para ser Ministro de Hacienda, durante los gobiernos de Manuel Cándamo y José Pardo. Posteriormente fue elegido Presidente del Perú, entre los años 1908 a 1912 y 1919 a 1928.

Augusto B. Leguía, impulsó un gobierno que expandió la economía, con empréstitos, proyectos y edificación de obras arquitectónicas. Modernizó Lima, con avenidas, (Arequipa, Brasil, central.) Inauguró plazas y parques como la Reserva y Universitario; las plazas Sucre, San Martín, 2 de Mayo; y el pasaje del Correo.

Reconstruyó el Palacio de Gobierno (que sufrió un incendio); construyó el hotel Bolívar (inaugurado por el centenario de 1924), el Panteón de los Próceres, el Ministerio de Fomento, la Sociedad de Fundadores de la Independencia, la Escuela Nacional de Agricultura y Veterinaria (trasladada a la Molina), Teatro Forero (actual Teatro Municipal) y el local del Banco de Reserva del Perú.



Realizó obras de irrigación en Cañete, Lambayeque, Chancay y Olmos.

Efectuó obras viales tendidas de norte a sur a través de la costa y de la sierra; caminos de penetración con carreteras troncales y carretera central. Construyó ferrocarriles y otras importantes.<sup>3</sup>

Como la mayoría de Presidentes, tuvo una visión centralistas; considerando que el Perú, es principalmente Lima, dejando sin protección, las condiciones de vida de la mayoría de peruanos en la sierra y selva del país. Por ejemplo en la época llamada el boom del caucho se vivía condiciones de esclavitud o semi esclavitud de los nativos, como una especie de holocausto invisible.<sup>4</sup> El escritor Mario Vargas Llosa, en la novela El Sueño del Celta, narra un poco de la historia de esos tiempos.<sup>5</sup>

Tras 11 años en la presidencia, (en un segundo periodo) Leguía pretendió continuar en el poder; generando el desgaste de su gobierno y el malestar popular. Es así que en esas circunstancias, el Comandante del Ejército Luis Sánchez Cerro impulsó un golpe de estado.

Sánchez Cerro, en la denominada revolución de Arequipa del 22 de agosto de 1930 lanzó un manifiesto elaborado por José Luis Bustamante y Rivero que exigía al presidente Leguía su renuncia **“como expresión genuina de un anhelo nacional, fervoroso y unánime, largo tiempo reprimido por la tiranía”**.

Ese mismo día se constituyó la Junta Revolucionaria de Arequipa, de la que Bustamante fue secretario de asuntos políticos. Posteriormente pasó a integrar la Junta de Gobierno de Sánchez Cerro, en calidad de ministro de Justicia, Instrucción y Culto.

El presidente Leguía partió al exilio por mar en el Barco Bolognesi; sin embargo por órdenes del nuevo gobierno, fue obligado a volver al Perú, y llevado a la isla de San Lorenzo, para luego ser conducido a la cárcel del Panóptico en Lima. En prisión contrajo una severa bronconeumonía, agregado al mal de próstata que sufría.

Falleció a los 69 años, un 6 de febrero de 1932 en el Hospital Naval. Fue enterrado en una modesta tumba en el cementerio Presbítero Matías Maestro del Callao. La rebelión de Sánchez Cerro y sus seguidores, magnificaron sus defectos y pretendieron borrar las obras de su gobierno.

“Así murió poco a poco el fundador del proyecto de la Patria Nueva. El único personaje en el Perú que recibió más elogios que San Martín, Bolívar y Castilla juntos. El otrora “Júpiter Presidente” y “Gigante del Pacífico” era tratado como el peor de los reos. Fue en esa oscura celda donde redactó sus supuestas memorias tituladas **Yo tirano, yo ladrón**.

---

<sup>3</sup> <http://elonceniodeleguia1.blogspot.pe/2013/03/hechos-y-obras.html>

<sup>4</sup> <http://elcomercio.pe/luces/arte/holocausto-invisible-1-411977>

<sup>5</sup> <http://www.quelibroleo.com/el-sueno-del-celta>

Como anota Basadre, **el país debió tener un poco de piedad con Leguía.** *Al fin y al cabo lo había dejado gobernar durante quince años, primero cuatro y luego once. ¿De quién era la culpa? Muchos habían hecho de él un exponente de sus propios errores. Leguía no era mejor que muchos, sólo había estado en el sitio más visible.*<sup>6</sup> Fueron notorios al final de sus días, la falta de respeto y la ingratitud del gobierno y pueblo del Perú hacia Augusto B Leguía; un Presidente que representó a los peruanos, que realizó obras importantes, que insertó al Perú en la economía mundial, que tuvo omisiones y defectos; pero hombre al final,. Leguía no debió morir fruto de por persecución política, rivalidad y abandono en una prisión.

Décadas más tarde Haya de la Torre, valorando las buenas acciones, como una forma de resarcimiento moral y haciendo de lado sus excentricidades y rasgos dictatoriales, diría “Augusto B. Leguía fue el mejor presidente del Perú del Siglo XX”.

### 1.1 EL TERCER MILITARISMO

Con el golpe de estado de Sánchez Cerro, surgió el tercer militarismo en el Perú. En el siglo anterior, el país ya tuvo 2 generaciones de gobiernos militares, provenientes de golpes de estado.

En palabras del historiador Jorge Basadre, el tercer militarismo nace en 1930 ante el vacío político y la impotencia de los partidos políticos tradicionales, para hacer frente a los movimientos sociales emergentes, que pugnaban por alcanzar la conquista del poder; como una de las consecuencias de la crisis económica internacional.

---

<sup>6</sup> <http://blog.pucp.edu.pe/blog/juanluisorrego/2008/06/27/los-anos-20-caida-prision-y-muerte-de-leguia/>

## 2 GOBIERNO DE LUIS MARIANO SÁNCHEZ CERRO (1931 - 1933)



El Comandante del Ejército Peruano, Luis M. Sánchez Cerro, irrumpió en la política nacional con un golpe de estado, con el apoyo de sectores populares urbanos que vieron una esperanza y posibilidad de participar en la vida política del país, en oposición al régimen denominado **Patria Nueva** de Leguía.<sup>7</sup>

Se recuerda al primer gobierno de Luis Sánchez Cerro por haber decretado el matrimonio civil obligatorio; recibido a la Misión Kemmerer (catedrático Edwin Kemmerer) que efectuó estudios sobre finanzas; promulgado la Ley del Banco de Reserva; reorganizó la Contraloría General de la República; creó el impuesto a la renta, la contribución predial y otros impuestos para fortalecer la hacienda pública.

Para legalizar su gobierno, convocó a una Asamblea Constituyente, colocándose él, como candidato presidencial, lo que generó grandes protestas; motivo por el cual, dejó temporalmente el poder.

El 11 de marzo de 1931, se constituyó la Junta de Gobierno de David Samanez Ocampo. Dicha Junta aprobó el Estatuto Electoral, creó el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) y aprobó el sufragio obligatorio y secreto, de los peruanos varones alfabetos mayores de 21 años.

Para las elecciones de 1931 los candidatos fueron Luis Sánchez Cerro (Unión Revolucionaria), quien retornó de un breve viaje a Europa con el lema “**El Perú ante todo**” enfatizando su oposición a ideologías foráneas; promoviendo un acendrado nacionalismo, con un estado fuerte, por lo que sus críticos consideran que simpatizaba con el fascismo. Fue apoyado por el diario “El Comercio”.

El otro candidato fue Víctor Raúl Haya de la Torre, fundador del APRA quien arribó a Lima desde la ciudad de Trujillo. El día de las elecciones (Octubre, 1931) Sánchez Cerro obtuvo la victoria. Fue proclamado por el JNE y juró el cargo un 8 de Diciembre de 1931.

Ese mismo día el Partido Aprista tachó las elecciones de fraudulentas y en Trujillo Víctor Raúl Haya de la Torre, recibió por sus partidarios, el título honorífico de “**Presidente Moral del Perú**”.

---

<sup>7</sup> [sechinensehistorico.blogspot.com/p/el-peru-partir-de-1930-hasta-la.html](http://sechinensehistorico.blogspot.com/p/el-peru-partir-de-1930-hasta-la.html).

El gobierno promulgó la Constitución Política de 1933 que intentó reducir las facultades del Presidente, y configurar un régimen parlamentario con el Poder Legislativo como primer poder del Estado.



La Constitución de 1933 fue la décima del Perú, discutida y sancionada por el Congreso Constituyente de 1931; que introdujo el reconocimiento de importantes derechos sociales por exigencia del pueblo, que supo plasmar el jurista Manuel Vicente Villarán. Fue promulgada el 9 de abril de 1933 bajo el gobierno de Sánchez Cerro. Formalmente tuvo vigencia, hasta 1968 año del golpe de estado del gobierno militar del Gral. Velasco Alvarado.

En 1932, un joven aprista, llamado José Melgar, habría intentado asesinar al presidente Sánchez Cerro en la Iglesia matriz de Miraflores. Fue capturado y sentenciado a pena de internamiento. Posteriormente, se produjo la captura de Víctor Raúl Haya de la Torre, fundador del APRA y de diversos representantes en el Congreso, quienes fueron llevados a la penitenciaría y sometidos a juicio.

El 7 de mayo de 1932, se produjo el motín de los cruceros "Grau" y "Bolognesi" con rendición y fusilamiento de 8 insurrectos.

El 8 de mayo de 1932, se suspendió labores en la Universidad de San Marcos.

El 7 de julio de 1932 ocurrió una sublevación popular contra el gobierno, en la ciudad de Trujillo, norte del país, con participación de trabajadores de la hacienda Laredo, alumnos del Colegio Nacional San Juan, al mando de Manuel Barreto llamado "El Búfalo Barreto" de filiación Aprista.

En la madrugada, los insurrectos tomaron por asalto el cuartel O'Donovan hiriendo y atentando contra la vida de jefes, oficiales y soldados. Cuando tuvieron el dominio del cuartel designaron prefecto a Agustín Haya de la Torre, hermano de Víctor Raúl Haya de la Torre, padre de Agustín Cucho Haya de la Torre, éste último transcurridos 30 años fue diputado del Congreso de la República.

En Lima enterados de la insurrección se ordenó al Coronel Manuel Ruiz Bravo, reprimir a los sublevados, bombardeando el cuartel y la ciudad. Los días 11

y 14 de Julio de 1932, fue recuperado el cuartel O'Donovan y la ciudad de Trujillo por las fuerza del Estado. Soldados del ejército ingresaron casa por casa de los presuntos sublevados para capturarlos; si los jóvenes tenían alguna marca en el hombro, dejada por el golpe de disparos con fusil, o cualquier otro signo que hacía presumir que habían intervenido en la revuelta, se los llevaban. El ejército los reunió y fusiló en las ruinas de Chan – Chan, a cientos de apristas; algunos que habrían participado en la insurrección y probablemente a decenas de jóvenes inocentes, sin ninguna filiación política.

En el libro “El año de la barbarie” de Guillermo Thorndike, Lima Mosca Azul Editores<sup>8</sup> se considera los hechos históricos como una revolución civil ocurrida el año 1932 en Trujillo, que enfrentó al Partido Aprista Peruano contra el gobierno dictatorial de Luis Sánchez Cerro, calificándolos, como los más sangrientos y a la vez más oscuros de la vida republicana en el Perú. El primero de estos calificativos se refiere a la crueldad de las acciones por parte de los dos bandos en disputa; y el segundo por la falta de claridad con que se presenta este episodio en la historia política del Perú, debido a la falta de investigaciones imparciales que ahonden el tema. Ocurrida la tragedia, se difundió la frase: “Solo Dios salvará a las almas, sólo el aprismo salvará al Perú” atribuida a Carlos Philips.

### 2.1 FIN DEL GOBIERNO DE SÁNCHEZ CERRO

El 1º de Mayo de 1932, se solicitó la revisión al congreso del Tratado Salomón – Lozano de límites territoriales firmado con Colombia. En la madrugada del 1º de setiembre de 1932 un grupo de peruanos se apoderó del puerto de Leticia en el río Amazonas con apoyo de mandos militares en la zona. El gobierno decidió apoyar la acción de la población de Leticia, encargando al general Oscar Raymundo Benavides la dirección de las tropas; se convocó a los reservistas para viajar a Leticia zona de conflicto. 30 mil personas desfilaron por el hipódromo de Santa Beatriz en Lima, un 30 de abril de 1933.

Finalizado el desfile, casi a la una de la tarde, el auto del presidente avanzaba lentamente, protegido por su escolta; de pronto un joven de filiación aprista, Abelardo Mendoza Leiva, quien estuvo capturado por la policía, (20 días antes lo dejaron en libertad por orden de la Prefectura) atravesó la multitud; corrió hacia el vehículo, y empezó a disparar, hiriendo al Presidente; repeliendo el ataque los custodios dispararon en la frente y en el cuerpo a Mendoza quien murió en el acto. Sánchez Cerro, ensangrentado fue llevado a toda velocidad al Hospital Italiano. Expiró a la 1 y 10 minutos de la tarde.

---

<sup>8</sup> <https://castillobernal.wordpress.com/2010/11/06/resena-de-libro-el-ano-de-la-barbarie/>

El informe del médico Carlos Brignardello, decía que el Presidente recibió dos clases de disparos: De menor y de mayor calibre: De abajo arriba y de adelante hacia atrás. Este último tiro a corta distancia y causó una hemorragia incontenible. ¿Cómo ocurrió esto? ¿Quiénes fueron los autores del crimen? El Congresista Luis A. Flores, respondió: “La mano que apretó el gatillo, está en Palacio de Gobierno». Jorge Basadre. *Historia de la República*, 6ª ed. pág. 421 y 423.<sup>9</sup>

### 3 GOBIERNO DE OSCAR BENAVIDES. 1933-1939



Tras el magnicidio se encargó del Poder Ejecutivo, el Consejo de Ministros presidido por José Matías Manzanilla. La primera medida del referido Consejo fue declarar el estado de sitio y suspender las garantías constitucionales.

El Congreso designó como Presidente para completar el período a Oscar R. Benavides que inició su mandato con el lema: “**Orden, progreso y trabajo**”, parecido a “**Ordem e Progresso**” de la Bandera de Brasil inspirado en el pensamiento positivista de Auguste Comte: «L'amour pour principe et l'ordre pour base; le progrès pour but» (**El amor por principio, el orden por base, el progreso por fin**).<sup>10</sup>

Se dio una ley de Amnistía General para el retorno de los exiliados y presos políticos, que favoreció a Víctor Raúl Haya de la Torre; se permitió la libre circulación del diario aprista “La Tribuna”.

En mayo de 1935 se atentó contra la vida del director de “El Comercio” Antonio Miro Quesada y su esposa María Laos, grave delito atribuido a Carlos Steer Lafont, militante aprista. Informado Haya de la Torre de la sorpresiva noticia, habría dicho “nos van a culpar de este nuevo delito; a hacer maletas” Efectivamente debido al homicidio nuevamente el Apra, fue perseguido, y pasó a una etapa de severa clandestinidad denominada “Las catacumbas”.

Mientras tanto, Oscar Raymundo Benavides, creó el Seguro Social Obrero; promulgó el Código Civil de 1936; modernizó del Puerto del Callao e inició la

<sup>9</sup> <http://criminalia.es/asesino/asesinato-de-sanchez-cerro/>.

<sup>10</sup> [https://es.wikipedia.org/wiki/Bandera\\_de\\_Brasil](https://es.wikipedia.org/wiki/Bandera_de_Brasil).

construcción del Puerto de Matarani en Mollendo Arequipa; dotó de armamento a las fuerzas armadas, edificó cuarteles; construyó la carretera Panamericana y de la carretera Central hasta Tingo María; declaró el libre tránsito por el territorio nacional; edificó los actuales palacios de Gobierno y Justicia; construyó barrios obreros y restaurantes populares; preparó un censo general que fue realizado en 1940 durante el siguiente gobierno.<sup>11</sup>

En 1936 se convocó a elecciones. Postularon: Luis A. Flores (Unión Revolucionaria), Jorge Prado y Ugarteche (Alianza de partidos), Manuel Vicente Villarán (Partido civilista) y Luis Antonio Eguiguren (apoyado por el APRA). Este último ganó, pero sus votos fueron invalidados por "provenir de un partido proscrito por la ley"; por lo que se anularon las elecciones y se prorrogó el mandato de Benavides hasta 1939.

Al término de su mandato Oscar R. Benavides, fue nombrado Mariscal del Perú por el presidente Manuel Prado (1939) y acreditado como embajador del Perú en España (1940) y Argentina (1941). **A su retorno al país (1944) colaboró en la formación del Frente Democrático Nacional que lanzó la candidatura de José Luis Bustamante y Rivero a la presidencia de la República;** Benavides murió cuando el triunfo de Bustamante había sido confirmado (1945).<sup>12</sup>

#### 4 GOBIERNO DE MANUEL PRADO UGARTECHE. 1939 - 1945



Manuel Ignacio Prado Ugarteche nació en Lima, un 21 de abril de 1889 en el seno de una familia aristocrática; hijo del ex presidente Mariano Ignacio Prado y de María Magdalena Ugarteche Gutiérrez de Cossío. Fue hermano del héroe Leoncio Prado y de los políticos, Javier<sup>13</sup> y Pedro Prado.

Manuel Prado cursó estudios en el Colegio de la Inmaculada Concepción y se graduó de Ingeniero Civil en la Escuela de Ingenieros del Perú (actualmente Universidad Nacional de Ingeniería). En 1918 casó con Enriqueta Garland Higginson, con quien tuvo dos hijos.

<sup>11</sup> <http://historiaperuana.pe/biografia/oscar-r-benavides/>

<sup>12</sup> <http://historiaperuana.pe/biografia/oscar-r-benavides/>

<sup>13</sup> En Lima existe una gran avenida con el nombre de Javier Prado como homenaje al ilustre político.

Inició su vida política pública en 1919, al ser elegido diputado del Congreso Nacional; posteriormente fue presidente del Banco Central de Reserva del Perú (BCR) desde 1934 hasta 1939.

#### 4.1 PRIMER GOBIERNO

En el año 1939 se inició la 1era Guerra Mundial. En el ámbito nacional se convocaron a elecciones presidenciales enfrentándose Manuel Prado y José Quesada. Este último fue apoyado por la Unión Revolucionaria, mientras que el primero recibió el apoyo del Palacio de Gobierno, del Partido Comunista Peruano, (tendencia rusa) y de círculos económicos y financieros.

Tas realizar los escrutinios resultó victorioso el candidato oficialista Manuel Prado y Ugarteche; consiguiendo el respaldo del parlamento, de militares, y diversos sectores políticos.

Al estallar la 2da Guerra Mundial, Manuel Ignacio Prado Ugarteche apoyó políticamente a los aliados. Mantuvo la proscripción del Apra; pero en cambio toleró al Partido Comunista debido a la participación de la URSS como aliada de los EE.UU. en la 2da Guerra Mundial; hecho que acredita la influencia que tienen las políticas internacionales en las nacionales. Posteriormente permitió el retorno a la legalidad del Partido Aprista, que fue duramente perseguido durante los gobiernos de los generales Sánchez Cerro y Benavides.

En su gobierno el país enfrentó a Ecuador en un breve conflicto armado, consolidando la soberanía peruana sobre 200.000 km<sup>2</sup> de selva amazónica reclamados por Ecuador. El conflicto concluyó con la firma en 1942 el Protocolo de Río de Janeiro que marcó los límites territoriales entre Ecuador y Perú.

En su primer gobierno Manuel Prado terminó el asfaltado del tramo peruano de la Carretera Panamericana, obra que empezó el presidente Oscar R. Benavides. Al finalizar su mandato viajó a París, ciudad en la que fijó residencia, en la elegante Avenida Foch. Hecho curioso que se repite en la historia de algunos políticos, que aumentan notoriamente su patrimonio en su paso por el gobierno; y otros sin recursos, alcanzan riqueza y prosperidad material, adquiriendo costosos bienes en el país y el extranjero; situaciones que tratándose los políticos de personajes públicos, debería ser aclarado.

## 5 GOBIERNO DE JOSÉ LUIS BUSTAMANTE Y RIVERO. 1945- 1948



En 1945, finalizó la 2da Guerra Mundial; disminuyeron las exportaciones de productos peruanos; hubo grandes protestas por la falta de empleo en especial en las haciendas de la sierra; se constituyó la Federación Agraria Campesina (azucareros norteños) y la Confederación de Campesinos, empezando la migración a las zonas costeras.

Ese año se formó el Frente Democrático Nacional (FREDENA) que agrupó diversas fuerzas políticas. Víctor R. Haya de la Torre y Oscar R. Benavides se aliaron y propusieron al jurista arequipeño José Luis Bustamante y Rivero, quien tenía experiencia de Ministro de Estado en el gobierno de Sánchez Cerro, como candidato de consenso.

Bustamante fue elegido Presidente Constitucional del Perú, ganando al candidato Eloy G. Ureta. El APRA, con el nombre de “Partido del Pueblo”, logró la mayoría parlamentaria.

El gobierno de Bustamante dictó medidas asistencialistas como el aumento de empleados públicos, incremento del jornal y sueldos para trabajadores de sindicatos; el control de precios y tipo de cambio fijo, que no favorecieron a la economía.

Hubo escasez de productos de pan llevar, se establecieron estanquillos de sal; para comprar dicho producto, personas del pueblo tenían que realizar largas filas.

Durante el gobierno de Bustamante, se produjo una abierta y progresiva confrontación entre el Ejecutivo y Legislativo, debido a que el primero, defendía sus fueros y se resistía a ser dirigido por la mayoría parlamentaria aprista. Los ministros de Bustamante cada cierto tiempo eran censurados por el parlamento.<sup>14</sup>

El 7 de enero de 1947, Francisco Graña Garland, Director de diario “La Prensa”, fue asesinado. Las autoridades atribuyeron la autoría del crimen a partidarios apristas.

---

<sup>14</sup> En el año 2017, que se escribe la presente recopilación, estaría ocurriendo algo parecido en el Perú, con la confrontación entre el gobierno de Pedro Pablo Kuczynski PPK y el partido Fuerza Popular de Keiko Fujimori, que ha obligado a un diálogo de los altos líderes de las agrupaciones para preservar la democracia.

El 1º de agosto de 1947 se promulgó el decreto que estableció la soberanía del Perú sobre la plataforma marítima, zócalo continental y el mar hasta 200 millas marítimas. Ello provocó la oposición del gobierno de EE.UU. que exigía únicamente el reconocimiento de 12 millas marítimas.

El Perú, en acto de soberanía se mantuvo firme a pesar de las sanciones económicas del gobierno americano.

El 3 de octubre de 1948, se sublevó en el Callao la tropa de la Marina de Guerra probablemente por instigación aprista; lo que fue reprimido violentamente por el gobierno. Por estos hechos, el gobierno de Bustamante, declaró al Apra fuera de la ley y proscrito de las actividades políticas.

El 27 de octubre de 1948, debido a la abierta confrontación entre el Poder Ejecutivo y Legislativo, desde Arequipa se produjo un nuevo golpe de estado eufemísticamente denominado “Revolución Restauradora de Arequipa”. El golpe fue liderado por un nuevo caudillo: El Gral. Manuel A. Odría que con el apoyo del General Zenón Noriega formó una Junta de Gobierno y obligó a Bustamante y Rivero, a abandonar el país. Bustamante fue derrocado ese año y se exilió en Buenos Aires y Ginebra, hasta 1956. En 1961 fue elegido juez de la Corte Internacional de Justicia de las NNUU en La Haya. El 6 de abril de 1967 fue designado presidente de la referida Corte, cargo que ejerció hasta 1970.

En 1978, José Luis Bustamante y Rivero, fue invitado por los gobiernos de El Salvador y Honduras para que sea mediador de un conflicto fronterizo entre éstos últimos en 1969. Sus esfuerzos se vieron coronados 2 años después con la firma y ratificación de un Tratado General de Paz. Los países agradecidos le ofrecieron un alto pago por sus servicios de mediación. El jurista, respetuosamente no aceptó, dejando en claro una profunda reflexión en la historia latinoamericana: **La paz entre países hermanos no tiene precio.**



## 6 GOBIERNO DE MANUEL APOLINARIO ODRÍA 1948-1956



Manuel A. Odría fue un militar de destacada trayectoria; participó como Jefe de Estado Mayor en la batalla de Zarumilla durante la guerra peruano-ecuatoriana de 1941. Fue Ministro de Gobierno y Policía de José Luis Bustamante y Rivero, contra quien efectuó un golpe de estado en 1948, asumiendo entonces el control absoluto del gobierno. Reprimió duramente a los opositores, especialmente apristas y comunistas. Su periodo se conoce históricamente como el “Ochenio de Odría” y se divide en dos fases: La Junta Militar de Gobierno (1948-1950) y la Presidencia Constitucional de la República (1950-1956).<sup>15</sup>

En el mes de julio de 1949, se dictó el Decreto Ley de “Seguridad Interior de la República” que limitaba drásticamente las garantías individuales y facilitaba la persecución política. El régimen de la Junta de Gobierno duró 2 años, dictando Decretos Leyes porque se gobernó sin parlamento. El libro de Vargas Llosa, “Conversación en la catedral” trata de esos años de dictadura y persecución.<sup>16</sup>

En 1950 se convocó a elecciones para legalizar el mandato de Odría, quien repitiendo la historia, postuló a la presidencia de la República. Para ello tuvo que renunciar a la Junta de Gobierno, “bajando al llano”; dejó el mando al Gral. Zenón Noriega. A vísperas de las elecciones, un movimiento político tomó la Plaza de Armas de Arequipa protestando contra la falta de garantías y libertades; promoviendo la denominada “Revolución del 50,” con intervención de estudiantes del Colegio Independencia Americana, e integrantes de la Universidad Nacional de San Agustín y del ilustre Colegio de Abogados de Arequipa, Sucesor de la Academia Lauretana; quienes fueron severamente reprimidos por las fuerzas del Estado.

Uno de los líderes visibles del movimiento social y político, fue el jurista arequipeño Arturo Villegas. El historiador Eusebio Quiroz Paz Soldán, nos da un retrato del líder: “Sus oídos estuvieron abiertos tanto para Dios como para los hombres, los prestó para el pobre como para el rico.....; la fe que profesó desde sus tiernos años, jamás fue eclipsada por el escepticismo, ..... Firmemente creía que **fuera del dogma de Cristo, no hay cosa más cierta ni mejor; como jurista**

---

<sup>15</sup> <http://oldahistoria12.blogspot.pe/>

<sup>16</sup> <http://www.lecturalia.com/libro/504/conversacion-en-la-catedral>

### **católico dio preferencia a la defensa de los derechos de los obreros, según las normas de las encíclicas sociales de los Papas" <sup>17</sup>**

El gobierno ordenó la prisión del candidato competidor, General Ernesto Montagne (Liga Nacional Democrática), quedando las elecciones con un solo candidato: Manuel Apolinario Odría a quien se consideró ganador. Mediante Decreto de Seguridad Interior, se ordenó la pena de destierro y cárcel; apristas, comunistas, socialistas, y políticos católicos fueron los más afectados.



La isla del Frontón en el Callao fue cárcel de dirigentes y políticos. Haya de la Torre se refugió en la Embajada de Colombia, país con el que se mantenía un conflicto limítrofe, que al final ganó por lo cual se especuló una serie de hipótesis. El refugio duró 63 meses, del 3 de enero de 1949 al 5 de abril de 1954, hasta que se reconoció el **derecho de asilo político** y se brindó su respectivo salvoconducto para salir del país. Por esos años, hubo encarcelamientos y persecuciones políticas ejecutadas por la policía secreta dirigida por el Ministro de Gobierno, Alejandro Esparza Zañartu, quien fue destituido luego de diversas protestas en Arequipa (Diciembre de 1955).

Surgió cierta bonanza económica en la coyuntura mundial de la guerra de Corea, que estimuló la inversión extranjera y el crecimiento de las exportaciones peruanas (algodón, azúcar, metales y lana).

En 1949 se contrató la Misión Klein (Julius Klein) que recomendó un tipo de cambio libre y bajo nivel de impuestos; la repatriación de ganancias de las empresas que intervenían en el Perú; el estado debía proteger las propiedades e inversiones nacionales y extranjeras; no subsidiar la industria y eliminar los controles de precios y cambios.

En 1950 el Gral. José del Carmen Marín, quien siguió estudios en Francia, fundó el CAEM (Centro de Altos Estudios Militares) con la finalidad de contribuir a la formación académica de los oficiales de alta graduación integrantes del Ejército, en Defensa y Desarrollo Nacional.

Los enunciados del CAEM fueron: "Las ideas se exponen y no se imponen" y "No tengáis miedo a discrepar, lo importante es fundamentar la discrepancia y ese será el inmenso valor de vuestra colaboración"

<sup>17</sup> Eusebio Quiroz Paz Soldán "Arequipa del 50" UNSA, Arequipa 2000, Págs. 77-78.

Manuel Odría impulsó los lemas “**Hechos y no Palabras**” “**Salud, educación y trabajo**”. Amplió la infraestructura y cobertura de servicios públicos; construyó la Central de Asistencia Social promovida por su esposa doña María Delgado de Odría para atender a mujeres y niños. Estableció el Seguro Social Obligatorio del Empleado, el salario dominical y la ley de Indemnización por Accidentes de Trabajo. Asimismo construyó edificios públicos como los Ministerios de Educación, de Hacienda y de Trabajo; el Hospital del Empleado, Hospital Naval y Militar y el Estadio Nacional. Se realizaron obras de irrigación de canal de derivación del río Quiroz y el reservorio de San Lorenzo (Piura). Reconoció el derecho de sufragio a las mujeres. Incentivó la presencia norteamericana en yacimientos mineros y actividades de explotación petrolera. El gobierno de Odría concluyó en 1956; y fue sucedido en elecciones generales por un nuevo gobierno de Manuel Ignacio Prado.

Falleció el 18 de febrero de 1974 en Lima por infarto al miocardio; sus restos fueron velados en un salón del Hospital Militar Central para luego ser trasladados a la Iglesia del Sagrario. Cuando el féretro estuvo en la iglesia una gran multitud de personas formó largas filas para darle el último adiós<sup>18</sup> Se le recuerda por dejar libre la iniciativa privada, desmantelando el control de precios, que había causado daños al país. Después del gobierno de Leguía, según datos el BCRP, Bruno Seminario y Gustavo Pons Muzzo, fue quien hizo crecer más la economía del Perú, en el siglo XX, sin considerar los enormes desequilibrios sociales y económicos que existía en la población de ese tiempo, que hasta la fecha en parte subsisten.

### 7 SEGUNDO GOBIERNO DE MANUEL PRADO UGARTECHE 1956-1962



A fines del gobierno de Odría surgieron nuevas fuerzas políticas de oposición, como el Partido Democrática Cristiano de Héctor Cornejo Chávez; la Coalición Nacional de Pedro Roselló apoyado por la industria de la construcción; el Frente Nacional de Juventudes Democráticas creado por Javier Alva Orlandini que lanzó la candidatura de Fernando Belaunde Terry; el Movimiento Democrático Peruano de Manuel Cisneros y Javier Ortiz de Zevallos, que apoyó la candidatura de Manuel Prado y Ugarteche.

En 1956, Odría intentó lanzar la candidatura del General Zenón Noriega; quien no aceptó. Se le

---

<sup>18</sup> <http://www.fechascivicasdeperu.com/fallecimiento-del-militar-politico-y-expresidente-del-peru-manuel-a-odria-amoretti/>.

reemplazó por Manuel Prado en alianza con Víctor Raúl Haya de la Torre, quienes darían a Odría “garantías” para su retiro. La alianza APRA – MDP, fue llamada Pacto de Monterrico que permitió la victoria de Manuel Prado con apoyo de Palacio de Gobierno.

Ese año Manuel Prado Ugarteche volvió al poder mediante elecciones generales; con los votos del Apra, incorporado a la legalidad. Ganó a Hernando Lavalle y Fernando Belaunde Terry. Durante su gobierno procuró promover un clima de respeto a las libertades democráticas al derogar la Ley de Seguridad Interior, decretar la amnistía y libertad de los presos políticos, lo que permitió el retorno de Haya de la Torre al Perú. Al periodo de la alianza política, se le conoce como la “convivencia”.

En su segundo gobierno, eliminó los subsidios al combustible y a los alimentos; lo que trajo huelgas y manifestaciones. También restringió la salida de capitales y dio comienzo a la nacionalización de los yacimientos petroleros.

En 1958 logró que la Iglesia Católica anule su matrimonio con doña Enriqueta Garland y casó con doña Clorinda Málaga.

En 1961, fue el primer jefe de estado extranjero en visitar Japón tras la 2da Guerra Mundial.

El 10 de junio de 1962 se realizaron elecciones generales, ganadas por Víctor Raúl Haya de la Torre. Los militares exigieron a Prado anularlas y ante la decisión del presidente de respetar la voluntad popular, se produjo un nuevo golpe de Estado el 18 de julio de 1962. Manuel Prado, tuvo que exiliarse en París, ciudad en la que falleció, 5 años más tarde, un 15 de agosto de 1967.<sup>19</sup>

## **8 GOBIERNO DE LA JUNTA MILITAR (1962-1963)**

En las elecciones de 1962, el mayor número de votantes se inclinó a favor de Víctor Raúl Haya de la Torre (APRA); el segundo lugar fue para Fernando Belaunde (Acción Popular) y tercero para Manuel Odría (Unión Nacional Odríista – UNO). El Congreso por la unión de Apristas y Odríistas, eligió a Manuel Odría, Presidente de la República. El 18 de julio de 1962, una Junta Militar dirigida por el General Ricardo Pérez Godoy; ejecutó un golpe de estado. 6 meses después el Gral. Pérez Godoy, fue reemplazado por el Gral. Nicolás Lindley.

La Junta expidió la Ley de Bases para la Reforma Agraria, a fin de detener la agitación campesina en el valle de la Convención (Cusco) promovida por Hugo

---

<sup>19</sup> <http://adonde.com/presidentes/1939prado.htm>.

Blanco. Asimismo se propuso un sistema nacional de planificación de desarrollo económico y social.

## 9 GOBIERNO DE FERNANDO BELAUDE TERRY. 1963 -1968



Fernando Belaunde Terry, fue distinguido político, sobrino del diplomático Víctor Andrés Belaunde, éste último jurista católico, quien llegó a presidir la Asamblea de las Naciones Unidas.

Fue educado en Francia y Estados Unidos país en el que obtuvo el título de Arquitecto. Trabajó un tiempo como catedrático de la Universidad Nacional de Ingeniería (UNI). Promovió el “**Perú como doctrina**” haciendo conocer que el imperio incaico se basó en los principios de **trabajo, solidaridad, y amor a la tierra**. Incorporó a su programa los mandatos de los incas. Ama Sua, Ama Llulla y Ama Quella: **No mentir, no robar, no ser ocioso**.

En las elecciones el año 1963 se formó la alianza entre Acción Popular y Democracia Cristiana (AP-DC) para apoyar su candidatura a la presidencia; compitió con Haya de la Torre y Manuel Odría. Ganó las elecciones Belaunde Terry y tuvo que enfrentar la obstrucción de la coalición APRA-UNO con mayoría en el Congreso.

Las obras que se recuerda de su primer gobierno son las siguientes: La Ley de Reforma Agraria, (Ley 15035) que impulsó la expropiación de terrenos agrícolas; desde el congreso se obstaculizó la ejecución de la medida para no afectar a los grandes latifundios. Incremento de la explotación de los yacimientos petroleros de la Brea y Pariñas. Ante un conflicto contractual se declaró “nulo ipso jure” el laudo de La Brea y Pariñas (Ley 14696). El 12 de agosto de 1968, se firmó el Acta de Talara, convenio entre el gobierno y la IPC (Internacional Petroleum Company) que estipulaba: a) Los yacimientos e instalaciones destinadas a la extracción de petróleo crudo y gas se transfería al Estado peruano para ser administrados por la Empresa Petrolera Fiscal. b) El Estado consideraba cancelada cualquiera deuda que tuviera la IPC. Tras la firma del Acta de Talara el presidente de la Empresa Petrolera Fiscal, Carlos Loret de Mola, denunció la “**pérdida de la página 11**” del contrato en el que supuestamente figuraba el precio que la IPC pagaría al Perú por el crudo.

Promulgó la ley de Elecciones Municipales; el 14 de diciembre de 1964, inauguró cooperación popular (Ley 15260); inició la construcción de la carretera marginal de la selva; construyó el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez; transformó la Caja de Depósitos y Consignaciones en el Banco de la Nación (1966); adquirió aviones “Mirage” para la Fuerza Aérea e implementos para la Fuerza Armada.<sup>20</sup>

El 2 de octubre de 1968 Belaunde Terry, prestó juramento Manuel Mujica Gallo como Primer Ministro. Al día siguiente el Gral. Juan Velasco Alvarado, denunciando corrupción por la pérdida de la página 11, dio un golpe de estado, destituyó a todo el gobierno democrático.

## 10 GOBIERNO MILITAR DEL GRAL. JUAN VELASCO ALVARADO (1968-1975)



La política algunas veces, está llena de ilusiones y pretendidas palabras mágicas; una de ellas es “revolución”; como panacea, remedio y pretendida solución extrema para todos los males sociales y económicos en la conducta personal y social.

El gobierno de las Fuerzas Armadas, se apropió de la palabra y probablemente aplazó una real, funesta y cruel revolución que se venía gestando en el Perú décadas atrás, por el influjo y penetración de las ideologías Rusia, China y Cubana; agregado a las deplorables condiciones de vida de la mayoría de sectores del campo, la selva y la ciudad; pugnas por la liberación de amplios sectores, lucha por los derechos, y esperanzas de cambio.

El gobierno de facto, lanzó un Manifiesto Revolucionario de las FFAA, para justificar los supuestos motivos del golpe de estado: Malestar social, guerrillas, extrema pobreza; corrupción estatal y descontrolada afluencia de campesinos a la capital y principales centros urbanos.

Se prometió transformar la estructura del Estado de inoperante a uno emprendedor nacionalista, con respeto a la soberanía, igualdad y justicia social. Las promesas fueron adornadas con palabras y buenas frases contenidas en el llamado Plan Inca; que en el fondo proponía reformas económicas similares a las planteadas a mediados del Siglo XX por el partido Aprista. La tercera vía “**ni capitalista ni comunista**”, que si algún mérito tuvo, fue desterrar en parte el gamonalismo,

<sup>20</sup> <http://historiadelperu.carpetapedagogica.com/2011/08/primer-gobierno-de-fernando-belaunde.html>.

disminuir las injusticias en el campo, y procurando hacer realidad la invocación de José Carlos Mariátegui: **El Perú para los peruanos.**<sup>21</sup>

El 4 de octubre de 1968, se declaró la nulidad del Acta de Talara y el 9 de octubre de ese año, se anunció la expropiación de la International Petroleum Company IPC y la ocupación militar de los yacimientos de La Brea y Pariñas y la refinería de Talara. Ese día fue declarado de **“la Dignidad Nacional”**.

Posteriormente por Decreto Ley se promulgó el Estatuto Revolucionario, institucionalizando una Junta de Gobierno Militar integrada por los comandantes generales del Ejército, Marina y Aviación, con un nuevo caudillo: El Gral. Juan Velasco Alvarado; que impulsó un modelo económico basado en la exportación de materias primas y la sustitución de importaciones; para procurar favorecer a la industria nacional y el mercado interno.

Constituyó SINAMOS (Sistema Nacional de Apoyo a la Movilización Social, 1972) con la finalidad de regular la vida política del país; coordinar y sustituir organizaciones populares (industria y campesinado). Ese sistema fracasó por falta de democracia, ni arraigo entre sectores populares y sindicato urbanos. Fue desactivado en 1978. Se promulgó el Estatuto de la Libertad de Prensa, con la finalidad fue controlar los medios de comunicación (prensa, radios y televisión). Se llevaron a cabo las siguientes reformas: a) Educativa (Ley 19326) para crear un **“Hombre Nuevo”**, educar para el trabajo y eliminar analfabetismo; impulsaron las ESEPs, (Escuelas Superiores de Educación Peruana, el Instituto Nacional de Investigación y Desarrollo de la Educación. Asimismo, se estableció el uso de uniforme único; enseñanza de quechua, música popular andina y artesanía de nativos. Esta reforma no tuvo éxito por subordinación política. b) Agraria; con el objetivo eliminar el latifundio y minifundio; se expropió haciendas; creación de las SAIS (Sociedad Agrícola de Interés Social) y CAPS (Cooperativas Agrarias de Producción Social); se designó el 24 de junio como Día del Campesino. La reforma no tuvo éxito por injusticias cometidas; eliminación de gran parte de la propiedad privada; falta de incentivos para la producción; falta de capacitación. c) Industrial, para mejorar las condiciones del trabajador mediante la creación de Comunidades Industriales que representaban al sector laboral; se impulsaron las Empresas de Propiedad Estatal, que a un inicio tuvieron relativo éxito y luego fracasaron. d) Minera, para conseguir el monopolio de los minerales se estatizó Petro Perú (petróleo), Sider Perú (siderúrgica de Chimbote), Compañía Peruana de Vapores (transporte marítimo), Aero Perú (transporte aéreo), Entel Perú (comunicaciones), Electro Perú (energía) y Enafer Perú (ferrocarriles). Se crearon las empresas estatales Minero Perú, Centro Min Perú, Hierro Perú; elevando la burocracia y costos de funcionamiento. La consecuencia de las estatizaciones fue favorecer a algunos

---

<sup>21</sup> <http://www.librosperuanos.com/libros/detalle/15689/Peruanicemos-al-Peru>.

sectores; a costa de la ineficiencia empresarial, subsidios del gobierno, y colapso económico de las empresas. Surgieron burocracias doradas con la consiguiente protesta de la población. En la política internacional se impulsó la integración latinoamericana vía el Pacto Andino y Acuerdo de Cartagena.

El gobierno del general Velasco Alvarado, tuvo relativos éxitos y grandes fracasos. Es recordado por el pueblo peruano, por sus medidas de carácter social; como el apoyo a Villa El Salvador, la titulación de lotes urbanos a favor de miles de pobladores, la revalorización y fortalecimiento de la identidad nacional; pero también por la represión, la falta de transparencia y gran deuda externa que se generó a raíz de las compras de armamento militar; y acciones de las empresas públicas.

## 11 GOBIERNO DE FRANCISCO MORALES BERMÚDEZ. II FASE (1975-1980)



La primera fase del gobierno militar, concluyó en el contexto de la crisis internacional del Petróleo; surgió en Latinoamérica de gobiernos militares de derecha en Chile, Bolivia y Argentina.

En febrero de 1975 se produjo una huelga general de la Policía Nacional del Perú, institución que manifestó su descontento por el régimen político del país y las condiciones de vida de sus integrantes. La ausencia de la policía en las calles, dio lugar a saqueos, asaltos e incendios generando el caos; el gobierno ordenó a las fuerzas armadas tomar el control de las calles; hubo decenas de muertos y heridos; se apaciguaron los desmanes con extrema dureza. Tal vez pensando en situaciones como la ocurrida Goethe el poeta alemán diría: Entre 2 males, prefiero, la injusticia, a la anarquía.

En el aniversario de la reincorporación de Tacna (29 de agosto de 1975) Francisco Morales Bermúdez viajó a dicha ciudad y se pronunció contra el gobierno de Velasco Alvarado (Tacnazo), Velasco se quedó sin apoyo. Se invocaron como causas del nuevo golpe la crisis económica; la pérdida de liderazgo de Velasco, las protestas del pueblo; que al final obligaron a devolver el poder a los civiles y retornar a la senda democrática. Velasco falleció en Lima, el año 1977 de aneurisma aórtico.

El gobierno de Morales Bermúdez reemplazó el Plan Inca por el Plan Túpac Amaru que tuvo como finalidad corregir las reformas sin resultados positivos, en la "primera fase" del gobierno militar.

En el gobierno militar de la segunda fase, de Francisco Morales Bermúdez, continuaron los desmanes y las protestas; que generaron violaciones de los derechos humanos de todos lados.<sup>22</sup>

En las postrimerías del gobierno debido a las movilizaciones populares y a un multitudinario paro nacional en julio 1977, Morales Bermudez, optó por convocar el 31 de octubre de 1977 una Asamblea Constituyente (1978) y elecciones presidenciales (1980). Según Decreto-Ley de convocatoria las elecciones fueron por distrito electoral único; electores desde los 18 años; para elegir 100 constituyentes con voto preferencial.

Estuvieron presentes los partidos conocidos (PAP, PPC, UNO, MDP, etc.) excepto Acción Popular. Tras los resultados el PAP tuvo la mayor votación al igual que su líder Víctor Raúl Haya de la Torre, quien fue elegido a Presidente de la Asamblea Constituyente; Se promulgó la Constitución de 1979, que consagró Derechos Fundamentales, y creo diversos organismos constitucionales.

El presidente de la Asamblea, Haya de la Torre, firmó la Constitución desde la cama de un hospital. El fundador del APRA, murió un 2 de agosto de 1979, dejando un legado de lucha por la libertad y la justicia social.

### 12 SEGUNDO GOBIERNO DE FERNANDO BELAUNDE TERRY (1980 - 1985)



El 18 mayo 1980, se realizaron las elecciones presidenciales. Las dos candidaturas con mayor fuerza en esta elección presidencial fueron: Fernando Belaunde Terry (Acción Popular) quien retornó de su exilio en Argentina y Armando Villanueva (APRA).

El candidato, recorrió todo el Perú, levantando con la mano derecha una lampa, símbolo de su partido,

que representa trabajo, y recuerda el proverbio bíblico, **cambiad las espadas por azadas!**

---

<sup>22</sup> Al paso de 40 años del gobierno del Gral. Morales Bermúdez la Corte Penal III de Roma, haciendo valer el principio de justicia universal penal contra crímenes de lesa humanidad, en enero de 2017 lo condenó a cadena perpetua según se indica por haber participado en el **Plan Cóndor, que efectuó graves violaciones a derechos humanos** de opositores a la dictadura de Jorge Videla en Argentina en 1978.

El triunfador de las elecciones fue Fernando Belaunde Terry. El pueblo reivindicó al ex presidente, antes defenestrado, enviando un claro mensaje al país. **Ya no más golpes de estado, con falsas promesas, falta de libertad y ausencia de transparencia!**

Belaunde devolvió los medios de comunicación a sus legítimos propietarios; restableció el sufragio popular para la elección de alcaldes, e impulsó programas de cooperación popular.

Se alió con el PPC Partido Popular Cristiano, liderado por Luis Bedoya Reyes. La izquierda se unió, llevando a la Alcaldía de Lima a Alfonso Barrantes Lingán, promotor de programas sociales, culturales y del programa del Vaso de Leche, para niños de escasos recursos.

Fue elegido Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Economía Manuel Ulloa Elías. El sector agrario reformado por Velasco, sufría discapacidad productiva. La industria que había sido sobreprotegida era ineficiente. El Estado con déficit fiscal, obsoleto y burocratizado. La clase media en declive. Los sectores populares empobrecidos y un sector informal creciente.

Entre las principales medidas económicas que tomó el gobierno fue controlar la inflación, disminuir el déficit fiscal, cumplir con el calendario de pagos de la deuda externa, promover el retorno del capital extranjero y estimular la expansión de la banca.

Las medidas adoptadas generaron que las exportaciones decrecieran a partir de 1982; el ahorro nacional decreció; se elevó un poco la inversión nacional y extranjera- Aumentó la deuda externa y la devaluación monetaria.

Se denunciaron casos de corrupción contra los Ministros Enrique Elías La Rosa, Luis Percovich, Manuel Ulloa Elías.

En 1980 se inició la ola terrorista que azotó al país, en el poblado de Chusqui, Ayacucho, surgiendo los movimientos auto denominados "Por el Sendero Luminoso SL (de José Carlos Mariátegui)" de influencia pro china y "Movimiento Revolucionario Túpac Amaru", MRTA pro cubano.

El primer gobierno de Belaunde, enfrentó al MIR, (Movimiento de Izquierda Revolucionaria), con relativo éxito. En el 2do gobierno no tuvo el mismo empeño y visión. Consideró a los terroristas, como abigeos hasta el extremo de llegar a capturar al máximo líder de S.L Abimael Guzmán, a quien se liberó por "falta de pruebas".

Los senderistas sin control efectivo del Estado, avanzaron en sus propósitos. Cuánto dolor, muertes, destrucción y sufrimiento se hubiesen evitado, si a

los líderes e integrantes de SL y MRTA, en la época que recién iniciaban acciones, se les capturaba y recluía en prisión.

Qué bueno hubiese sido identificar y reconocer que se venía gestando brotes de terrorismo; afrontar el problema y darle solución, con compromiso y valor, cumpliendo el deber impuesto por la ley; a fin de evitar males mayores; y no esperar a que los enemigos de la democracia “agudicen las contradicciones”, para sembrar el caos y destrucción, con el propósito de arrebatarse el poder, e imponer una dictadura al estilo de Pol Poot en Albania.

### 13 GOBIERNO DE ALAN GARCÍA PÉREZ (1985 - 1990)



Para las elecciones de 1985 el candidato del APRA fue Alan Ludwin García Pérez, quien procuró generar un cambio en la imagen de su partido, utilizando la frase “**candidato de todos los peruanos**”. La música y lema de su campaña fue el vals “**tengo el orgullo de ser peruano**”. Al momento de las elecciones tenía 35 años, carisma, ímpetu reformador y magnífica oratoria.

En la primera vuelta electoral no obtuvo la mayoría de los votos por lo que debía participar en una segunda vuelta junto con Alfonso Barrantes Lingán, el candidato de la Izquierda Unida, Alcalde de Lima; quien sorpresivamente renunció a la competencia. La segunda vuelta no se realizó. El JNE dio

como ganador a Alan García Pérez.

Desde un inicio el nuevo presidente, demostró locuacidad y voluntarismo juvenil, con promesas a favor de los sectores populares. Aplicó una política económica heterodoxa, apartada de los lineamientos de las políticas liberales del FMI; incentivó la expansión de la producción interna y el consumo. Ante la devaluación de la moneda oficial el sol, se cambió a una nueva moneda el Inti. Se impuso una tasa oficial de cambio de dólar; esto generó un mercado paralelo o informal (Dólar Ocoña). Se creó el dólar MUC (mercado único de cambio) para favorecer a los inversionistas lo cual fue aprovechado por los especuladores (denominados 12 apóstoles).

Se subsidió los productos de primera necesidad e incrementó el sueldo a través de la emisión de billetes (la maquinita) lo cual generó déficit e hiperinflación.

Se decidió que para pagar la deuda externa solo se iba a destinar el 10% de lo percibido en las exportaciones anuales, decisión por la cual el FMI y el Banco Mundial pasaron a considerar al Perú como un país inelegible, es decir, sin derecho a préstamos internacionales.

En julio de 1987, como una supuesta forma de contrarrestar la grave situación económica del país, Alan García anunció en mensaje a la nación: La estatización de la banca privada, lo que fue un gran fracaso.

Los banqueros iniciaron una férrea lucha legal, con la interposición de acciones de amparo, para defender sus bancos; miles de ciudadanos salieron a las calles para protestar por la vulneración de los derechos de libertad y propiedad. Las acciones de amparo fueron ganadas en el Poder Judicial; por lo que no se expropió ningún banco.

Se agotaron las divisas del Banco Central de Reserva generando una hiperinflación de 4,641.21 %, además de la devaluación del INTI.

No había empleo; la producción estaba estancada; el terrorismo avanzaba cada vez con mayor fuerza; escaseaban los alimentos; incluso se sufría el deterioro de los servicios de luz eléctrica y agua potable.

Surgió el comando Rodrigo Franco, como una forma ilegal de combatir al terrorismo; se produjeron horribles matanzas en la sierra y selva del país por parte de los subversivos y también de agentes del Estado.

Asimismo hubieron sonados casos de corrupción, en diversos Ministerios como Pesquería y Transportes y Comunicaciones.

El propio Alan García, fue sindicado en actos de corrupción, en la re-venta de aviones de guerra, adquiridos a Francia; en la construcción del proyecto de tren eléctrico. Fue procesado penalmente y al paso de 12 años, prescribió el proceso.

El periodista Aldo Mariátegui, con la irreverencia que le caracteriza bautizó al primer gobierno de Alan García como el Aporcalipsis, para que sirva de recuerdo que la demagogia, la falta de experiencia como estadista, y las políticas populistas con supuestas buenas intenciones, generan resultados negativos en la economía y la sociedad.<sup>23</sup>

En medio del caos de la hiperinflación, surgían nuevos ricos y se incrementaba los pobres. La espiral de violencia se fortalecía cada vez más, al punto

---

<sup>23</sup> En la Biblia se lee: Pobres los pueblos que tienen como príncipe a un joven sin experiencia en el gobierno. Asimismo Isaías clama. ¡Oh pueblo mío! Tus opresores son muchachos, y mujeres te dominan. Pueblo mío, los que te guían te hacen desviar y confunden el curso de tus sendas.

que las estadísticas indican que hubieron más muertos de las fuerzas del Estado, del pueblo y los terroristas en esa época.

El 18 de junio de 1986, se amotinaron presos acusados de terrorismo de los penales de Lurigancho, Santa Bárbara y el Frontón. Esta acción fue ejecutada, cuando se desarrollaba en Lima una reunión de la Internacional Social demócrata.

Se encargó a la Marina, Ejército y Aviación de debelar los motines bombardeando las cárceles con los presos atrincherados. Todo ello dejó 152 fallecidos en El Frontón, 118 en Lurigancho y 2 mujeres en Santa Bárbara. Hasta la fecha esos actos no terminan de ser juzgados, como muestra de la lentitud del sistema de justicia.

Cuando se produjo el intento de estatizar la banca, el escritor Mario Vargas Llosa con un grupo de intelectuales y políticos se opuso tenaz y firmemente a la medida.

Así nació el **Movimiento Libertad**, para luchar contra el estatismo, difundir y aplicar las ideas liberales en la economía; modernizar las instituciones públicas, e insertar al Perú, en el mundo desarrollado.

Libertad, organizó un mitin multitudinario en la Plaza San Martín de Lima; tuvo gran arraigo entre los sectores medios y altos, para un cambio de gobierno; y generó una inusitada esperanza a favor de la libertad, progreso y bienestar en el país.



Mario Vargas Llosa, como líder del Movimiento, impulsó y lideró una alianza política llamada Frente Democrático (FREDEMO), que tuvo el apoyo del Partido Popular Cristiano (PPC) de Luis Bedoya Reyes y Acción Popular (AP) de Fernando Belaunde Terry. Entre sus principales propuestas, planteó hacer más eficiente la burocracia estatal, terminar con la hiperinflación y privatizar las empresas públicas.

En los medios de comunicación introdujo ideas de libertad política y económica, lucha frontal a toda forma de autoritarismo, como la del gobierno del PRI, Partido Revolucionario Institucional en México; a quien calificó como la "dictadura perfecta", en América Latina; por estar más de 40 años seguidos en el poder; el Ministro

aprista Wilfredo Huayta, afirmó por televisión que también ese era el objetivo del Partido Aprista en el Perú; lo que fue raudamente negado por sus partidarios.

Mario Vargas Llosa, fue catalogado como el candidato de los ricos, de la gente de piel blanca, de los empresarios y banqueros, que despilfarraban grandes sumas de dinero en propaganda publicitaria por radio, televisión y prensa escrita; tuvo un inmenso apoyo popular.

En esa época, surgió casi desapercibido, un modesto ingeniero de la Universidad Agraria que irrumpió en la política peruana: El chino Alberto Fujimori, que por su apelativo, hacía recordar al chino Juan Velasco Alvarado, Presidente del Gobierno Militar entre los años 1968 y 1975.

Alberto Fujimori Fujimori, profesor universitario, comentarista en un programa de televisión del estado con vinculación al Apra; líder del movimiento CAMBIO 90, fue contendor de Mario Vargas Llosa; sus principales bases de apoyo fueron los pequeños empresarios, sectores informales y grupo evangélicos. Proponía una política económica humanista, con reformas graduales para no afectar a los sectores más necesitados. Su lema de campaña fue **“Honradez, tecnología y trabajo”**

En la primera vuelta electoral ganó el escritor Mario Vargas Llosa, y en segundo lugar, quedó Alberto Fujimori. Ningún candidato obtuvo el 50% requerido para llegar a la presidencia.

El debate entre los dos candidatos en la segunda vuelta electoral fue decisivo, para definir al triunfador de las elecciones generales.

Fujimori con mayor energía y agresividad, venció a su contendor llamándolo “Mario Vargas”, endilgándole que siendo joven consumió marihuana, que casó con su tía Julia; que simpatizó con el comunismo; que al paso de los años se convirtió al liberalismo por su ascenso económico como escritor famoso.

Fujimori desde un inicio demostró astucia y calculo político. Con el apoyo del APRA y la Izquierda Unida, contrarias al shock económico, la mayoría del pueblo dio la espalda al denominado candidato de los ricos y votó a favor de Fujimori, quien triunfo en las elecciones, para cerrar el paso al Movimiento Libertad, que a los pocos meses desapareció de la escena política. Mario Vargas Llosa hace una lúcida catarsis de esos años, en el libro “El Pez en el Agua”.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> <https://www.casadellibro.com/libro-el-pezen-el-agua/9788420467092/1043358>.

## 14 GOBIERNO DE ALBERTO FUJIMORI (1990 -1995)



Alberto Fujimori asumió el gobierno, generando expectativas e ilusiones de cambio y un supuesto apoyo del Japón como potencia económica.

El país vivía inmerso en una serie de problemas heredados de gobiernos anteriores, como creciente y nefasto terrorismo (SL – MRTA), descenso de salarios, agotamiento de reservas internacionales, hiperinflación, devaluación monetaria, atrasos

del pago deuda externa, corrupción y calificado de país inelegible por el Fondo Monetario Internacional. (FMI)

A fin de intentar solucionar la hiperinflación, el Ministro de Economía Juan Carlos Hurtado Miller, anunció por televisión un shock, para vencer la hiperinflación y sanear la economía; eliminar los cambios diferenciados del dólar; sincerar los precios (corte de subsidios y control de precios); y reducir el déficit fiscal.

Al final de su presentación invocó la protección de Dios, lo que daba a entender la gravedad de la medida.

El shock fue un terremoto económico, mayor al propuesto por Vargas Llosa. No se sabía el valor de las cosas; miles de personas perdieron empleos, otras fallecieron por el susto, la falta de alimentos, medicinas y las protestas.

Así empezó la larga reconstrucción económica del país; para vencer el flagelo de la hiperinflación. El cambio de dirección respecto a las políticas económicas estatistas y populistas del Siglo XX, aplicadas en mayor o menor medida por los gobiernos de Bustamante, Velasco Alvarado, y en su máxima expresión por el 1er gobierno de Alan García Pérez, que habían llevado a sufrimientos indecibles y resultados negativos para el pueblo, como los que el denominado socialismo del Siglo XXI, ha generado en Venezuela, bajos los regímenes de Chávez y Maduro.

Para 1991 se cambió el “inti” por el nuevo sol (un millón de intis equivalía a un nuevo sol) como unidad monetaria. Se bajó la inflación de 397% a 15%, se enrumbo la economía, hacia la estabilidad financiera, la reinsertión del Perú al FMI, la sostenibilidad económica. A todo ese conjunto de medidas económicas se le denominó el “Fuji shock”.

Fujimori no tenía mayoría, ni el apoyo del Congreso; esto según declaración que realizó al país, le impedía profundizar las reformas económicas y las políticas antisubversivas que planteaba.

Con ese argumento un 5 de abril de 1992, siendo aproximadamente las 9 de la noche, Fujimori anunció un golpe de estado, que coordinó con su asesor Vladimiro Montesinos y los mandos militares. Pronunció 2 veces la palabra **Disolver, Disolver**, el Congreso de la República, el Tribunal de Garantías Constitucionales, la intervención del Ministerio Público y el Poder Judicial, la destitución de jueces y fiscales.

A este hecho se conoce como el “autogolpe de estado”, con diversas explicaciones y justificaciones, que en el fondo tenía como objetivo apoderarse indefinidamente en el poder; como el PRI de México o Fidel en Cuba. El Congreso fue clausurado; los principales líderes democráticos fueron hostilizados o detenidos. Alan García, tuvo que huir por el techo de su casa, para no ser detenido. Al final se asiló en la Embajada de Colombia; y posteriormente viajó a ese país. El abogado y congresista Raúl Ferrero, y otros líderes, salieron a las calles a defender la democracia; y fueron severamente reprimidos.

Empezó la maquinaria mediática, que informaba que la mayoría de la población apoyaba el golpe de estado; todos los ministros de estado continuaron, salvo uno que renunció, salvando el honor y la dignidad del Estado Democrático. Alfonso de Los Heros.

La Organización de Estados Americanos OEA, presionó para el retorno a la democracia, y luego de diversas coordinaciones con la participación del economista Hernando de Soto, se convocó al CCD (Congreso Constituyente Democrático) presidido por Jaime Yoshiyama. El CCD elaboró la Constitución de 1993; que sentó las bases para una mayor seguridad jurídica en materia de inversiones.

Entre las disposiciones que introdujo, fue un reforzamiento a las garantías constitucionales; a los principios y derechos de la función jurisdiccional; nuevos órganos constitucionales autónomos; el congreso unicameral, una orientación liberal en la economía, la reelección inmediata del Presidente de la República en ejercicio; esto último que sería el motivo principal para continuar en el poder, como ha ocurrido a lo largo de la historia del Perú.

MRTA, continuaba su acción de secuestros, extorsiones y atentados.(SL) con el extraviado lema **“Todo salvo el poder es ilusión”**; realizó una intensa campaña violentista, de violación a los derechos humanos, en el interior del país y en Lima con “coches bombas” en la estación televisiva de Canal 2 (el 5 de junio de 1992) el asesinato de la lideresa barrial María Elena Moyano (Villa El Salvador) en la Calle Tarata del distrito de Miraflores (26 de julio de 1992), que para algunos,

desnudo de cuerpo entero en la ciudad de Lima el financiamiento económico delictivo, la crueldad, insania y maldad terrorista; sin embargo similares hechos venían ocurriendo casi cotidianamente al interior del país; y aparentemente no se prestaba la debida atención.

Asimismo el estado, incurrió, según informe de la Comisión de la Verdad,<sup>25</sup> en violaciones a los derechos humanos; que agudizaban más la violencia y acrecentaba más el conflicto según quería el terrorismo.

Entonces se cambió de estrategia. La DINCOTE (Dirección Nacional contra el Terrorismo) dirigida por el General Ketín Vidal, con una paciente labor de inteligencia, logró la captura de Víctor Polay Campos (cabecilla del MRTA, el 9 de junio de 1992) y la de Abimael Guzmán (cabecilla de Sendero Luminoso, 12 de setiembre de 1992).

La detención de Abimael Guzmán, se produjo gracias a la labor del GEIN, que hizo un trabajo en equipo, silencioso y planificado con seguimiento constante de los senderistas, en un barrio residencial de Lima, hasta que logró la denominada “Captura del Siglo XX”.

El Estado en la lucha antiterrorista, perdió a valiosos compatriotas, y como ocurre en las guerras, incurrió en graves actos contra los derechos humanos. Así por ejemplo en diciembre de 1991 se produjeron los asesinatos de Barrios Altos; y en julio de 1992, de 9 alumnos y un profesor de la Universidad Nacional de Educación - Enrique Guzmán y Valle “La Cantuta”, quienes habrían estado vinculados con el terrorismo; delitos por lo que fue juzgado y condenado como autor mediato, el Presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori, 17 años después.

El 13 de noviembre de 1992, el General Jaime Salinas Sedó se rebeló contra Fujimori, hecho que fue atribuido como un intento de recuperación de la democracia. Fujimori huyó a la Embajada de Japón. El punch fue derrotado y los líderes encarcelados. A partir de este acontecimiento el asesor presidencial Vladimiro Montesinos tomó mayor fuerza, controlando de facto, a los mandos de las fuerzas armadas e instituciones del Estado.

En 1993, el Perú se acogió al Plan Brady, programa de ayuda para los países pobres vía políticas de condonación o reducción de deudas.

El 26 de enero de 1995, un helicóptero peruano fue atacado por fuerzas ecuatorianas en los alrededores de la Cordillera del Cóndor (territorio peruano) iniciándose el Conflicto del Cenepa. Los garantes del Protocolo de Río de Janeiro auspiciaron el dialogo entre los países en conflicto y la firma de la Declaración de Itamaraty (17 de Febrero de 1995) en la que tuvo importante intervención el canciller

---

<sup>25</sup> <http://www.cverdad.org.pe/pagina01.php>.

peruano Fernando Trazegnies Granda, que posibilitó la paz entre Perú y Ecuador. Logró evitarse una guerra, con intervención de los garantes en base a la negociación y dialogo; al final aprobado el acuerdo se restauraron buenas relaciones económicas, comerciales y culturales entre los países.

Al paso de los años, la mayoría del país reconoció que el gobierno de Alberto Fujimori, en gran parte venció al terrorismo, sentó las bases para el saneamiento de la economía, elaboró y promulgó la Constitución Política de 1993 con nuevas instituciones y una economía social de mercado, que mejoró las condiciones de vida de cientos de miles de peruanos; sin embargo sus obras positivas, se obscurecen por su afán de perpetuarse en el poder a toda costa; por las violaciones de derechos humanos en esa época y casos de corrupción.

¿Para vencer el terrorismo, fue necesario un golpe de Estado? Algunos sostienen que sí, otros que no. En España país desarrollado, el gobierno logró vencer a ETA, preservando la democracia. En el Perú país con débil institucionalidad y leve desarrollo, se promovió un golpe de estado; seguidamente jueces sin rostro, y una legislación que impulso juicios penales sumarios; que al paso de unos años, fueron anulados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por falta de garantías mínimas.

Para procurar una respuesta sobre esos años, la ética política orienta: **El fin no justifica los medios.** La democracia debe defenderse a sí misma con las armas de la ley y la participación de las fuerzas armadas y policiales, en cumplimiento de sus deberes constitucionales. No se puede vencer la violencia con mayor violencia; sino como al final se hizo con inteligencia, apoyo popular, acción decisiva del estado, nueva legislación, captura de los líderes y corte de su financiamiento delictivo; empero para un gran número de la población peruana el hecho histórico irrefutable, es que gracias a ese autogolpe de estado, se venció al terrorismo.

## 15 DO GOBIERNO DE ALBERTO FUJIMORI (1995 - 2000)

El competidor más cercano a Alberto Fujimori fue el ex Secretario General de las Naciones Unidas embajador Javier Pérez de Cuellar, quién lideró del movimiento Unión por el Perú, ingresando a la política, en forma patriótica y desinteresada, para contribuir a recuperar la democracia y el Estado Constitucional de Derecho.



El discurso del candidato-presidente durante la campaña electoral estuvo basado en aspectos técnicos, omitiendo lo esencial que Javier Pérez de Cuellar propugnaba: La necesidad de respetar los derechos fundamentales de la población; alternancia en el gobierno, democracia, transparencia y bien común.

Las elecciones fueron cuestionadas; Fujimori ganó a Javier Pérez de Cuellar, en primera vuelta; y, además obtuvo una mayoría absoluta en el Congreso con su partido Cambio 90 – Nueva Mayoría.

Alberto Fujimori contaba con una mayoría en el Congreso, el poder del SIN (Servicio de Inteligencia Nacional) dirigido indirectamente por Vladimiro Montesinos; la prensa “chicha” que era instrumento de operativos psicosociales y el control sobre los medios de comunicación televisivos, radiales y escritos. Se promovieron programas de asistencialismo a sectores populares a cargo del Foncodes (Fondo Nacional de Compensación y Desarrollo Social); encargado de construcción de colegios, postas médicas y carreteras; impulso a Fonavi (Fondo Nacional de Vivienda) y, Pronaa (Programa Nacional de Asistencia Alimentaria) distribución de raciones alimenticias; se construyeron diversas obras públicas y se brindó un impulso a la modernización del país.

## **16 INTENTO DE UN TERCER GOBIERNO DE ALBERTO FUJIMORI (2000)**

Para las elecciones del 2000, el presidente candidato postuló conformando una nueva Agrupación Perú 2000. En esa oportunidad apoyado por la compra de los algunos medios de comunicación inició una campaña de desprestigio a las principales figuras políticas de la oposición, como Alberto Andrade, Alcalde de Lima, Luis Castañeda Lossio Presidente del Instituto Peruano de Seguridad Social y Alejandro Toledo Manrique.

A diferencia de las elecciones de 1995, las candidaturas opositoras se agruparon alrededor del candidato de Perú Posible, Alejandro Toledo.

En las elecciones del 9 de abril del 2000, se pasó a segunda vuelta electoral de Alberto Fujimori y Alejandro Toledo. Ante las denuncias de falsificación

de firmas y fraude acto electoral, poco días antes Toledo renunció; dejando el camino libre para Fujimori.

El inicio del tercer período fujimorista coincide con la “Marcha de los 4 suyos” dirigida Alejandro Toledo. Muchas fuerzas políticas y sociales se unieron para vencer a Fujimori. El periódico “Liberación” de César Hildebrant, Canal N, Radio Miraflores, Diario La República entre otros, fueron baluartes en la lucha por la recuperación de la democracia. Líderes políticos como Alberto Andrade, Luis Castañeda Lossio, Alejandro Toledo, Gustavo Gorriti, Fernando Olivera, Luis Ibérico, Javier Diez Canseco, partidos democráticos, instituciones, sindicatos, miles de personas de todas partes del país y paradójicamente, la ex esposa de Fujimori doña Susana Higuchi tuvieron notoria participación en la lucha contra la dictadura.

Durante la asunción del tercer periodo presidencial, en el centro de Lima se produjo el incendio del local del Jurado Nacional de Elecciones (JNE) y explosión de un local del Banco de la Nación, ubicado al frente del Jurado.

El 14 de setiembre del 2000, en Canal N se difundió el Vladi-video denominado Montesinos y Alberto Kouri que probaba la compra de congresistas de la República, para ser manipulados por Vladimiro Montesinos y el gobierno de Fujimori.

El 16 de setiembre el presidente anunció la convocatoria a elecciones presidenciales en las cuales no participaría. Aprovechando la cumbre de la APEC (Brunei) Fujimori viaja al exterior y desde Japón envía un fax, haciendo conocer su renuncia a la presidencia.

Por investigación de la periodista Cecilia Valenzuela, se planteó la hipótesis que Fujimori habría nacido en el Japón; corroborado con el hecho que cuando huyó del Perú, se estableció ese país, y como algo sorprendente pretendió ser elegido senador en el Japón; objetivo que casi logra en elecciones políticas. Permaneció unos años en ese país, y con el objetivo de volver nuevamente a ser candidato para la Presidencia, intentó retornar al Perú. Viajó en un avión alquilado, aterrizando en México, luego en Chile; país en el que fue detenido. El gobierno peruano a los pocos meses logró la extradición del ex presidente.

Un Tribunal de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) del Perú, presidido por el magistrado Cesar San Martín, sentenció el 2009 a 25 años de prisión al ex mandatario acusado de delitos de lesa humanidad; como autor mediato del crimen de “Barrios Altos”, de la muerte de 15 personas y lesión de 4; el 3 de noviembre de 1991; el día 18 de julio de 1992 por el homicidio de diez personas (nueve universitarios y un profesor); (caso la Cantuta) el día 6 de abril de 1992 hasta el día siguiente se secuestró al periodista Gustavo Gorriti y el día 27 de julio hasta el día 5

de agosto de ese mismo año al empresario Samuel Dyer.<sup>26</sup> La sentencia fue impugnada y posteriormente confirmada en la propia Corte Suprema de Justicia. Asimismo el Tribunal Constitucional, declaró con mayoría de votos infundado el habeas corpus que se planteó, para anular la sentencia contra el ex presidente.

Han transcurrido desde la sentencia, 8 años de prisión en el fundo Barbadillo, una cárcel especial para Fujimori, y hace buen tiempo se debate la posibilidad de que el Presidente le conceda un indulto; aspecto que en parte tiene dividido al país.

El recuerdo de la muerte del Presidente Augusto B. Leguía en la cárcel, sumido en la ingratitud del gobierno y del pueblo, es un factor que se recuerda.

El actual del Perú Presidente, Pedro Pablo Kuczysinki ha declarado que existe necesidad de voltear la página del pasado, y enrumbar al Perú a un camino de reconciliación, trabajo en equipo y reconstrucción.<sup>27</sup>; sin embargo no se podría aún voltear la página, porque estarían pendientes nuevos juicios; y la legislación nacional no acepta indultos por secuestro; y el derecho internacional rechaza indultos por casos de violaciones a los derechos humanos, salvo grave estado de salud del sentenciado.

Por ese motivo un sector del país, considera que el ex Presidente Fujimori debe cumplir la condena legal impuesta, y solo podría ser indultado por razones humanitarias, por motivo de grave estado de salud.

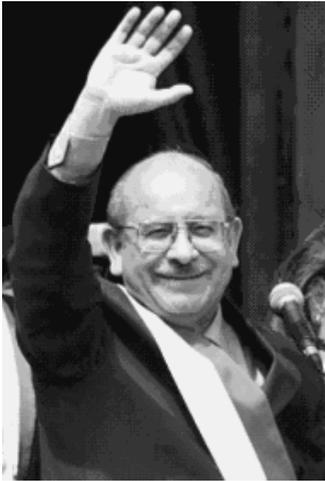
La decisión es potestad constitucional del Presidente actual, que debe ser bien meditada, por las consecuencias negativas que podría tener la medida en los planos nacional e internacional. Anteriormente los Presidentes Toledo y Ollanta Humala, fueron presionados para conceder el indulto. No cedieron a las solicitudes y presiones. Ahora, el panorama es más complicado, por el mandato de prisión contra el ex.-Presidente Alejandro Toledo, quien radica en Estados Unidos, y el mandato efectivo contra Ollanta Humala, y su esposa Nadine Heredia.

---

<sup>26</sup> <http://spanish.peopledaily.com.cn/31617/6631925.html>.

<sup>27</sup> <http://elcomercio.pe/peru/ppk-voltrear-pagina-significa-olvidar-perdonar-416009>.

## 17 GOBIERNO DE VALENTÍN PANIAGUA CORAZAO



Cuando Fujimori no retornó de su viaje a Brunei y renunció a la presidencia de la República por fax, la mayoría del Congreso de la República lo destituyó por incapacidad moral.

Asimismo Martha Hildebrant Presidente del Poder Legislativo, fue destituida. La sucesión presidencial debía recaer en el primer vicepresidente, Francisco Tudela, quien renunció al igual que el segundo vicepresidente, Ricardo Márquez.

El jurista y político Valentín Paniagua fue elegido Presidente del Congreso. Posteriormente Presidente de la República por vacancia de Fujimori declarada por la causal de incapacidad moral.

En el gobierno de transición presidido por Valentín Paniagua Corazao (22 de noviembre de 2000), el mejoramiento de la situación económica, y la restauración de la democracia fueron los principales objetivos.

Al tiempo que el recompuesto Poder Ejecutivo iniciaba su gestión, la economía peruana ya se encontraba exhausta por una prolongada recesión y la situación financiera de los agentes privados mostraba un deterioro significativo.<sup>28</sup>

Valentín Paniagua, durante su mandato designó al ex Secretario General de la ONU, Javier Pérez de Cuellar, como presidente del Consejo de Ministros y ministro de Relaciones Exteriores; además como integrantes de su gabinete ministerial a juristas de amplia trayectoria como Marcial Rubio Correa, Diego García Sayán, y Beatriz Merino. El gobierno de transición convocó a elecciones presidenciales para el 2001.

Aprobó la Carta Democrática Interamericana (setiembre, 2001) que constituye un mecanismo de defensa, para prevenir golpes de estado en la Región; promovió por mandato de la Corte Interamericana nuevos juicios a sentenciados por terrorismo (juzgados por tribunales militares sin rostro), así como la creación de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación a cargo del ex Rector de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Salomón Lerner, para investigar los hechos de violencia ocurridos entre 1980 y 2000.

<sup>28</sup> <http://www.monografias.com/trabajos55/valentin-paniagua/valentin-paniagua.shtml#xzz4mMgGmhYp>.

Se impulsó un sistema anticorrupción que ordenó la detención de ministros y generales del régimen anterior; comprometidos con diversos delitos en su actuación como funcionarios públicos.

Se firmó la Declaración de Chapultepec (México) que planteó el papel de la Prensa sobre la libertad de expresión, la libertad de prensa y su papel esencial en la democracia.

Se desactivó el SIN y se crea el Sistema de Inteligencia Nacional (SINA).

Crea el FONDUNET (Fondo Nacional para el uso de las tecnologías en la Educación)

Firmó el contrato de explotación del gas de Camisea (Cusco) con las empresas PLUSPETROL y HUNT OIL.

Se produjo el retorno de Alan García Pérez, al Perú luego de casi 10 años de exilio. Se inició las conversaciones para la firma del TLC con EE.UU.

Un hecho histórico que se recuerda del gobierno del Dr. Valentín Paniagua, fue su lucha contra la corrupción, y la defensa de su honor como hombre legal. Un domingo por la noche, en un programa televisivo, un periodista pretendió mancillar el nombre del Presidente Paniagua insinuando que habría tenido actos de favorecimiento a particulares. De inmediato el Presidente llamó al Canal de televisión, y aclaró en forma rauda, clara y severa al conductor del programa, demostrando la falsedad de sus afirmaciones. Le llamó la atención, recordando que el Presidente del Perú, representa y personifica a toda la nación; y que en el fondo, la insinuación tenía el objetivo pagado de deslegitimar la democracia. El periodista se puso nervioso, tartamudeo, y no le quedó más remedio que pedir disculpas, por el infame intento de desprestigiar al Presidente de la República.

El episodio es aleccionador; en el caso de otros políticos, que con cierta frecuencia reciben cuestionamientos a su honor; por algún motivo, no responden en forma inmediata, ni menos realizan la defensa y aclaraciones respectivas, como líderes probos y transparentes.<sup>29</sup>

El 21 de agosto de 2006, Paniagua fue ingresado de urgencia en la Clínica San Felipe de Lima por un aparente cuadro de pericarditis. El 24 de agosto, el parlamentario Víctor Andrés García Belaúnde, interrumpió la sesión del Congreso, para anunciar -erróneamente- el deceso del ex Presidente, solicitándose un minuto de silencio en su memoria y que se postergue la sesión. Inmediatamente, la noticia dio la vuelta al mundo. Luego se desmentiría por parte de familiares del ex-presidente, y, en el pleno, hizo lo mismo García Belaúnde. Desde entonces se

---

<sup>29</sup> El Quijote a su amigo Sancho decía. "Por el honor y la libertad, se puede perder hasta la vida".

mantuvo en reserva toda noticia acerca de su salud. Valentín Paniagua falleció el 16 de octubre de 2006 a las 5 a.m. debido a una *complicación infecciosa pulmonar* tras permanecer internado varias semanas en una clínica local;<sup>30</sup> con cierta ingratitud de militantes de su Partido Acción Popular; y con el permanente recuerdo de los sentenciados por diversos delitos en el gobierno de Fujimori.

Valentín Paniagua, un hombre sencillo, de pequeño de estatura, amable y un aire pacífico, que hacía recordar a Gandhi, se le veía recorrer y conversar por los patios de la Pontificia Universidad Católica del Perú, como profesor y amigo dialogante. Ha dejado un ejemplo y estela de estadista, en el breve paso de su tiempo por la Presidencia de la República. Se critica la decisión de instaurar nuevos juicios en casos de terrorismo; pero ello fue por mandato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo por la liberación de algunos presuntos terroristas; lo que es probable, pero también lo es que pudiesen ser inocentes o arrepentidos. En el fondo lo que sus férreos detractores no le perdonan es haber sentado las bases de la recuperación democrática e impulsado un sistema de justicia, en el marco del Estado Constitucional de Derecho, que por primera vez en la historia de la República, condenó a ex Ministros de Estado, ex comandantes generales de las Fuerzas Armadas, e incluso a un Presidente de la República, a la pena privativa de la libertad, por la comisión de graves delitos. Asimismo, que en el cuestionamiento legal, que se realiza a los cinco ex presidentes de la República con vida, su figura se mantenga incólume y honorable.

## 18 GOBIERNO DE ALEJANDRO Toledo (2001 – 2006)



Para las elecciones del 2001 los principales candidatos fueron Alejandro Toledo (Perú Posible), Alan García (APRA) y Lourdes Flores (Unidad Nacional). Alan García y Alejandro Toledo pasaron a la segunda vuelta. Fue elegido Presidente Constitucional Alejandro Toledo.

Gobernó con el apoyo de conocidos profesionales como Pedro Pablo Kuczynski y Roberto Dagnino. Se generaron actos de corrupción por parte de miembros del entorno político y familiar; como por ejemplo su asesor

<sup>30</sup> <http://www.monografias.com/trabajos55/valentin-paniagua/valentin-paniagua.shtml#ixzz4mMfmeHQX>.

Cesar Almeyda, caso CONAPA y caso de la cuentas en Blue Bay.

Estabilizó y enrumbo la economía a una senda de crecimiento; aumento los sueldos a los ministros, jueces, fiscales y empleados públicos en general.

EE. UU. Promulgó la ATPA (Ley de Preferencias Arancelarias Andinas) y luego firmó el TLC (Tratado de Libre Comercio)

En Venezuela, el 26 de junio del 2001, el presidente Hugo Chávez reveló la captura de Vladimiro Montesinos

El gobierno de Toledo, promulgó la Ley Orgánica de Regionalización (25 regiones)

Implementó el programa educativo “Huascarán”, el plan de vivienda “Techo Propio”, proyecto de generación de empleo “A Trabajar Urbano”

Se produjo el Andahuaylazo. El mayor retirado Antauro Humala y sus partidarios asaltan y toman una comisaría con un saldo de 4 policías y 2 reservistas muertos.

Enfrentó huelgas de maestros, médicos, enfermeras, trabajadores del Poder Judicial, agricultores y cocaleros, que generaron un clima de desgobierno que obligó a declarar el estado de emergencia.

Impulsó la suscripción del Acuerdo Nacional con partidos políticos y organizaciones de la sociedad civil.

Se estableció las líneas de bases para la definición del dominio marítimo (Octubre, 2005) que inició una controversia con Chile; se intentó la suscripción a la “Convención del Mar”; se deterioraron las relaciones diplomáticas con Venezuela debido a la intromisión del presidente Hugo Chávez en los asuntos internos del país.

Con Brasil se firmó los acuerdos para la construcción de la carretera transoceánica que une la cuenca del Atlántico con la cuenca del Pacífico.

En el año 2017, se acusó a Alejandro Toledo de haber recibido sobornos de varios millones de dólares de la empresa Odebrecht, motivo por el cual actualmente tiene orden de captura y proceso penal pendiente en el Perú.<sup>31</sup> Toledo que construyó una imagen como el líder de la recuperación democrática, con sus acciones y medias verdades, se rebeló como una persona de pocos escrúpulos y falta de respeto a la ley, y al pueblo peruano; con deudas actuales ante la justicia.

---

<sup>31</sup> <http://www.atv.pe/actualidad/alejandro-toledo-habria-recibido-20-millones-de-dolares-en-coimas-por-parte-de-odebrecht-323581>.

## 19 SEGUNDO GOBIERNO DE ALAN GARCÍA 2006 - 2011



En las elecciones del 2006, Alan García, por el Partido Aprista Peruano; y Ollanta Humala por Unión por el Perú, fueron los dos candidatos que pasaron a la segunda vuelta. El resultado final fue el 53 por ciento de votos validos para Alan García Pérez; el 47 por ciento para Ollanta

Humala. De esta forma llegaba por segunda vez a la presidencia Alan García Pérez.

Alan García, con la carga del mal recuerdo de la hiperinflación y fracaso de su primer gobierno; trató de realizar una gestión moderada, alejándose de las políticas populistas y la demagogia que le caracterizó en el pasado; aprendiendo las lecciones de la historia económica.

Le favoreció la subida de precio de los metales, y el Perú, creció a un ritmo sostenido del 6%. Se incrementaron las exportaciones, bajo el nivel de pobreza; creció la economía hasta en un 8 %.

La inseguridad ciudadana, fue incrementándose cada día. Hubieron escándalos, como el indulto a sentenciados por narcotráfico; el caso de los petro audios (interceptación indebida de las comunicaciones) y corrupción de funcionarios.

Con Chile el diferendo de delimitación marítima, que fue sometido a la Corte Internacional de Justicia de La Haya.

En su gobierno, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema confirmó la condena de 25 años prisión para Alberto Fujimori por el asesinato en los casos Barrios Altos, La Cantuta, y por el secuestro agravado al periodista Gustavo Gorriti y al empresario Samuel Dyer.

La decisión fue unánime en los casos de Barrios Altos y La Cantuta, pero en el caso de los secuestros al periodista Gustavo Gorriti y al empresario Samuel Dyer, la opinión de los magistrados estuvo dividida.

Al final de su gobierno, tuvo una baja aprobación popular y severos cuestionamientos; al paso de los años algunos de sus funcionarios fueron condenados a pena privativa de la libertad.

Se podría realizar un balance del 2do gobierno de Alan García, conforme efectuó el diario comercio en un interesante artículo. “Lo bueno, lo malo y lo feo del gobierno”.<sup>32</sup>

En ese artículo se da cuenta, que lo bueno fue el crecimiento macro económico, los Tratados de Libre Comercio ( el impulso a la Alianza del Pacífico); el equipo liderado por el embajador Allan Wagner Tizón, que afrontó con relativo éxito, la demanda contra Chile, por el diferendo de límites marítimos, en la Corte Internacional de la Laya.

Lo malo sería la profundización de conflictos sociales mineros; la inseguridad ciudadana, la falta de avance en la lucha contra la corrupción. Lo feo, cierta falta de transparencia en la lucha contra las drogas; problemas en los sectores de salud, defensa y educación.

### 20 GOBIERNO DE OLLANTA HUMALA. 2011-2016



El gobierno de Alan García, llegó a su fin, sumido en debilitamiento institucional y desaprobación popular.

Ollanta Humala se presentó como una alternativa, conformando el Partido Nacionalista proponiendo una “**gran transformación**” contra las políticas liberales;

en un modelo similar al de los países del denominado socialismo del siglo XXI de la órbita del Alba, en América Latina.

En el plan presentado, aparecía que el objetivo del nuevo gobierno sería transformar el Estado con una **nueva Constitución** para hacerlo descentralizado y participativo; promotor del desarrollo social y de los derechos sociales; regulador de la economía de mercado; promotor de la institucionalidad democrática y de una gestión gubernamental descentralizada en base a regiones transversales, y defensor de la soberanía nacional. Esta sería la herramienta para construir una nación para todos, una comunidad de ciudadanos iguales en derechos y obligaciones;

<sup>32</sup> <http://archivo.elcomercio.pe/politica/gobierno/lo-bueno-lo-malo-lo-feo-segundo-gobierno-alan-garcia-noticia-947310>.

desarrollando la a identidad nacional con respeto por la diversidad étnica y cultural, y fomento la interculturalidad y la pluralidad.<sup>33</sup>

La candidata Keiko Fujimori, hija del ex Presidente Alberto Fujimori, quien fue primera dama de su gobierno; pasó a la segunda vuelta con Ollanta Humala. El candidato Humala, fue persuadido, por Vargas Llosa, y diversos empresarios, para modificar su propuesta de gran transformación por la “**hoja de ruta**”.

Esta vez se decía: El compromiso con el pueblo peruano firmado por Ollanta Humala establece que la transformación que el país requiere, se hará de **manera gradual y persistente**, en el marco del Estado de Derecho, el respeto absoluto a la división de poderes del Estado, honrando todos los compromisos del Estado, y restableciendo el principio de la ética pública, combatiendo la corrupción y el despilfarro del dinero del Estado. Asimismo prometió impulsar la constitución de un Gobierno de concertación nacional.<sup>34</sup>

Llegó al gobierno en 2011, como líder del Partido Nacionalista Peruano generando grandes expectativas de cambio positivos para algunos y temores para otros, en el sentido que podría aplicarse similares políticas populistas que en Venezuela. Felizmente esto último no sucedió, se dice persuadido por circunstancias del pasado, por un grupo de empresarios que lo rodeó y la influencia de su esposa Nadine Heredia, quien para algunos cumplió un rol decisivo en el gobierno; y para otros usurpó parte del poder.

A su gobierno se le recuerda, por el impulso a programas sociales, de inclusión social, Beca 18, relanzamiento del sistema educativo, los Tambos, Kally Warma y otros. Se creía que con su mandato podría contribuir a contra restar la inseguridad ciudadana y la ola creciente de delincuencia común; pero no logró ese objetivo. Su gestión fue calificada en octubre de 2015, con tal solo una aprobación del 14 por ciento.

En el año 2016, fue sucedido en la banda presidencial, por Pedro Pablo Kuczynski, quien triunfo en las elecciones, compitiendo con la señora Keiko Fujimori, hija del ex Presidente.

Ollanta Humala y su esposa Nadine Heredia, estuvieron en la cima del gobierno y del poder en el Perú. Finalizado el gobierno cayeron estrepitosamente denunciados por haber recibido financiamiento del gobierno de Chávez en Venezuela, el año 2001, y el año 2006 de la empresa Odebrech de Brasil, por la suma de 3 millones de dólares, provenientes presuntamente de lavado de activos, a cambio de obtener futuras licitaciones y concesiones a favor de dicho consorcio de Brasil.

---

<sup>33</sup> <http://gestion2.e3.pe/doc/0/0/0/2/1/21578.pdf>

<sup>34</sup> <http://gestion2.e3.pe/doc/0/0/0/2/1/21577.pdf>

El juez penal Concepción Carhuacho, dictó mandato de detención en contra la denominada pareja presidencial, quienes han sido reclusos en prisión. Para diversos juristas se ha dado un mensaje judicial claro y contundente respecto al caso de donaciones en campañas políticas: Los candidatos no tienen derecho a recibir cantidades exorbitantes de dinero, en condiciones de clandestinidad, y ocultar su origen, sin responsabilidad alguna.

La decisión de prisión preventiva, dictada en primera instancia, ha sido apelada. La decisión de segunda instancia, será trascendente y tendrá consecuencias en la lucha contra la corrupción. Es necesario y urgente, que se defiendan y fortalezca la democracia, y la impartición de justicia, haciendo prevalecer los principios de no impunidad, e igualdad ante la ley. Si se confirma la decisión, el pronóstico claro es de condena de varios años de prisión para el Presidente Ollanta Humala y su esposa Nadine Heredia; si se revoca la decisión, sería un retroceso en la lucha contra la corrupción, y un debilitamiento notorio, frente a casos de investigación judicial pendiente. El Poder Judicial, tiene una responsabilidad histórica y espera que esté a la altura de las circunstancias actuales y futuras.

### **COROLARIO**

Don Jorge Basadre Grohmann (1903-1980), el mayor historiador de la república, realizando una profecía, y a la vez un llamado a la reflexión y acción política de los peruanos decía que a lo largo de la historia:

LOS PODRIDOS, han prostituido y prostituyen palabras, conceptos, hechos, instituciones, al servicio de sus medros, de sus granjerías, de sus instintos y apasionamientos. LOS CONGELADOS, se han encerrado dentro de ellos mismo, no miran sino a quienes son sus iguales y a quienes son sus dependientes, considerando que nadie más existe. LOS INCENDIARIOS, queman si iluminar, se agitan sin construir.

LOS PODRIDOS han hecho y hacen todo lo posible para que este país sea una chacra. LOS CONGELADOS lo ven como un páramo. LOS INCENDIARIOS quieren explosión y verter venenos para que surja una gigantesca fogata. Toda la clave del futuro está allí: que el Perú escape del peligro de no ser sino una chacra, de volverse un páramo, o de convertirse en una gigantesca fogata. Qué el Perú no se pierda por la obra o la inacción de los peruanos.

Cuan ciertas, poéticas y elocuentes estas palabras de Basadre. A lo largo de la historia política del Perú, en la sucesión de diferentes gobiernos civiles y militares; y ciudadanos de todas las clases sociales, los signos que señala el historiador han generado el retraso, la violencia y desunión de nuestro país.

Pensando que no solo hacen daño, los que obran mal, sino los ciudadanos sencillos que se mantienen indiferentes, alejados de la participación positiva en la vida social, económica, cultural y política del país, habría que interpretar a la luz de los acontecimientos históricos del siglo XX y de inicios del siglo XXI, personalidades y actitudes que hacen falta, siguiendo similar esquema al del historiador.

Estos podrían ser las siguientes:

Autoridades y ciudadanos justos, que sepan discernir los conceptos, hechos, instituciones y resolver los problemas sociales, económicos y políticos, por la vía del dialogo, del derecho y la justicia, al servicio de valores morales fundamentales, la democracia y del bien común.

Autoridades y ciudadanos solidarios que vayan más allá de sus intereses particulares, familiares o de grupo; contribuyendo a hacer realidad los deberes y derechos fundamentales, el respeto al medio ambiente y el bienestar de las mayorías, con ética, legalidad, innovación, emprendimiento, mentalidad abierta, trabajo eficiente, individual y social.

Autoridades y ciudadanos pacíficos que luchen por la paz y la reconciliación, que contribuyan a hacer prevalecer la justicia, la paz, el desarrollo equilibrado y armónico de la nación.

Qué el Perú avance y no retroceda, por la omisión de justos, solidarios y pacíficos, hombres y mujeres, jóvenes y adultos de bien. Así sea.

.....  
Concluida en parte la redacción de la presente compilación, el 28 de julio de 2017, día de la Independencia nacional de la República del Perú.

---

# O SILÊNCIO DA RAZÃO:

## A LÓGICA E A QUESTÃO DO MÍSTICO NO *TRACTATUS LOGICO-PHILOSOPHICUS*

---

Lucas Antonio Saran<sup>1</sup>

### COMENTÁRIO INTRODUTÓRIO

Segundo Pinto (1998), o ideal de racionalidade por trás do *Tractatus logico-philosophicus* (WITTGENSTEIN, 2010) é baseado no cálculo proposicional. Sobre essa ideia de Pinto, é interessante ressaltar a palavra “racionalidade”; isso significa dizer que, por trás da filosofia de Wittgenstein, existe uma racionalidade.

Considerando isso, o objetivo deste trabalho consistirá em considerar as questões da lógica e do místico no *Tractatus logico-philosophicus* (WITTGENSTEIN, 2010) sob a perspectiva da noção de “silêncio da razão”: ao longo da história da filosofia, muitos filósofos têm se debruçado sobre o problema da racionalidade; nosso objetivo (neste trabalho) é mostrar que, em Wittgenstein (no *Tractatus logico-philosophicus*), esse problema é silenciado.

Visando cumprir esse objetivo, iremos dividir este trabalho em dois capítulos: no primeiro capítulo, iremos tratar de alguns dos elementos que caracterizam a presença da lógica no *Tractatus logico-philosophicus* (WITTGENSTEIN, 2010); no segundo capítulo procuraremos relacionar os elementos trabalhados no primeiro capítulo com a questão do místico (segundo o *Tractatus logico-philosophicus*), e, posteriormente, trataremos daquilo que denominamos de “silêncio da razão”.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Doutorando em filosofia (PUC/SP). Membro do Grupo de Pesquisas (GT) Lógica, tempo e linguagem natural (UEL). Formado em filosofia pela Universidade Estadual de Londrina (2011). Mestre em filosofia pela mesma Universidade (2014). Independentemente de quaisquer trabalhos particulares, as principais temáticas de suas pesquisas costumam ser: Deleuze, Wittgenstein, Russell e lógica. Endereço Eletrônico <lucasasaran@gmail.com.br>.

<sup>2</sup> Sobre essa divisão do texto em capítulos, é importante salientar que ela possui uma função meramente didática, pois, como veremos, é muito difícil separar as questões do lógico e do místico no *Tractatus logico-philosophicus* (WITTGENSTEIN, 2010).

## 1 ELEMENTOS DA QUESTÃO LÓGICA NO *TRACTATUS LOGICO-PHILOSOPHICUS*

Visando abordar alguns elementos da questão lógica no *Tractatus logico-philosophicus* (WITTGENSTEIN, 2010), o presente capítulo se dividirá em três momentos. Cada um desses momentos abordará, respectivamente, um dos seguintes três tópicos: em um primeiro momento, serão abordadas algumas características gerais da teoria da figuração presente no *Tractatus logico-philosophicus* (WITTGENSTEIN, 2010); em um segundo momento serão abordadas algumas questões técnicas relacionadas à lógica e à forma geral da proposição apresentada no *Tractatus logico-philosophicus* (WITTGENSTEIN, 2010); por fim, em um terceiro momento, será realizada uma primeira consideração sobre as reflexões que o *Tractatus logico-philosophicus* (WITTGENSTEIN, 2010) realiza sobre o sujeito transcendental.

Considerando, pois, esse plano de trabalho, iniciaremos nossas exposições referentes à doutrina da figuração. Essas exposições, por sua vez, serão divididas em seis subtópicos que tratarão, respectivamente dos seguintes assuntos: a bipolaridade e a complexidade como características essenciais da proposição; o mundo como totalidade dos fatos; a relação entre estrutura e forma na figuração dos fatos; as propriedades internas e externas da proposição; o caráter articulado da proposição.

Tendo em vista, pois, esses objetivos, comecemos com a consideração da bipolaridade e complexidade como características essenciais da proposição. Para entendermos essas duas propriedades (bipolaridade e complexidade) precisamos, primeiramente, nos remeter a algumas características da proposição que remontam a Platão e Aristóteles (SANTOS, 2010, p. 21-24). Essas características são, essencialmente, as seguintes: a proposição é constituída por símbolos que nomeiam coisas externas à linguagem, de modo que não é a própria proposição que nomeia algo, mas suas partes; a proposição é constituída por uma escolha.

O que essas duas características (da proposição) significam? Ora, essas características significam, justamente, a complexidade e a bipolaridade essenciais à proposição: uma proposição é fundamentalmente complexa, e, quando enunciamos uma proposição, fazemos uma escolha que consiste em “juntar” (afirmar) ou “separar” os elementos da proposição (SANTOS, 2010, p. 22). Isso ficará mais claro, se considerarmos um exemplo genérico: nas duas proposições do tipo “S é P” e “não é o caso que S é P”, estamos, no primeiro caso, atribuindo uma propriedade a um sujeito (estamos “juntando” sujeito e predicado), e no segundo caso estamos negando uma propriedade ao sujeito (estamos “separando” sujeito e predicado).

Boa parte das ideias centrais do *Tractatus logico-philosophicus* (WITTGENSTEIN, 2010) consiste em tirar consequências dessas características

(complexidade e bipolaridade) da proposição; para explicitar isso melhor, vamos, a partir de agora, considerar separadamente cada uma das características:

- 3.2 Na proposição, o pensamento pode ser expresso de modo que aos objetos do pensamento correspondam elementos do sinal proposicional.
- 3.201 Chamo esses elementos de “sinais simples”; a proposição de “completamente analisada”
- 3.202 Os sinais simples empregados na proposição chamam-se nomes
- 3.203 O nome significa o objeto. O objeto é seu significado. (“A” é o mesmo sinal que “A”)
- 3.21 À configuração dos sinais simples no sinal proposicional corresponde a configuração dos objetos na situação.
- 3.22 O nome substitui, na proposição, o objeto. (...)
- 3.23 O postulado da possibilidade dos sinais simples é o postulado do caráter determinado do sentido. (WITTGENSTEIN, 2010, p. 151)

Para entendermos essa citação, precisamos, primeiramente, retomar que, como já foi dito, o sentido de uma proposição é, entre outras coisas, determinado pelo fato de que cada uma das partes de uma proposição nomeia um objeto extralinguístico (possui um significado)<sup>3</sup>. Como isso se dá? Para entendermos a resposta a essa questão, precisamos, inicialmente, entender que, para Wittgenstein, existem, tanto proposições mais complexas (constituídas por outras proposições), quanto proposições mais simples chamadas de “proposições elementares”. Podemos caracterizar estas últimas do seguinte modo: depois de uma análise das proposições mais complexas, é possível chegar às proposições elementares; essas proposições elementares, além de ser logicamente independentes, têm uma relação direta com o mundo (externo à linguagem) e são constituídas por símbolos simples denominados nomes. Esses nomes, por sua vez, devem designar entidades extremamente simples denominadas objetos<sup>4</sup>. A existência dos objetos é um pressuposto do caráter determinado do sentido; há sentido, logo, deve haver objetos.<sup>5</sup>

Feito esse último comentário, podemos passar à consideração da bipolaridade: havíamos dito que, ao se enunciar uma proposição, deve-se fazer uma escolha entre “juntar” ou “separar” suas partes constituintes. Disso, pode-se tirar uma consequência importante: uma proposição, para ter sentido, precisa (deve) ser contingentemente verdadeira ou falsa. Isso quer dizer o seguinte: toda proposição com sentido é contingente, pois, caso as proposições com sentido não fossem

---

<sup>3</sup> Mais adiante, definiremos melhor as noções de significado e sentido associadas a uma proposição.

<sup>4</sup> A proposição representa o entrelaçamento de nomes ao qual deve corresponder um entrelaçamento de objetos em um estado de coisas (se a proposição for verdadeira); se a proposição for falsa, não existe um entrelaçamento de objetos que corresponda ao seu entrelaçamento de nomes.

<sup>5</sup> Como veremos, os objetos são a condição de possibilidade transcendental do sentido.

contingentes, não haveria escolha legítima ao se enunciar uma proposição (ou seja, sequer haveria proposição). Como veremos, essa situação possui consequências importantíssimas para a filosofia (e para a lógica).

Dito isso, podemos encerrar o primeiro subtópico de nosso primeiro tópico. Sendo assim, passaremos à consideração do segundo subtópico: trata-se da consideração da situação ontológica de que o mundo é a totalidade dos fatos. Essa situação é, em parte, consequência das duas características que vimos para a proposição: pelo fato de a proposição ser essencialmente complexa, o mundo é a totalidade dos fatos (designados por proposições) e não das coisas (WITTGENSTEIN, 2010, p. 135); por outro lado, devido às características inerentes à bipolaridade, o mundo é formado por fatos contingentes (que poderiam ser de maneira diferente), de modo que só é possível determinar o valor de verdade de uma proposição comparando-a com o mundo.

Além dessa relação entre a ontologia e as duas características essenciais da proposição, há outros motivos complementares para a situação de o mundo ser a totalidade dos fatos. Esses motivos são muito bem explicados por Simões (2008). Segundo esse autor, pode-se dividir os motivos de o mundo ser a totalidade dos fatos em dois argumentos centrais. O primeiro desses argumentos parte do pressuposto de que os objetos simples (condições de possibilidade da determinação do sentido) são imutáveis. Sendo assim, o mundo deve ser totalidade dos fatos, pois, se fosse a totalidade dos objetos, não haveria a possibilidade de se pensar a mudança em tal mundo, notando-se que toda mudança é uma mudança apenas na configuração dos objetos (SIMÕES, 2008, p. 60).

Além desse primeiro argumento, há um segundo argumento que pode ser assim sintetizado: uma vez que os objetos simples são a condição de possibilidade entre todos os mundos possíveis, o mundo não pode ser a mera soma de tais objetos, pois, do contrário, não haveria diferença entre os mundos possíveis (SIMÕES, 2008, p.60-61).

Com esse argumento, pode-se encerrar o segundo subtópico do primeiro tópico deste texto. Desse modo, passaremos ao terceiro subtópico: trata-se da relação entre estrutura e forma na figuração dos fatos. Sobre isso, é importante, primeiramente, entender que, para Wittgenstein, nós figuramos os fatos (WITTGENSTEIN, 2010, p. 143). Isso significa que nós representamos os fatos através de outros fatos (WITTGENSTEIN, 2010, p. 143). Como funciona esse processo? Para responder a essa pergunta, podemos, como faz Kenny (1974, p. 60), começar pensando a figuração como o processo análogo ao de uma pintura: em uma pintura a relação espacial entre os elementos da pintura e entre os elementos reais (representados pela pintura) é a estrutura da pintura; o espaço tridimensional com

suas leis é a condição de possibilidade e, portanto, a forma da pintura (KENNY, 1974, p. 60).

Ora, com a figuração se passa algo semelhante ao da pintura: por mais abstrata que seja uma pintura, há um mínimo comum entre a pintura e aquilo que ela representa; esse mínimo deve ser a forma comum entre a pintura e o representado. Assim, na figuração, deve haver algo comum entre a proposição e o estado de coisas figurado por ela; esse algo comum deve ser a forma comum entre a proposição e o mundo. O que é esta forma? Ora, existem várias formas (espacial, colorida e etc.), porém, no caso limite (no mais abstrato dos casos), a forma comum entre qualquer proposição e o mundo deve ser a forma lógica<sup>6</sup>. Desse modo, pode-se pensar a noção de “espaço lógico” entendido como a condição de possibilidade de qualquer tipo de figuração; o espaço lógico contém todas as possibilidades do mundo, e conseqüentemente não pode, ele próprio, ser uma possibilidade. Isso significa que não se pode figurar o espaço lógico: o espaço lógico não pode ser representado em uma proposição (SANTOS, 1999, p. 444); como veremos melhor, as proposições da lógica, para Wittgenstein (2010), são pseudoproposições.

Feito esse comentário, pode-se encerrar o terceiro subtópico de nosso primeiro tópico. Passaremos, pois, ao quarto subtópico: trata-se das propriedades internas e externas da proposição. O que são essas propriedades? As propriedades externas da proposição são os traços arbitrários da linguagem, notando-se que, como exemplo desses traços, pode-se citar os nomes arbitrários que os objetos simples podem vir a receber (KENNY, 1974, p. 68); as propriedades internas da proposição são aquelas que são essenciais a tal proposição, notando-se que de tais características pode-se citar o estado de coisas afigurado pela proposição e a multiplicidade lógica inerente à proposição (KENNY, 1974, p. 68).

Sobre essas propriedades internas da proposição, é importante dizer o seguinte: as propriedades internas da proposição não podem ser ditas; assim, surge a importante distinção de Wittgenstein (2010) entre “dizer” e “mostrar”. Essa distinção propõe que, embora as proposições digam algo (descrevam um estado de coisas), tais proposições também mostram algo que não pode ser dito. Desse modo, as proposições, por exemplo, mostram seu sentido<sup>7</sup> e sua multiplicidade lógica<sup>8</sup> (KENNY, 1974, p. 68).

---

<sup>6</sup> Nesse ponto de nosso texto, é importante mencionar que, assim como há uma forma comum entre as proposições e o mundo, há, também, uma forma dos objetos simples. Dados estes, é dada também a possibilidade de eles aparecerem em estados de coisas: um objeto espacial, por exemplo, tem em si a possibilidade de aparecer em figurações espaciais; “se a coisa pode aparecer no estado de coisas, a possibilidade do estado de coisas já deve estar prejudgada na coisa” (WITTGENSTEIN, 2010, p. 135).

<sup>7</sup> Para Wittgenstein, a propriedade dos nomes de substituírem objetos simples é chamada de significado; já a propriedade de a proposição figurar um estado de coisas passível de estar (ou não) no mundo é chamada de sentido (WITTGENSTEIN, 2010, p. 151).

Dito isso, podemos encerrar o quarto subtópico do primeiro tópico. Com isso, passaremos à consideração do quinto e último subtópico: trata-se do caráter articulado da proposição. Esse caráter articulado está relacionado à situação de que uma proposição não é, simplesmente, uma sequência de palavras: uma proposição é de tal forma que as palavras estão concatenadas “como os membros de um corpo”<sup>8</sup> (KENNY, 1974, p. 66). Desse modo, em uma proposição do tipo “aRb”, o que simboliza não é a soma das palavras (“R” não é um substantivo), mas sim o fato de “R” estar à direita de “a” e à esquerda de “b”. Prestando atenção a isso, vemos claramente que, de acordo com certas convenções da língua portuguesa, símbolos como “João Platão” não são proposições (não possuem sentido).

Com esse comentário, podemos encerrar o quinto subtópico do primeiro tópico. Com isso, encerramos o primeiro tópico. Passaremos, pois, ao segundo tópico onde teceremos algumas considerações mais técnicas sobre a lógica e a forma geral da proposição.

Dentro desse objetivo, sobre a lógica é importante mencionar a tabela de verdade. Esse método é importante, pois permite identificar as tautologias e as contradições: para Wittgenstein (2010) todas as proposições da lógica são tautologias, e não há proposições privilegiadas em lógica (PINTO, 1998, p. 202); a lógica traz as tautologias e as contradições como casos limites, e estas não podem ser ditas em proposições autênticas<sup>10</sup>.

Feito esse comentário, consideremos agora a forma geral da proposição: a forma geral da proposição é exposta no *Tractatus logico-philosophicus* (Wittgenstein, 2010, p. 247). Essa forma geral diz, fundamentalmente, o seguinte: dado o conjunto de todas as proposições elementares e um subconjunto qualquer desse conjunto, a aplicação reiterada da operação lógica de rejeição conjunta<sup>11</sup> pode produzir qualquer uma dentre as proposições possíveis (PINTO, 1998, p. 208-209)<sup>12</sup>.

Com esse último comentário, podemos encerrar nossas considerações mais técnicas sobre a lógica e sobre a forma geral da proposição. Desse modo, passaremos ao nosso terceiro e último tópico: uma primeira consideração sobre o

<sup>8</sup> Veremos que essa distinção entre “dizer” e “mostrar” não se aplica somente às propriedades das proposições.

<sup>9</sup> como los miembros de un cuerpo.

<sup>10</sup> Como foi dito, na medida em que o espaço lógico é a condição de possibilidade de toda enunciação, não se pode enunciá-lo.

<sup>11</sup> A rejeição conjunta é um dos operadores de Sheffer: o lógico Sheffer “descobriu que todas as funções lógicas binárias poderiam ser representadas pela incompatibilidade ( $\neg p \mid q$ ) ou pela rejeição” (PINTO, 1998, p. 208); Wittgenstein (para expressar sua forma geral da proposição) opta por esta última que pode aparecer no exemplo ‘nem p, nem q’.

<sup>12</sup> É importante, aqui, ter-se em consideração que, enquanto as proposições elementares são funções de si mesmas, as proposições mais complexas são funções de verdade das proposições elementares.

sujeito transcendental no *Tractatus logico-philosophicus* (Wittgenstein, 2010). Para entender-se tal solipsismo é preciso, primeiramente, ter-se em vista que, baseado em Schopenhauer, Wittgenstein propõe que deve haver um sujeito transcendental como condição de possibilidade de que os nomes sejam projetados sobre os objetos simples (SIMÕES, 2008, p. 61); “o mundo só pode ser representação se ele se apresenta como um objeto espaço-temporal submetido a relações causais a mim enquanto sujeito transcendental fora do espaço-tempo e das relações causais” (SIMÕES, 2008, p. 61).

Esse sujeito transcendental, porém, não pode ser pensado (não pode ser expresso em uma proposição com sentido). Para defender essa tese, Wittgenstein utiliza dois argumentos. O primeiro desses argumentos<sup>13</sup> baseia-se na análise de proposições como “A crê que p”, “A pensa p” e “A diz p” (DALL’AGNOL, 2005, p. 42). Essas proposições possuem a forma geral “‘p’ diz p” (DALL’AGNOL, 2005, p. 42); essa forma geral mostra que a expressão de uma crença (em proposições do tipo “A crê que p”) é uma expressão proposicional complexa, de modo que não pode haver um sujeito transcendental por trás de tal crença. Ora, se houvesse um sujeito transcendental nesse contexto, tal sujeito deveria ser tão complexo quanto uma proposição e, conseqüentemente, não poderia ser um sujeito transcendental (DALL’AGNOL, 2005, p. 43).

Isso resume o primeiro argumento referente à impossibilidade de se representar o sujeito transcendental. Consideremos, então, o segundo argumento; esse argumento baseia-se em “uma experiência imaginária” (DALL’AGNOL, 2005, p. 43). Essa experiência diz o seguinte: se “eu escrevesse um livro *O mundo tal como o encontro*, nele teria que incluir também o relato sobre o meu corpo, e dizer quais membros se submetem à minha vontade e quais não, etc.” (WITTGENSTEIN, 2010, p. 245) Esse é um método para se isolar o sujeito (transcendental); o problema é que a única coisa sobre a qual não se falaria nesse livro é o próprio sujeito (transcendental).

Dito isso, podemos encerrar a exposição de nosso terceiro tópico. Sendo assim, podemos caminhar para o encerramento deste capítulo. Neste momento de encerramento, é importante que duas coisas estejam claras: primeiramente, é importante, de tudo que foi dito neste capítulo, ter-se em consideração que nem a lógica, nem o sujeito transcendental podem ser expressos em proposições com sentido; em segundo lugar, é importante considerar que tudo que foi dito neste capítulo será pressuposto no próximo capítulo.

---

<sup>13</sup> A partir de agora abordaremos um argumento que está intimamente relacionada com a crítica que Wittgenstein move contra a teoria do juízo de Bertrand Russell; por questões de brevidade, não abordaremos essa crítica neste trabalho.

## 2 A QUESTÃO DO MÍSTICO NO *TRACTATUS LOGICO-PHILOSOPHICUS*.

Visando tratar da questão do místico no *Tractatus logico-philosophicus* (WITTGENSTEIN, 2010), este capítulo se dividirá em dois momentos: em um primeiro momento, comentaremos as principais passagens do *Tractatus logico-philosophicus* (WITTGENSTEIN, 2010) que se referem, direta ou indiretamente, à questão do místico; em um segundo momento, comentaremos brevemente aquilo que denominamos “silêncio da razão”.

Segundo, pois, esse plano de trabalho, comecemos a considerar algumas passagens do *Tractatus logico-philosophicus* (WITTGENSTEIN, 2010):

O que não podemos pensar, não podemos pensar; portanto, tampouco podemos dizer o que não podemos pensar. 5.62 Essa consideração fornece a chave para se decidir a questão de saber em que medida o solipsismo é uma verdade. O que o solipsismo quer significar é inteiramente Correto; apenas é algo que não podemos dizer, mas que se mostra. Que o mundo seja *meu* mundo, é o que se mostra nisso: os limites da linguagem (a linguagem que, só ela, eu entendo) significam os limites do *meu* mundo. (WITTGENSTEIN, 2010, p. 245)

Antes de entendermos essa citação, precisamos, primeiro, retomar o sujeito transcendental mencionado no capítulo anterior. Esse sujeito, como afirmamos, não pode ser dito, porém ele pode ser mostrado no mesmo sentido em que a lógica (e as propriedades da proposição) pode ser mostrada.

Ora, se entendermos isso, podemos, facilmente, entender o conteúdo da citação acima: se o sujeito transcendental não pode ser dito, então o problema do solipsismo torna-se um falso problema. Por outro lado, baseando-se em Schopenhauer, Wittgenstein trata o sujeito transcendental como a condição de possibilidade transcendental do mundo: aquele “que tudo conhece sem ser ele mesmo conhecido é o sujeito” (SCHOPENHAUER apud DALL’AGNOL, 2005, p. 45); “o sujeito é o *substratum* do mundo, a condição invariável, sempre subentendida de todo fenômeno” (SCHOPENHAUER apud DALL’AGNOL, 2005, p. 45). Nesse sentido, o sujeito que não pode ser dito, assim como muitas propriedades da proposição, se mostra.

Feito esse último comentário, podemos encerrar a consideração de nossa primeira citação. Sendo assim, passaremos à consideração da próxima passagem: “5.621 O mundo e a vida são um só” (WITTGENSTEIN, 2010, p. 245). Essa passagem parece seguir-se de tudo que foi dito, pois, se há uma complementariedade entre sujeito transcendental e mundo (ou entre sujeito e objeto como em Schopenhauer, 2005), então o mundo e a vida devem ser um só.

Dessa forma, podemos passar à próxima citação: “5.63 Eu sou meu mundo. (O microcosmos.)” (WITTGENSTEIN, 2010, p. 245). Essa passagem é, mais uma vez, influenciada, muito provavelmente, por Schopenhauer. Para esse filósofo, cada indivíduo é, de alguma maneira, o mundo inteiro, pois cada indivíduo possui, em si, as duas faces do mundo (DALL’AGNOL, 2005, p. 51). Em Wittgenstein esse pensamento parece permanecer, pois, para esse filósofo, mostra-se que cada indivíduo é, ao mesmo tempo, o sujeito transcendental (ponto sem extensão) e um fato entre outros (DALL’AGNOL, 2005, p. 51).

Com esse comentário, podemos encerrar as reflexões sobre a terceira citação. Com isso, podemos passar à próxima citação:

5.64 Aqui se vê que o solipsismo, levado às últimas consequências, coincide com o puro realismo. O eu do solipsismo reduz-se a um ponto sem extensão e resta a realidade coordenada a ele.

5.641 Assim, há realmente um sentido em que se pode, em filosofia, falar não psicologicamente do eu. O eu entra na filosofia pela via de que “o mundo é Meu mundo”. O eu filosófico não é o homem, não é o corpo humano, ou a alma humana, de que trata a psicologia, mas o sujeito metafísico, o limite – não uma parte – do mundo. (WITTGENSTEIN, 2010, p. 247)

Essa citação retoma tudo aquilo que já foi afirmado acima: o sujeito transcendental é um ponto sem extensão que pode ser mostrado como a condição de possibilidade do mundo; o solipsismo levado às últimas consequências leva ao puro realismo.

Dito isso, podemos passar à próxima citação: trata-se dos aforismos 6.4 à 6.422 do *Tractatus logico-philosophicus* (WITTGENSTEIN, 2010). Esses aforismos podem ser simplificados nas seguintes proposições: do ponto de vista da ética, todas as proposições do mundo possuem igual valor; o “sentido do mundo deve estar fora dele” (WITTGENSTEIN, 2010, p. 275); não há proposições na ética; se há algum tipo de recompensa (ou punição) ética, tal recompensa deve estar na própria ação; a “ética é transcendental” (WITTGENSTEIN, 2010, p. 277); a “Ética e a estética são um só” (WITTGENSTEIN, 2010, p. 277).

O que querem dizer essas proposições? Para entendermos as proposições éticas do *Tractatus logico-philosophicus* (WITTGENSTEIN, 2010), precisamos, primeiro, entender que o sujeito transcendental possui, também, uma função ética; não é o mundo que é bom ou mau, mas é o sujeito transcendental que deve ser alvo da valoração ética, pois todos os estados de coisas figurados são axiologicamente neutros (DALL’AGNOL, 2005, p. 44-45). Assim, o sentido do mundo está fora dele; mais especificamente, o sentido do mundo está no sujeito transcendental que está

nos limites do mundo: a ética é transcendental, pois, tal como o sujeito transcendental, é “constitutiva do mundo” (DALL’AGNOL, 2005, p. 106).

Dito isso, podemos passar à próxima citação: trata-se do aforismo 6.43. Esse aforismo trata da vontade; para entendê-lo precisamos nos lembrar do sentido ético do sujeito transcendental. Baseando-se nesse sentido ético, podemos pensar que, se o sujeito transcendental é o único portador de valores éticos, somente a vontade do sujeito transcendental pode ser uma má ou boa vontade (DALL’AGNOL, 2005, p. 121-122).

Feito esse comentário, podemos passar à próxima citação: o período que vai do aforismo 6.4311 ao aforismo 6.5 do *Tractatus logico-philosophicus* (WITTGENSTEIN, 2010). Esses aforismos dizem, fundamentalmente, o seguinte: a morte não é vivida, pois não é um evento da vida; “vive eternamente quem vive no presente” (WITTGENSTEIN, 2010, p. 277); mesmo se a imortalidade da alma existisse, o problema principal (ético) da vida não ficaria resolvido; o “Místico não é como o mundo é, mas que ele é” (WITTGENSTEIN, 2010, p. 279); a “intuição do mundo *sub specie aeterni* é sua intuição como totalidade” (WITTGENSTEIN, 2010, p. 279) limitada; o “sentimento do mundo como totalidade limitada é o sentimento místico” (WITTGENSTEIN, 2010, p. 279).

Essas proposições podem ser assim compreendidas: a forma geral da proposição (a lógica) permite a contemplação do mundo como totalidade limitada ((DALL’AGNOL, 2005, p. 106); essa contemplação, por parte do sujeito transcendental, é a intuição do mundo *sub specie aeterni*. Com isso, o sujeito transcendental pode viver eternamente enquanto vive no presente.

Dito isso, podemos encerrar o comentário das citações que queríamos fazer. Sendo assim, podemos encerrar a primeira parte deste capítulo; passaremos, pois, consideração daquilo que denominamos “silêncio da razão”. O que exatamente queremos dizer com isso? Para respondermos a essa questão, precisamos nos lembrar de tudo o que foi dito neste trabalho: todas as proposições da lógica (incluindo a forma geral da proposição) e da ética (que se relacionam ao sujeito transcendental) não são proposições que possuem sentido; além disso, “ao demarcar o universo do sentido” (DALL’AGNOL, 2005, p. 63), o próprio *Tractatus logico-philosophicus* (WITTGENSTEIN, 2010) também exhibe proposições que não possuem sentido.

Diante dessa situação, a própria racionalidade torna-se um conjunto de proposições que não podem ser ditas; chega-se assim a um “silêncio a razão” tanto no campo da lógica quanto no campo da ética.

## CONCLUSÃO

Ao longo de toda história da filosofia, os filósofos tenderam a se debruçar racionalmente sobre as grandes questões de temas como a lógica, a ética, o sujeito e etc. Em Wittgenstein, porém, há uma ruptura com essa tradição, pois todos esses temas são silenciados: a razão é silenciada.

## REFERÊNCIAS

- DALL'AGNOL, D. **Ética e linguagem: uma introdução ao *Tractatus de Wittgenstein***. Florianópolis/São Leopoldo: Editora da UFSC/ Editora Unisinos, 2005.
- KENNY, A. **Wittgenstein**. Madrid: Revista de Occidente, 1974.
- PINTO, P, R, M. **Iniciação ao silêncio: análise do *Tractatus de Wittgenstein***. São Paulo: Edições Loyola, 1998.
- SANTOS, L, H, L. **A Essência da proposição e a essência do mundo** in WITTGENSTEIN, ***Tractatus logico-philosophicus***. São Paulo: Edusp, 2010.
- \_\_\_\_\_. **A harmonia essencial**. In NOVAES, A (org). **A crise da razão**. São Paulo: Companhia das letras, 1999. M.
- SCHOPENHAUER, A. **O mundo como vontade e como representação**. São Paulo: Editora Unesp, 2005.
- SIMÕES, E. **Wittgenstein e o problema da verdade**. Belo Horizonte: Argumentum, 2008.
- WITTGENSTEIN, L. ***Tractatus logico-philosophicus***. São Paulo: Edusp, 2010.

---

# NEOLIBERALISMO E CRISE DA DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE DAS POLÍTICAS DE AUSTERIDADE NO BRASIL

---

**Lucas Ruiz Balconi<sup>1</sup>**

**Mariana Piovezani Moreti<sup>2</sup>**

**Fabio Fernandes Neves Benfatti<sup>3</sup>**

## INTRODUÇÃO

A presente reflexão tem por objetivo discutir as distorções das políticas brasileiras adotadas nos últimos tempos, instituídas no intuito de responder e criar um falso cenário de “confiança” em face à pressão dos mercados transnacionais, mas que repetem erros históricos e acabam por ferir valores democráticos constitucionalmente previstos.

Objetiva-se inicialmente contextualizar o processo de transformação mundial na estrutura dos sistemas econômicos, políticos e sociais dos Estados e lembrar, de uma forma geral, as crises enfrentadas pelos governos que instituíram o capitalismo democrático e a forma como tentaram solucionar uma sequência de conflitos entre mercado e direitos sociais, muitas vezes respondidas com medidas de austeridade que afetam o cidadão comum e negligenciam demandas democráticas.

Na sequência, será exposto o caso brasileiro dentro deste cenário, a partir de uma análise da tardia Constituição Federal de 1988, cuja promulgação se deu em um momento de ascensão do neoliberalismo, e as consequências disso para o povo brasileiro.

Ademais, haverá a problematização entre as políticas adotadas pelo Brasil, que claramente anunciam cortes de direitos sociais no intuito de criar um

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor de Direito da Faculdade Pitágoras Londrina e Advogado. E-mail: lucasrbalconi@gmail.com.

<sup>2</sup> Aluna especial do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina na disciplina Economia, Direito e Democracia. E-mail: marianapmoreti@gmail.com.

<sup>3</sup> Doutor em Direito Político e Econômico, pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Coordenador Geral do Curso de Direito da Faculdade Pitágoras de Londrina. E-mail: benfatti@hotmail.com.

compromisso fiscal em resposta às exigências dos mercados, quando a crise financeira poderia ser combatida através de outras medidas, constitucionalmente previstas, cujo reflexo não recairia sobre a parcela menos privilegiada da população.

Será defendido que o gasto com direitos sociais como educação, saúde e previdência não atingem valor comparável aos gastos com pagamento de taxa de juros, dívida pública e não se comparam com as perdas em virtude da ausência de severidade com políticas de sonegação fiscal, desonerações fiscais em prol de parcela mais favorecida da população e ausência de instituição do imposto sobre grandes fortunas, motivo pelo qual entende-se que a atuação do governo deveria ser no sentido de instituir propostas baseadas nesses institutos.

As propostas sugeridas pretendem resgatar os ideais da Constituição Federal do Brasil e contribuir para a retomada pelo Estado da preocupação com o crescimento econômico aliado ao equilíbrio social.

## **1 BREVE HISTÓRICO SOBRE A GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E A TRANSFORMAÇÃO DOS ESTADOS**

Os sistemas econômico, político e social de um Estado são influenciados pelos ideais da época que lhes acompanham. A história mostra que eventos refletem a construção da sociedade a nível global, que ecoam modificações nas estruturas tradicionais do Estado.

Uma forma de assim proceder é o sistema constitucional denotando-se elástico e flexível, atendendo ao meio social de sua época. Nesse sentido, então, a Constituição real é o conjunto de forças sociais politicamente atuantes. Enquanto o sistema é aberto, os princípios devem ser rígidos; essas duas características criam a situação inalienável de segurança do sistema jurídico (BENFATTI, 2014, p. 81.)

Uma análise do chamado “breve século XX” possibilita a divisão do século em três momentos, aqui resumidos da seguinte forma: a) na sua primeira metade, em que o mundo foi ocupado pelo desafio ao sistema capitalista, lançado forçosamente pela industrialização; a um totalitarismo que rompe com um processo de civilização iniciado pelo iluminismo e uma cruzada ideológica de partidos; b) de 1945 até os anos 1980: o fim da guerra fria, a descolonização e a construção do Estado social Europeu, com ampla realização de direitos civis e a efetivação de direitos sociais básicos; e c) o fim do século, marcado pelo risco estrutural de um capitalismo domesticado de modo social e do renascimento de um neoliberalismo indiferente ao social. (HABERMAS, 2001, p. 59).

Dentre esses momentos, o de maior importância para essa reflexão é após a Segunda Guerra Mundial, em que surgem desafios para o Estado oriundos da denominada globalização, que se afasta do conceito de desenvolvimento tecnológico e se aproxima das modificações estruturais do sistema econômico, por isso intimamente associada ao surgimento do neoliberalismo, cuja ideologia se dissipou pelo mundo a partir de 1979, na Inglaterra, através do governo Thatcher, empenhado em fugir da intervenção de um Estado regulador.

É claro que o processo de globalização, além das questões econômicas, é marcado pela intensificação das relações de troca, comunicação e expansão das fronteiras nacionais, mas esse processo também se entrelaça com a nova ideologia econômica do mundo.

O neoliberalismo transformou profundamente o capitalismo que, por sua vez, transformou profundamente a sociedade contemporânea. Nesse sentido, o neoliberalismo não é somente uma questão ideológica, mas todo um arcabouço normativo e subjetivo de uma política econômica determinada que reterritorializa o mundo inteiro, estendendo a lógica do capital a todas as relações sociais e a todas as esferas da vida. (DARDOT. LAVAL, 2016, p. 7/8)

Inclusive, resgatando Habermas, o principal desafio para a ordem social e política nascida na Europa pós II guerra é a globalização econômica:

A reconstrução e desconstrução do Estado Social é a consequência imediata de uma política econômica voltada para a oferta que visa a desregulamentação dos mercados, a redução das subvenções e a melhora das condições de investimento e que inclui uma política monetária e fiscal antiinflacionária, bem como a diminuição de impostos diretos, a privatização de empresas estatais e procedimentos semelhantes. (2001, p. 66)

A nova estratégia e ideologia acabam por coagir governos nacionais, cujos objetivos econômicos devem ser alcançados à custa dos objetivos sociais e políticos:

no âmbito de uma economia globalizada, os Estados Nacionais só podem melhorar a capacidade competitiva internacional das suas 'posições' trilhando o caminho de uma autolimitação da capacidade de realização estatal; isto justifica políticas de "desconstrução" que danificam a coesão social e põem à prova a estabilidade democrática da sociedade. (HABERMAS, 2001, p. 67)

Assim, em razão dessa globalização econômica e da nova estrutura mundial dos mercados, surgem desafios para os Estados nacionais, que devem limitar suas ações e ao mesmo tempo manter a ordem desejada pelo seu povo, em outras palavras, devem neutralizar os efeitos de fatores externos e atuar como reguladores do sistema financeiro doméstico e globalizado.

Dentro desse cenário, é ressaltada a tensão entre capitalismo e democracia. De um lado, a acumulação que não suporta limites, mantida desimpedida de restrições legais e constrangimentos fiscais. Por outro lado:

...a democracia representativa possibilita a imposição de limites à lógica capitalista e ao jogo financeiro, com o objetivo de assegurar algum equilíbrio entre enriquecimento privado e justiça distributiva. A democracia também permite a formulação e implementação de políticas governamentais capazes de aumentar a igualdade de oportunidades – medida necessária para assegurar alguma moralidade ao livre jogo de mercado e que tende a levar a um aumento da participação do setor público da economia, alterando com isso a relação entre bens privados e bens públicos, em favor destes últimos. (BELLUZO: 2005, 2010 e 2016 apud FARIA, 200-, p. 42)

Essa tensão tende a aumentar na medida em que as decisões econômicas se tornam internacionalizadas e os mercados financeiros interagem de maneira global, diluindo a participação democrática e a participação dos Estados nacionais, os quais enfrentam dificuldades para prover segurança institucional e certeza jurídica, assim como dificuldades de integração social resultantes da estratégia de mercado.

A forma de conceitualizar as causas subjacentes ao atrito entre capitalismo e democracia por Wolfgang Streeck é caracterizá-lo como uma economia pautada por regimes conflitantes de alocação de recursos, o primeiro que opera de acordo com a produtividade marginal e pelo “livre jogo das forças de mercado” (capitalismo), e o segundo (democracia) que se baseia em necessidades ou direitos sociais, tal como estabelecido por escolhas coletivas em contextos democráticos.

Desse conflito é que surgem as crises. Como proteger compromissos e obrigações sociais quando o mercado pressiona por maior “flexibilidade”?

## **2 AS CRISES DO CAPITALISMO DEMOCRÁTICO**

Desde o fim do crescimento do pós-guerra, o capitalismo democrático sofreu crises que migraram de uma localização institucional para outra, que ocasionaram problemas econômicos diferentes, mas sempre relacionados.

No final dos anos 1960, nos países em que o capitalismo democrático havia se instituído, trabalho e capital se acomodavam basicamente em um Estado de bem-estar em expansão, garantia de pleno emprego e livre negociação coletiva. Quando o crescimento econômico desacelerou, se tornou difícil manter a fórmula da paz político-econômica entre capital e trabalho.

Essa fórmula implicava essencialmente a aceitação dos mercados capitalistas e os direitos de propriedade pela classe trabalhadora organizada em troca de democracia política, o que lhes possibilitava contar com seguridade social e com a melhoria constante de seu padrão de vida. (STREECK, 2012, p. 40)

Dentro desse cenário, a crise emergiu nos mercados de trabalho nacionais, em que a pressão dos sindicatos por aumento salarial fez com que os governos aumentassem a inflação, ou seja, uma política monetária que permitisse que a livre negociação coletiva e o pleno emprego continuassem a existir.

É por isso que a inflação pode ser descrita como um reflexo monetário do conflito distributivo entre uma classe trabalhadora que demanda garantia de emprego, bem como uma maior participação na renda nacional, e uma classe capitalista que busca maximizar o retorno sobre o seu capital. Uma vez que os dois lados agem de acordo com ideais mutuamente incompatíveis sobre o que lhes é de direito, um deles enfatizando os usufrutos da cidadania e o outro os do poder de posse e mercado, a inflação também pode ser considerada uma expressão de anomia numa sociedade que, por razões estruturais, não consegue chegar a um critério comum de justiça social. (STREECK, 2012, p. 41)

A inflação acelerada ocasionou distorções na economia e acabou por gerar desempregos, forçando os governos do capitalismo democrático a restituir a disciplina monetária. Para tanto, houve a elevação da taxa de juros. Segundo dados trazidos por Wolfgang Steeck, Paul Volcker, então presidente do Fed, elevou a taxa de juros fazendo com que o desemprego saltasse para níveis absurdos. A desinflação foi acompanhada, nos Estados Unidos e no Reino Unido, por ataques abertos aos sindicatos por parte dos governos e dos empregadores.

Mas a inflação recuada não significou o fim dos desarranjos econômicos. Na medida em que a inflação não era mais uma solução disponível, tampouco o aumento da taxa de juros, e as demandas dos cidadãos e as dos “mercados” continuavam sendo exigidas do Estado, houve o aumento da dívida pública, que tornou possível injetar “recursos ainda não produzidos de fato nos conflitos

distributivos em curso, propiciando aos governos explorar recursos futuros em acréscimo àqueles já disponíveis” (STEECK, 2012, p. 45).

Contudo, a dívida pública tende a aumentar e também passa a ser inviável aos Estados. Seguindo com os pensamentos do autor Wolfgang Steeck, os esforços para refrear a dívida se tornam inevitáveis e tiverem de ser acompanhadas por desregulamentação financeira, por meio de facilitação do acesso ao crédito pessoal, o que também não perdurou por muito tempo até que cambaleasse sob o fardo de promessas de pagamento futuro, autorizadas pelo governo em contrapartida à austeridade fiscal.

Desde então, o embate entre as noções de justiça social e a insistência econômica em justiça de mercado uma vez mais mudou de âmbito, dessa vez ressurgindo em mercados de capitais internacionais e nas complexas disputas que ora ocorrem entre instituições financeiras e eleitorados, entre governos e organizações internacionais. A questão agora é até que ponto os Estados poderão ainda impor os direitos de propriedade e as expectativas de lucro dos mercados aos seus cidadãos, ao mesmo tempo evitando ter declarado bancarrota e resguardando o que ainda possa restar de sua legitimidade democrática. (STREECK, 2012, p. 52)

Portanto, as crises do capitalismo democrático persistem e a busca por estabilidade social e econômica continua. Contudo, é possível avaliar as atitudes históricas tomadas por determinados governos para que os mesmos erros não sejam cometidos, e ainda, avaliar a eficácia de medidas de austeridade que sacrificam direitos sociais, na clara intenção de responder a pressões mercadológicas.

### 2.1 EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

A respeito de todo o abordado até este ponto, é perceptível que uma mesma atitude tem ocorrido no mundo inteiro: a pressão em face dos Estados para reestruturar dívidas, cortar gastos e promover ajustes fiscais. Especialmente nos países altamente endividados há uma desconfiança maior pelo temor do não pagamento dos seus débitos e títulos. Nesse compasso, quando os países põem em risco as finanças públicas, a pressão para firmarem compromissos com políticas austeras é ainda mais forte, o que, conseqüentemente, reflete em corte de direitos sociais e perda da legitimidade democrática.

Os últimos acontecimentos ocorridos em países da União Européia, mais especificamente com a Grécia, que chegou a uma situação de insolvência e pela deterioração econômica de Portugal, Irlanda, Itália e Hungria, que entraram em

período de depressão e crescimento da dívida pública, disseminou a ideia de que em períodos de crise financeira quem decide são os credores e não os eleitores.

Na Grécia, medidas de austeridade foram exigidas pela Comissão Europeia, pelo Banco Central Europeu e pelo FMI, tais como corte orçamentário do PIB com gastos de seguridade social e o aumento de impostos, como exigências do socorro financeiro ao país. As exigências passaram a não ser suportadas e o povo grego reivindicou sua soberania.

Nessa fase, uma controversa proposta do ministro das Finanças alemão, Wolfgang Schäuble, evidenciou o “sequestro” da democracia. Nas palavras de José Eduardo Faria:

Ele sugeriu a suspensão das eleições legislativas gregas durante determinado período, até que as impopulares medidas de austeridade orçamentária impostas (...) ao país fossem postas em prática e dispusessem do tempo necessário para apresentar resultados. Em entrevista a jornais econômicos de prestígio mundial, Schäuble reivindicou 'novas formas de governança europeia e internacional', classificando a democracia representativa como uma forma de governo 'antiquada', que não estaria à altura dos desafios da globalização. (2017, p. 76)

Esse descaso com as consequências sociais da austeridade e a imprudência em face da democracia demonstrada frente à crise da Grécia foram os pilares combatidos pelo governo de extrema esquerda eleito pelo povo grego, que gerou debates na comunidade europeia e acelerou a possibilidade de retirar a Grécia da zona do euro.

Contudo, a realidade econômica do país fez com que, contra o desejo popular, os gregos aceitassem medidas de austeridade muito rigorosas em troca de socorro financeiro. As medidas envolviam aumento de impostos, redução de salários, aposentadorias e pensões, cortes no caso de desvio das metas do superávit primário e privatizações. A iniciativa provocou insatisfação popular e violentas manifestações de protesto, em especial pela população jovem, que são mais atingidas pela recessão, pelo desemprego e pela exclusão social.

Todavia, a perda da soberania dos Estados é observada de longe pelos cidadãos, que assistem seu governo sucumbirem às necessidades do “mercado”, outros Estados, organizações internacionais como o FMI, e se tomarem cada vez mais irresponsáveis para com seus cidadãos. Até que ponto poderão os Estados impor sacrifícios aos seus cidadãos em nome de uma economia capitalista em detrimento da democracia?

Uma análise do estudo proposto no livro “A Economia Desumana” dos autores David Stuckler e Sanjay Basu, apontou que países que mantiveram ou até mesmo elevaram seus investimentos na área social conseguiram sair mais rapidamente da crise e com um padrão de vida melhor. Este foi o exemplo da Malásia, país que rejeitou a política do FMI e manteve a melhoria da rede de educação e saúde do país. Já os países seguidores do modelo da austeridade tiveram mais dificuldades para sair da crise e o resultado dessa política deixou fortes marcas nos indicadores básicos da qualidade de vida da população (BARBOSA, 2016).

Inclusive, em razão da sinalização de que as medidas de austeridade estariam chegando ao limite de aceitação pública, o FMI, em seus relatórios de 2016 sobre a União Européia, recomendou que os governos dos países membros passassem, de modo cauteloso, a elevar gastos sociais para neutralizar a instabilidade do bloco. (FARIA, 2017, p. 81).

Nessa linha de raciocínio, o FMI propõe, em vez da política de austeridade, a redução de despesas com a definição de um plano de consolidação fiscal. Portanto, há uma tendência mundial se instaurando no propósito de rever as políticas de austeridade. Todavia, mesmo com base na experiência internacional, as políticas brasileiras adotadas nesse momento de crise são satisfatórias?

### **3 O CASO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DAS DISTORÇÕES DAS POLÍTICAS RECENTEMENTE ADOTADAS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Pontuadas algumas questões sobre as transformações econômicas e sociais ocorridas a nível mundial, a crise brasileira e as últimas medidas adotadas por seu governo devem ser compreendidas a partir de uma breve análise da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 é fruto de uma vitória em face de um regime militar autoritário que privava a população de Direitos; é uma conquista de valores democráticos nunca vistos antes na história do país. Todavia, pode-se dizer que sua promulgação foi tardia visto às transformações que, na mesma época, passavam outros países democráticos. Ou seja, é uma constituição com espírito civilizatório, mas em período de declínio do “bem estar social”, em um cenário onde há ascensão do neoliberalismo, motivo pelo qual as condições para efetivação desses valores democráticos parecem se exaurir.

Nesse contexto, sem que pudesse concretizar seus valores democráticos, o Brasil iniciou um processo de desregulamentação dos mercados, de abertura comercial e financeira e redução do tamanho e do papel do Estado, o que foi marcado, a partir de 1990, por reformas constitucionais e edição de leis como, por

exemplo, a Lei 9491/97, denominada de Programa Nacional de Desestatização, cujos objetivos foram de reordenar a posição do Estado na economia, transferindo para a atividade privada atividades antes exploradas pelo poder público, assim como no intuito de modernizar industrialmente o país. A tentativa de redefinição do papel do Estado foi assim apresentada por Irene Nohara:

Deste cenário, surgiu o fenômeno da agencificação, paralelamente ao incremento de propostas 'descentralizantes' do Estado. A Administração Pública passou a ser influenciada por um vocábulo presente na *governança corporativa* porque, no fundo, eram os organismos financeiros internacionais que procuravam delimitar condições aos países periféricos para concessão de investimentos, empréstimos e redefinição de parâmetros de endividamento. (2015).

Assim, o Estado nacional perde sua força como mediação política e regulamentação, perde parte de seu papel como mecanismo de determinação de rumos coletivos e parte de seu poder normativo (FARIA, 2017, p. 42), ficando à margem de decisões econômicas internacionalizadas e do jogo financeiro, o que põem à prova a estabilidade democrática da sociedade.

Sob a perspectiva econômica brasileira, para Fernando Nogueira Costa, durante o período supramencionado:

...houve o déficit do balanço de pagamentos brasileiro, devido à sobrevalorização da moeda nacional no regime de banda cambial. Houve imensa elevação da dívida pública – a externa, pela necessidade de contrabalançar o déficit no balanço de transações correntes; e a interna, porque foi necessário oferecer hedge cambial para evitar a fuga do capital estrangeiro. Essa desnacionalização da economia brasileira foi consequência direta do neoliberalismo que combina abertura comercial e financeira com a trivial desestatização-privatização-desnacionalização. (2015).

Nesse momento, foi adotado o regime de câmbio flutuante, quando:

... se instalou, na inteligência midiática tipo '2 Neurônios', a cobrança do modo perpétuo, único que ela consegue entender. É tal como uma gangorra infantil: ora sobe a taxa de inflação, ora sobe a taxa de juro. Quando esta sobe demasiadamente, a taxa de câmbio cai. Para evitar essa calamidade, o neoliberal ou eleva a carga tributária ou prega o corte de gastos públicos, inclusive os sociais, para demonstrar aos rentistas a solvabilidade governamental, isto é, a capacidade de pagamento de sua dívida. (2015).

Esse é exatamente o contexto das políticas adotadas pelo Brasil, cujo objetivo é criar um falso cenário que indica um compromisso com a disciplina fiscal, mas que limita direitos sociais e acaba por aumentar as desigualdades. Um exemplo é a PEC 55 (Proposta de Emenda Constitucional) aprovada e promulgada como Emenda Constitucional 95, que congela o crescimento dos gastos do governo com educação, saúde e previdência, e esconde seu verdadeiro propósito de enfrentar a crise financeira com medidas que afetam diretamente a população mais pobre e carente da sociedade.

Contudo, o problema fiscal do Brasil não guarda relação com os gastos na saúde, educação e previdência. De 2014 para 2015, a dívida pública bruta cresceu 10,5% e as despesas primárias representam apenas 1,8% deste crescimento. Os outros 8,7% são compostos por juros sobre títulos da dívida pública e empréstimos de bancos públicos, chamados gastos nominais<sup>4</sup>.

Ora, a despeito dos dados acima, outras seriam as medidas necessárias a serem adotadas pelo Brasil, que não àquela de congelar os gastos primários. A possível redução das taxas de juros, o combate severo da sonegação fiscal e a revisão de políticas de desoneração tributárias, seriam saídas que economizariam dinheiro ao país, muito mais do que o congelamento dos gastos primários.

Portanto, apesar da existência de alternativas ao país que possibilitem a recuperação financeira sem frustrar direitos sociais, apesar da experiência internacional negativa ao optar por cortes em direito sociais, o Brasil tem seguido no rumo contrário, enfraquecendo o papel do Estado e sucumbindo às regras de mercado.

### 3.1 ALTERNATIVAS PARA O CRESCIMENTO ECONÔMICO E EQUILÍBRIO SOCIAL SEM O “SEQUESTRO” DA DEMOCRACIA

O Brasil é um país extremamente forte: forte como Estado de Direito submetido a uma Constituição devidamente promulgada, que define democraticamente como deve se dar seu crescimento econômico; forte nas regras constitucionais que fundamentam o Estado Social, no sentido de garantir condições de vida e o uso igualitário dos direitos civis. Contudo, como diz José Eduardo Faria, “o grande desafio desse tipo de Estado... é reunir as condições necessárias para assegurar sua eficácia e convertê-los em realidade”.

Para assegurar a eficácia desse Estado e convertê-lo em realidade é preciso resgatar a ordem desejada pelo povo, expressa na Constituição Federal

---

<sup>4</sup> <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/12/15/pec-55-torna-letra-morta-constituicao-e-asfixia-direitos-sociais-afirma-economista/>. Acesso em: 31 de Jan. 2017.

brasileira, e que o Estado esteja consciente no seu papel no processo de transformação do mundo. Apesar das mudanças políticas, econômicas e sociais a nível global, cada Estado tem seu papel internamente e não pode simplesmente sucumbir à política de mercado, sob pena de se exaurir futuramente.

É preciso uma reflexão sobre as afirmativas de que países com muito impostos e muita interferência estatal são pouco atraentes e pouco confiáveis para investidores. O resgate de discussões sobre o papel do Estado como provedor de justiça distributiva pelas vias fiscais, por exemplo, é necessário para um ambiente saudável. Um país forte, com políticas coerentes, com sociedade igualitária, consistência fiscal, consistência jurídica e com interferência na economia, no intuito de incentivá-la saudavelmente, é o cenário perfeito para o desenvolvimento de empresas e extremamente confiáveis para investidores.

Levando essa reflexão em consideração e a necessidade de resgatar determinadas discussões, existem alternativas para o Brasil que não ameacem os direitos arduamente conquistados por seu povo e que são capazes de combater a crise financeira sem impedir o crescimento econômico, bem como estimular o combate às desigualdades e oportunizar a realização de direitos sociais.

Dois alternativas são lançadas aqui como propostas de análise: a) auditoria da dívida pública; e b) instituição do imposto sobre grandes fortunas. Duas previsões constitucionais que, mesmo após 29 (vinte e nove) anos de existência, não foram efetivadas.

A Seção III, em seu art. 153, do texto da Constituição Federal de 1988, prevê a instituição de sete tributos de competência da União, dentre eles o imposto sobre grandes fortunas, o único não instituído até a presente data. Ademais, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), em seu art. 26, prevê “No prazo de um ano a contar da promulgação da Constituição, o Congresso Nacional promoverá, através de Comissão mista, exame analítico e pericial dos atos e fatos geradores do endividamento externo brasileiro”, dispositivo também inobservado até o momento.

Ora, a intenção não é minuciar cada dispositivo, mas demonstrar que o Estado brasileiro está se omitindo sobre temas relevantes, com previsão constitucional, cuja instituição/prática poderiam aumentar as receitas do país e, ao mesmo tempo, efetivar valores democráticos. Contudo, o medo injustificado e inconstitucional de que a instituição do imposto sobre grandes fortunas onere os detentores de grande capital e possam ser justificativa para retirada de bens do país, faz com que a vontade do constituinte não seja cumprida pelo Congresso Nacional. No tocante a auditoria da dívida pública, que poderia detectar possíveis irregularidades e corrupções, as quais autorizariam uma revisão do valor devido e da taxa de juros, não é sequer mencionada como possibilidade pelo governo.

As omissões exemplificativas mostram que as estratégias adotadas pelo país têm sido definidas pela economia, pelo mercado financeiro e por uma governança marcada pela corrupção.

Por isso, torna-se necessário resgatar os ideais da Constituição Federal do Brasil para a retomada pelo Estado da preocupação com o crescimento econômico aliado ao equilíbrio social.

Como já dito, o Estado brasileiro é um Estado forte, mas precisa aliar a flexibilidade administrativa, gestão monetária e disciplina fiscal com representação democrática. É preciso ultrapassar as políticas de austeridade, cuja eficácia já vem sendo desconstruída por experiências internacionais e desempenhar um papel de efetivação de direitos, tal como previstos na sua carta maior, que contribuíram para o crescimento do país.

### **CONCLUSÃO**

Observa-se, conforme exposto, que o processo de globalização econômica refletiu na transformação da estrutura tradicional dos Estados. A nova estrutura mundial dos mercados acabou por influenciar demasiadamente e cada vez mais a tomada de decisões internas dos países.

Esse fenômeno, especialmente nos países onde o capitalismo democrático foi instituído, desenrola-se por uma crise entre limitação das ações do Estado e ao mesmo tempo a necessidade de manter a ordem desejada pelo seu povo, em outras palavras, o paradoxo entre a necessidade de neutralizar os efeitos de fatores externos e atuar como reguladores do sistema financeiro doméstico e globalizado.

Através de uma rápida análise das crises entre capitalismo e democracia enfrentadas internacionalmente, verificou-se que as políticas adotadas sempre foram austeras, em prol da economia, o que, a curto prazo, passou a esgotar direitos sociais e colocar a população em posição de exaurimento em face dessas políticas.

Contudo, a experiência analisada não serviu como espelho para o governo brasileiro, que, ao enfrentar um elevado endividamento e um déficit orçamentário sucumbiu a políticas de austeridade, formulando alterações constitucionais que permitem o congelamento de gastos com educação, saúde e previdência. As políticas adotadas criam um falso cenário de confiança em face à pressão dos mercados transnacionais, porque em pouco auxiliaram na crise financeira, visto que os gastos primários são irrisórios perto dos gastos nominais.

Apesar da existência de um Estado com uma Constituição devidamente promulgada, que define democraticamente como deve se dar seu crescimento econômico, a sensação é de que há um esquecimento do seu efetivo papel e uma

perda da legitimidade democrática. Isso pode ser sentido quando passa-se a analisar a Carta Magna e verifica-se a existência de mecanismos expressamente previstos pelo constituinte cuja instituição poderia auxiliar na receita do país.

Dois desses mecanismos foram apresentados como ilustração: a) auditoria da dívida pública e b) instituição do imposto sobre grandes fortunas. Ambos previstos na Constituição Federal Brasileira de 1988, mas que, mesmo após 29 anos, não foram instituídos/praticados sob argumentos pouco consistentes e nitidamente favoráveis a uma classe mais favorecida da população.

Entende-se, pois, que essas alternativas ilustrativas representam alguns caminhos pelo qual o Estado brasileiro deve trilhar, pois os ideais constitucionais devem ser resgatados para, e apenas a partir daí, mudanças serem iniciadas em todos os níveis de governo.

## REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdição y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

BARBOSA, Rafael da Silva. **A política econômica de austeridade e a saúde**. 2016. Disponível em: [www.brasildebate.com.br](http://www.brasildebate.com.br). Acesso em: 30 jan. 2017

BENFATTI, Fabio Fernandes Neves Benfatti. **Direito ao Desenvolvimento**. 2014. Saraiva, São Paulo, 2014.

COSTA, Fernando Nogueira. Estado da arte da política econômica. **Revista Política Social e Desenvolvimento**. Políticas de austeridade econômica: o debate sobre alternativas, [S.1.], n. 16, mar. 2015. Disponível em: [http://plataformapoliticasocial.com.br/wp-content/uploads/2015/03/Revista\\_16](http://plataformapoliticasocial.com.br/wp-content/uploads/2015/03/Revista_16). Acesso em: 30 jan. 2017.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. Tradução de Mariana Echalar. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o direito depois da crise**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. **O Direito na Economia Globalizada**. 1ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Poucas certezas e muitas dúvidas: o direito depois da crise financeira**. Revista Direito GV, São Paulo, 5(2), p. 297-324, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

NOHARA, Irene Patrícia. **Regulação da atividade econômica na dissolução das fronteiras entre público e privado**. Scientia Iuris, Londrina, v 19, n 1, p. 29-46, jun. 2015.

STREECK, Wolfgang; **As crises do capitalismo democrático**. Trad. Alexandre Morales. Novos Estudos, [s.1], n 92, p. 35-56, mar. 2012.

---

# A UNIVERSALIZAÇÃO DO DIREITO À VIDA E À DIVERSIDADE CULTURAL

---

Ivanaldo Santos<sup>1</sup>

Patrícia Diógenes de Melo<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

Inicialmente é esclarecido que o presente estudo é a versão um pouco ampliada do artigo publicado, em 2016, na revista *Em Tempo* do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM), em São Paulo, Brasil. Um agradecimento especial é realizado ao Dr. Lafayette Pozzoli (UNIVEM), Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do UNIVEM, e aos editores da *Em Tempo*, o Dr. Edmilson Donizete Machado e o Dr. Rafael José Nadim de Lazari.

O presente estudo trata-se de uma pesquisa bibliográfica, baseado na doutrina e na legislação pertinente aos direitos humanos. O objetivo do artigo é abordar a universalização do direito à vida, analisando a questão frente à diversidade cultural e legislativa entre os países. O interesse pelo tema partiu, dentre outros pontos fundamentais, da atual discussão e das tentativas de garantia dos direitos humanos por parte do Estado e de diversas estruturas e matrizes da sociedade civil.

Para alcançar o objetivo, o artigo foi dividido em quatro partes, sendo elas: Sobre os direitos humanos; Dignidade da pessoa humana; O direito humano à vida e A universalização dos direitos humanos.

Na primeira parte realiza-se uma reflexão sobre a necessidade dos direitos humanos. Essa reflexão apresenta uma breve síntese da história do problema, síntese que vai desde a antiguidade até a sociedade contemporânea. A sua principal fundamentação teórica é Ramos (2014) e o documento Direitos Humanos na

---

<sup>1</sup> Filósofo, pós-doutorado em estudos da linguagem pela Universidade de São Paulo (USP), pós-doutorado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), doutor em estudos da linguagem pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), professor do Departamento de Filosofia e do Programa de Pós-Graduação em Letras da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). E-mail: ivanaldosantos@yahoo.com.br.

<sup>2</sup> Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG), Especialista em Direito Processual Civil pela UFCG e mestra pelo Programa de Pós-Graduação em Ensino (PPGE) da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). E-mail: patricia\_diogenes05@hotmail.com.

Administração da Justiça publicado pela International Bar Association. Na segunda parte apresenta-se o conceito e a importância da discussão sobre a dignidade da pessoa humana. Nessa parte, o fundamento teórico central é a clássica discussão realizada por Fukuyama (2003), e Brakemeier (2002), e os comentários de autores contemporâneos, como Zilles (2012) e Agostini (2015). Além disso, trabalha-se com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Federal brasileira.

Na terceira parte apresenta-se a discussão sobre o fundamental direito humano à vida. Como fundamento teórico, encontram-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Constituição Federal brasileira, o clássico texto de Taureck (2007) e os comentários de Ramos (2014) e Santos (2014). Na quarta e última parte realiza-se uma discussão sobre a universalização dos humanos tendo por base o fundamental direito à vida. O fundamento teórico da discussão é o documento Direitos humanos e pluralismo cultural emitido, em 2006, pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), a Declaração de Viena e os comentários de Torres (2010) e Menai (1997).

Por fim, à guisa de conclusão, se reconhece a relevância do princípio fundamental do direito à vida e a necessidade de se propagar um movimento pela sua universalização, assegurando que cada indivíduo tenha sua vida protegida e resguardada em qualquer território, independente da nação a qual pertença. Ao mesmo tempo, se reconhece que na atualidade a proteção e garantia do princípio fundamental do direito à vida tem sido falha e se observam vários casos de atentados a esse direito, pois além de falhar na proteção falha-se também na educação para a vida e na punição dos indivíduos e das estruturas sociais culpadas pela violação do direito universal a vida.

## **1 SOBRE OS DIREITOS HUMANOS**

Todo direito se traduz numa faculdade de exigir de um terceiro, seja o Estado ou o particular, de cumprir determinada obrigação. Os direitos humanos se baseiam num conjunto de direitos essenciais para que o indivíduo goze de uma vida digna. Esses direitos são, assim, valores essenciais que estão protegidos em diversos documentos como constituições, tratados e convenções nacionais e internacionais.

De acordo com Ramos (2014) os direitos humanos apresentam quatro características essenciais. A primeira delas é a universalidade ao se reconhecer que esses direitos são direitos de todos e que não existe uma classe de pessoas superior à outra. A segunda é a essencialidade, a qual se traduz na indispensabilidade desses direitos, não é possível abrir mão deles. A terceira é a superioridade, pois esses direitos estão acima de qualquer outra norma, não sendo possível sacrificar

um direito humano em obediência a qualquer legislação que seja, sempre que direitos humanos estiverem envolvidos na questão eles devem prevalecer. A quarta e última é a reciprocidade desses direitos, pois todos são titulares desses direitos e ao mesmo tempo têm o dever de respeitar os direitos dos demais.

Ainda de acordo com Ramos (2014), o primeiro direito basilar é o direito a ter direitos.

Arendt e, no Brasil, Lafer sustentam que o primeiro direito humano, do qual derivam todos os demais, é o direito a ter direitos. No Brasil, o STF adotou essa linha ao decidir que "direito a ter direitos: uma prerrogativa básica, que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades" (ADI 2.903, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-12-2005, Plenário, *DJE* de 19- 9-2008). (RAMOS, 2014, p. 24).

Todo Indivíduo tem direitos e deve conviver com os direitos dos outros, os quais estão alicerçados no princípio da dignidade da pessoa humana, pelo qual todos os seres humanos têm o direito de serem respeitados, independente de quaisquer condições.

Desde a Bíblia é possível identificar, no Antigo e no Novo testamento, passagens que recomendam o amor e o cuidado com o próximo. Entre estas passagens bíblicas citam-se: "Não perverterás o direito do estrangeiro nem do órfão; nem tomarás em penhor o vestido da viúva" (Deuteronômio, 24, 17); "Fazei justiça ao pobre e ao órfão; justificai o aflito e o necessitado" (Salmos, 82, 3); "A religião pura e imaculada para com Deus, o Pai, é esta: visitar os órfãos e as viúvas nas suas tribulações [...]" (Tiago, 1, 27). Com isso, é possível se afirmar que a religião judaico-cristã é uma das fortes influências na origem e no estabelecimento do regime de proteção dos direitos humanos.

Na Idade Média surgem as primeiras reivindicações por liberdade e protestos contra o poder absoluto dos reis como a Carta Magna de 1215 que estabelecia direitos e garantias contra os desmandos do monarca inglês João Sem Terra. Ressaltando-se que esses direitos eram garantidos apenas para a elite política inglesa, mas foi um passo importante para a história dos direitos humanos.

Apesar de seu foco nos direitos da elite fundiária da Inglaterra, a Magna Carta traz em seu bojo a ideia de governo representativo e ainda direitos que, séculos depois, seriam universalizados, atingindo todos os indivíduos, entre eles o direito de ir e vir em situação de paz, direito de ser julgado pelos seus pares [...] acesso à justiça e proporcionalidade entre o crime e a pena (RAMOS, 2014, p. 32).

Posteriormente, com o declínio da Idade Média e o surgimento do renascimento deu origem ao poder fortemente centralizado na figura do rei nos Estados absolutistas. Passa-se do domínio da Igreja e dos senhores feudais para o domínio dos reis, fato este que não garantiu a observância dos direitos dos indivíduos. Por exemplo, na Inglaterra, no século XVII, começa-se a questionar esse poder absoluto através da *Petition of Rights* de 1628, a qual estabelecia a proibição do rei de criar impostos sem autorização do parlamento inglês. Com isso, percebe-se a intenção de se proteger os interesses de uma classe em especial. Outro exemplo é a expedição do *Habeas Corpus Act* no ano de 1679, um documento que garantia direitos aos que fossem injustamente presos. Após dez anos da promulgação do *Habeas Corpus Act*, ou seja, em 1689 é criada a *Bill of Rights*, uma declaração de direitos que restringiu o poder absoluto do monarca inglês, preconizando a supremacia da vontade da lei sobre a vontade do rei.

Pouco mais de um século depois houve a criação da primeira constituição do mundo moderno, a constituição norte-americana em 1787, expedida na Convenção de Filadélfia, após a independência das colônias do domínio britânico. Dois anos após este fato, em 1789, é criado o documento considerado um marco para a proteção dos direitos humanos. Trata-se da *Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão*, como consequência da Revolução Francesa, a qual propagou a liberdade e a igualdade como direitos inerentes de todo e qualquer indivíduo.

A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamou os direitos humanos a partir de uma premissa que permeará os diplomas futuros: *todos os homens nascem livres e com direitos iguais*. Há uma clara *influência jusnaturalista*, pois, já no seu início, a Declaração menciona "os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem". (RAMOS, 2014, p. 38).

É importante ressaltar que esta declaração defendia os direitos dos indivíduos considerados isoladamente, sem observar que o homem vive em sociedade e não pode ser dissociado dela. A partir dessa declaração, passou-se a reivindicar a inclusão dos direitos sociais, tais como: a educação, a saúde e a assistência social. Essa reivindicação influenciou a edição de constituições, reconhecendo tais direitos, em vários países.

A preocupação com a defesa dos direitos humanos se intensificou após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), culminando com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), cuja carta de criação assim determina no Artigo 55: "O respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para

todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”. Nesse recorte, percebe-se a questão da universalização desses direitos a ser tratada mais a frente neste trabalho.

Essa carta da ONU foi de grande expressividade, contudo não elencou quais os direitos humanos que seriam considerados essenciais. Isso só veio ocorrer com a expedição da *Declaração Universal de Direitos Humanos* em 10 de dezembro de 1948, na cidade de Paris, a qual enumera os direitos humanos reconhecidos no âmbito internacional.

A Declaração Universal reconhece direitos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais e, embora não se trate de um documento legalmente vinculatório *per se*, uma vez que o mesmo foi adotado por meio de uma deliberação da Assembleia Geral, os princípios nela contidos são atualmente considerados como sendo legalmente vinculatórios para os Estados, tanto como direito internacional consuetudinário, ou como princípios gerais de direito, ou como princípios fundamentais de humanidade. (INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, 2010, p.35).

Dessa forma, fica evidenciada a grande influência dessa declaração nos ordenamentos jurídicos de várias nações que a tomam como parâmetro em suas decisões. A *Declaração Universal de Direitos Humanos* estabelece em seu Artigo 1º que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos”, enfatizando a necessidade de proteger a dignidade da pessoa humana para que possa exercer os direitos garantidos num Estado Democrático.

Os direitos fundamentais são direitos que visam à manutenção da vida humana de forma livre e digna. Pode-se afirmar que são um conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Tais prerrogativas são tuteladas pelas constituições de diversos países, as quais têm como suporte a *Declaração Universal de Direitos Humanos* de 1948. Tais direitos, que garantem a dignidade da pessoa humana, não ficaram inertes ao longo do tempo e foram se transformando de acordo com os anseios da sociedade. São os mesmos classificados em quatro gerações, ou dimensões, de acordo com o bem tutelado.

Cada geração foi associada, na Conferência proferida por Vasak, a um dos componentes do *distico da Revolução Francesa*: “*liberté, égalité et fraternité*” (liberdade, igualdade e fraternidade). Assim, a primeira geração seria composta por direitos referentes à “liberdade”; a segunda geração retrataria os direitos que apontam

para a "igualdade"; finalmente, a terceira geração seria composta por direitos atinentes à solidariedade social ("fraternidade"). (RAMOS, 2014, p. 49).

Assim, os denominados *direitos de primeira geração* (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade, protegendo o indivíduo contra a atuação abusiva do Estado. Os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais, concretas – acentuam o princípio da igualdade, ao contrário da primeira geração, começou-se a exigir um papel ativo do Estado na concretização de condições mínimas de sobrevivência aos indivíduos, como o direito à saúde, à educação, à habitação, à previdência social etc.

Os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, a exemplo do direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente equilibrado dentre outros. São direitos que consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

O Supremo Tribunal Federal utiliza a teoria geracional, com a seguinte síntese: "os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade". (MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995). (RAMOS, 2014, p. 50).

Ao final do século XX, alguns estudiosos, a exemplo de Paulo Bonavides, defendem uma quarta geração de direitos humanos, resultantes da globalização desses direitos e se traduziriam no direito à participação democrática, direito ao pluralismo, limitação às manipulações de material genético e outros direitos.

Na verdade, atualmente entende-se que o correto não é classificá-los em gerações, o que dá uma ideia de algo ultrapassado e que posteriormente fora substituído, mas sim, em dimensões, pois os direitos não se esgotam, são dinâmicos e estão presentes na vida dos indivíduos, nas relações destes com os demais e com

o Estado. Pelo acima exposto, essas dimensões de direitos tutelaram os ideais da Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

### **3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Os seres humanos se diferem, entre si, por diversos e múltiplos fatores. Entre eles é possível citar, por exemplo, a cor da pele, a classe social, as diferenças sexuais e as diferenças socioculturais. No entanto, existe um elo, um ponto comum entre os seres humanos. Esse elo é a *dignidade da pessoa humana*.

Sobre a dignidade como sendo o elo comum entre os seres humanos, afirma-se:

O que a igualdade de reconhecimento implica é que, quando despimos uma pessoa de todas as suas características contingentes e acidentais, resta sob isso uma qualidade humana essencial que é merecedora de certo nível mínimo de respeito – chama-se Fator X. A cor da pele, a aparência [física], a classe social e a fortuna, o gênero [sexual], a bagagem cultural e até os talentos naturais de uma pessoa são todos acidentes de nascimento relegados à classe de características não essenciais. (FUKUYAMA, 2003, p. 158).

Apesar do ser humano possuir um número gigantesco de diferenças, nenhum desses fatores representa o que existe de mais essencial e característico do gênero humano. O que realmente representa a espécie humana é o fato de que “todos os seres humanos são, de fato, iguais em dignidade” (FUKUYAMA, 2003, p. 159).

A *dignidade* é o amplo conjunto de coisas, materiais e imateriais, que tornam o ser humano mais nobre, excelente, honrado e desejoso de melhorar a si mesmo, o outro, o seu próximo, a sociedade e a natureza. Por causa disso, a dignidade, em si mesma, “não pode ser demonstrada” (BRAKEMEIER, 2002, p. 16). Ela é essencialmente um valor e um princípio ético que orienta o ser humano a experimentar novas e mais humanas condições existenciais. É por causa disso que a “vida humana não perde sua dignidade quando afetada pela demência [pela doença] ou quando dormimos, pois a autonomia não é o único fundamento de sua dignidade” (ZILLES, 2012, p. 53).

Como bem observa Agostini (cf. 2015, p. 42), é preciso, de alguma forma, ter consciência do valor incomparável da vida humana, o que torna o ser humano o primeiro e fundamental caminho que se deve, de alguma forma, encontrar. Por isso, deve-se afirmar que a vida humana tem um valor incomparável, sendo, por isso, inviolável.

O preâmbulo da *Declaração Universal de Direitos Humanos* faz referência à dignidade atestando a sua indispensabilidade. A Constituição Federal brasileira, por sua vez, fazendo eco a *Declaração Universal de Direitos Humanos*, alçou a dignidade da pessoa humana ao patamar de princípio fundamental no Artigo 1º, III, reafirmando o valor da pessoa humana e a sua dignidade. Na verdade, este princípio é o sustentáculo de todos os demais direitos humanos a serem exercidos pelos indivíduos dentro do Estado democrático de direito. Um país que não assegure a dignidade da pessoa humana não pode pretender fundar um ordenamento jurídico.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em estado democrático de Direito e tem como fundamentos.

[...]

III - a dignidade da pessoa humana.

Tem-se, pois por Princípio da Dignidade da Pessoa Humana um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas. Com isso, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todos os indivíduos enquanto seres humanos.

Com São Tomás de Aquino, há o reconhecimento da dignidade humana, qualidade inerente a todos os seres humanos, que nos separa dos demais seres e objetos. São Tomás de Aquino defende o conceito de que a pessoa é uma substância individual de natureza racional, centro da criação pelo fato de ser imagem e semelhança de Deus. Logo, o intelecto e a semelhança com Deus geram a dignidade que é inerente ao homem, como espécie. (RAMOS, 2014, p. 65).

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é uma característica inerente ao indivíduo e que o diferencia dos demais, protegendo-o de todo e qualquer tratamento discriminatório ou degradante. O referido princípio apresenta duas concepções: a primeira prevê como um direito individual protetivo, em relação ao Estado e em relação aos demais indivíduos. A segunda estabelece um dever fundamental de tratamento igualitário aos próprios semelhantes, ou seja, respeitar a dignidade do seu semelhante como é exigido pelo texto constitucional.

Diante da dignidade da pessoa humana, o Estado possui dois deveres, o primeiro é o dever de impor limites à atuação dos poderes públicos para que não venham a ferir a dignidade dos indivíduos através de atos abusivos. O segundo dever é o de garantia dessa dignidade, promovendo as condições necessárias para a sua concretização.

#### **4 O DIREITO HUMANO À VIDA**

A Declaração Universal de Direitos Humanos assegura em seu Artigo 3º que todo o homem tem direito à vida. Esse é um direito humano a ser assegurado por todas as nações membros da ONU, de acordo com o que consta no preâmbulo: “Que os Estados Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do homem e a observância desses direitos e liberdades”.

Sobre o princípio do direito à vida, Taureck (2007) afirma que se trata do princípio básico e norteador de toda ação humana. Sem esse princípio, as ações e a cultura humana correrão risco de serem violadas e até mesmo de desaparecer.

No âmbito nacional, o que se observa é que a Constituição Federal brasileira, nos Títulos: I – Dos Princípios Fundamentais – e II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, que vão do Artigo 1º ao Artigo 16º adotou amplamente as disposições da Declaração Universal de Direitos Humanos. Em relação ao direito à vida, assim dispõe no Artigo 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”. Assegurando que esse é um direito inviolável, alçado ao patamar de garantia fundamental. De acordo com Ramos (2014), o direito à vida engloba vários aspectos como a seguir mencionado:

O direito à vida engloba diferentes facetas, que vão desde o direito de nascer, de permanecer vivo e de defender a própria vida e, com discussões cada vez mais agudas em virtude do avanço da medicina, sobre o ato de obstar o nascimento do feto, decidir sobre embriões congelados e ainda optar sobre a própria morte. Tais discussões envolvem aborto, pesquisas científicas, suicídio assistido e eutanásia, suscitando a necessidade de dividir a proteção à vida em dois planos: a *dimensão vertical* e a *dimensão horizontal*. (RAMOS, 2014, p. 423; itálicos no original).

No plano vertical à proteção do direito à vida consiste em defender este direito nos vários estágios do desenvolvimento humano, da fecundação até a morte, protegendo este direito da intervenção de terceiros, como, por exemplo, de abusos por parte do poder estatal. No plano horizontal, por sua vez, se refere à qualidade de

vida usufruída pelo ser humano. Um direito desfrutado através do direito à saúde, à educação, à assistência social, ao meio ambiente equilibrado, enfim, todas as garantias para uma condição de vida digna. Este plano, inclusive, também pode ser observado na *Declaração Universal de Direitos Humanos* no Artigo 25:

- I) Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.
- II) A maternidade e a infância tem direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social. (UNESCO, 1998).

Ainda com base em Ramos (2014), o direito à vida se traduz em obrigações a serem assumidas pelo Estado, quais sejam: a) A obrigação de respeito – traduzindo-se no imperativo das autoridades estatais não violarem a vida de outrem; b) A obrigação de garantia – proteger a vida do indivíduo contra atos de terceiros e a consequente punição dos seus violadores e c) A obrigação de tutela – que é a obrigação de oferecer uma vida digna, assegurando-se as condições mínimas de existência do indivíduo.

É preciso ter consciência, como observa Santos (cf. 2014, p. 58), que o direito à vida não pode ser um projeto passageiro, um modismo intelectual ou uma proposta efêmera e até mesmo populista de política do Estado. Esse é o direito fundamental, sem o qual qualquer outro direito não pode ser pensado, questionado e conquistado pelo cidadão.

É necessário que seja enfatizado, como realiza Taureck (cf. 2007, p. 57), o fato do direito à vida envolver todos os grupos sociais, estruturas culturais e modalidades de indivíduos. Nenhum indivíduo está fora do direito à vida. Pelo contrário, da concepção até o envelhecimento e a morte, todos os indivíduos estão envolvidos e protegidos pelo direito à vida.

A Constituição Federal brasileira não determina a partir de quando o direito à vida passa a ser tutelado, mas de acordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos, Artigo 4.1, esse direito deve ser protegido desde a concepção. No Brasil, o Superior Tribunal Federal (STF) dispõe da seguinte forma sobre este ponto:

A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar

sua natural continuidade fisiológica [...]. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum (Voto do Min. Ayres Britto, ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Plenário, DJE de 28-5-2010). (RAMOS, 2014, p. 424).

Dessa forma, o direito à vida deve ser protegido desde a fase uterina. O Artigo 2º do Código Civil brasileiro se preocupou com tal questão da proteção à vida desde a fase uteriana. Por isso, determina: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Por isso, se apreende que para se exercer plenamente os atos civis, primeiramente é necessário nascer com vida. Entretanto o nascituro, ou seja, aquele que ainda vai nascer tem seus direitos reconhecidos e assegurados, dentre os quais é possível mencionar o direito à herança.

A Carta Magna brasileira também não estabelece nada acerca do término da vida, ou seja, da morte do indivíduo. Tal tema só foi explicitado no Código Civil, o qual prevê em seu Artigo 6º que a existência da pessoa natural tem fim com a morte. Por sua vez, a morte deve ser a *morte encefálica*. Trata-se de um critério adotado na Lei de Transplantes - Lei nº: 9.434/97 (cf. BRASIL, 1997). Por isso, é a condição necessária para que se autorize, no caso do Brasil, a retirada de órgãos e tecidos para fins de transplante ou tratamento.

Além disso, ressalte-se que o Brasil proíbe penas capitais, ou seja, punições que retirem totalmente o direito à vida do indivíduo. Isso pode ser verificado, por exemplo, no que dispõe o Artigo 5º, XLVII da Constituição Federal, como a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, e neste caso cabe ao Código Penal Militar estabelecer sobre esta pena, bem como a prisão perpétua, os trabalhos forçados, o banimento e as penas cruéis. Logo, tal proibição é um desdobramento da proteção ao direito à vida e que coaduna também com o Artigo 5º da *Declaração Universal de Direitos Humanos*, a qual determina que: “Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”. Apesar de tal tutela, sabe-se que alguns países adotam a prisão perpétua e a pena de morte, como, por exemplo, os Estados Unidos e a China. Esse fato demonstra que ainda existe um longo caminho a ser trilhado na busca pela proteção do direito à vida e, por conseguinte, dos direitos humanos.

## 5 A UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

É devido à grande importância dos direitos humanos que se fala em universalizar tais direitos. Essa universalização consiste em proteger e assegurar os direitos e garantias do indivíduo em qualquer país resguardado pela comunidade

internacional. A proteção deixa de ser aplicada apenas no âmbito interno e passa a ser estendida internacionalmente, sendo um imperativo de sobrevivência para a humanidade. Os direitos humanos devem ser reconhecidos e protegidos em todo e qualquer Estado e aquele que assim não proceder não poderá reclamar a legitimidade de um poder estatal.

Cuida-se de um elenco de bens jurídicos protegidos independentemente de quaisquer particularismos de nacionalidades ou de matriz cultural: vida, integridade física e moral pessoal, garantias judiciais básicas. Estas se expressam através de normas que vinculam, efetivamente, o Estado a cumprir obrigações com relação à comunidade internacional. A obrigação de respeito pelos direitos humanos é *erga omnes*, o que implica num dever de solidariedade entre todos os Estados, a fim de garantir o mais rapidamente possível uma proteção universal efetiva dos direitos humanos (XV CONGRESSO, 2006, p. 08).

O processo de globalização pelo qual o mundo tem passado nas últimas décadas contribuiu para a disseminação da necessidade de se assegurar os direitos humanos. Trata-se de num intenso relacionamento entre os indivíduos e diversas instituições em várias áreas, como, por exemplo, a economia, a ciência, a tecnologia e a comunicação. Com isso, transforma-se o mundo num intenso território e, por conseguinte, difundindo os direitos humanos como pertencentes a qualquer indivíduo independente do país em que esteja, ultrapassando os limites territoriais e de soberania.

Ademais, em tese, a meta primordial de um Estado-nação é proteger os cidadãos que nele vivem e a necessidade dessa proteção deve seguir padrões coerentes e aceitos internacionalmente. Isso levou grande parte dos Estados modernos a terem como parâmetro a Declaração Universal de Direitos Humanos.

Contudo, tal proteção é ameaçada e se contrapõe ao princípio da soberania e da não intervenção, o qual garante que os Estados podem se autogovernarem sem intervenções externas. O que lhes garantem o direito de legislarem e terem suas próprias regras e que muitas vezes podem desrespeitar o que está tutelado na Declaração Universal de Direitos Humanos, quando um Estado, por exemplo, decreta a pena de morte para determinados crimes.

Além do que, um obstáculo central, na sociedade contemporânea, a ser considerado na universalização do direito à vida e dos direitos humanos é a diversidade cultural existente entre os países. A Declaração de Viena, editada no ano de 1993, reafirmou o caráter universal dos direitos humanos, até mesmo além das características culturais de um país, conforme dispõe o Artigo 5º:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmos parâmetros e a mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas devem ser consideradas, mas é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. (ONU, 1993).

Essa é a questão conflitante alvo de várias discussões atualmente. Como universalizar direitos que são tidos como primordiais para o ser humano, sobretudo o direito à vida, e, ao mesmo tempo, sem invadir a soberania e os costumes de um país? A própria Declaração de Viena oferece a solução para esse empenso ao defender que as particularidades nacionais e socioculturais devem ser consideradas. Todavia, a primeira obrigação é a defesa do direito à vida e, por conseguinte, a proteção dos direitos humanos independente de questões políticas, econômicas e culturais nacionais ou locais.

Mas o que se indaga é como proceder quando mesmo diante dessa determinação a violação ao direito à vida permanece, principalmente em se tratando de tradições culturais?

Diante das particularidades apresentadas pela cultura de cada povo criou-se a teoria do relativismo cultural no século XIX, no intuito de que uma cultura não fosse comparada com a cultura ocidental e, por ser diferente dessa, considerada como inferior. Segundo Torres (2010, p. 65) seria o “não-julgamento do modo de ser das diversas sociedades existentes no mundo, no que diz respeito a seus hábitos, sistemas, religiões, ritos, ou seja, à sua cultura em geral, em comparação à cultura das sociedades consideradas ocidentalizadas”.

Os costumes de alguns povos do Oriente Médio, por exemplo, causam repúdio e são condenados pelo Ocidente. Mas como relativizar tais costumes quando se trata de ferir o direito à vida, o bem maior do ser humano?

Como exemplo, apresentam-se duas situações de violação do direito à vida. Violações que acontecem dentro do espaço sociocultural nacional.

A primeira situação é a de afronta à proibição de tratamento desumano ou degradante vivida por meninas de 0 a 14 anos em algumas regiões como a África, o Oriente Médio e o sudeste asiático. Elas são submetidas ao procedimento de clitoridectomia, o qual consiste na retirada do clitóris, para que no futuro essas mulheres não venham, dentre outras coisas, a sentir prazer sexual. Essas cirurgias são realizadas de forma muito precária, colocando em risco a vida dessas meninas e, muitas vezes, resultando em esterilidade ou até mesmo a morte.

Para o Ocidente essa prática é chocante. Mas não é assim nas regiões onde é praticada. A mulher é totalmente submissa e os povos que fazem a clitoridectomia acreditam que ela ajuda a manter a virgindade das solteiras. Além disso, reforçaria a identidade do grupo. Apesar da dor após a operação e da humilhação, as mulheres não se atrevem a reclamar. “Quando perguntadas sobre o conhecimento das leis dos Direitos Humanos, elas respondem que apenas conhecem as leis dos maridos”, diz a queniana Wanjira Muigai. (MENAI, 1997).

A segunda situação de violação do direito à vida é a questão da pena morte por meio do apedrejamento aplicada nos países islâmicos, como é o caso do Irã, em casos de relações sexuais mantidas por pessoas solteiras ou de adultério. Como está descrito no Código Penal iraniano:

Ao homem se enterra em um buraco até a cintura enquanto a mulher é enterrada até os ombros [...]. As pedras não devem ser tão grandes para que a pessoa morra com poucos golpes, nem tão pequenas que não se possa considerá-las pedras. Se o condenado é capaz de escapar com vida não se tenta matá-lo uma segunda vez (o homem tem a vantagem de ter ar da cintura até os ombros e, por vezes, ele sobrevive). Caso morra por outra causa, o alvo das pedras será seu cadáver. (LA VANGUARDIA, 2010).

O comum é que diante de situações tão cruéis os organismos internacionais de defesa do direito à vida, dos direitos humanos e os principais países ocidentais fazem algum tipo de pressão política-econômico-midiática pela modificação dessas penas e, às vezes, pode dar certo, como o caso da pena de apedrejamento de Sakineh Mohamadi Ashtiani, que acabou sendo evitada no Irã.

A realidade que ora se impõe é que mesmo diante de documentos internacionais que tutelam o direito à vida, principalmente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e da luta pela universalização dos direitos humanos, na prática os crimes continuam acontecendo no interior dos países justificados por suas leis internas e pelos seus costumes culturais. Em curto prazo, não existe uma solução para esse problema. No entanto, deve-se enfatizar que o direito humano à vida é universal e indispensável para a manutenção e desenvolvimento de qualquer modelo de sociedade, cultura, nação e Estado. Por isso, esse direito tem que ser aplicado a todos os indivíduos da espécie humana, da concepção à morte natural, independente das exigências socioculturais nacionais. De um lado, é necessário respeitar e valorizar a diversidade cultural existente atualmente no mundo, com suas várias e multicores étnicas, linguísticas, religiosas e sociopolíticas. Do outro lado, diante do princípio fundamental do direito à vida, não se pode aceitar que, em nome da diversidade cultural, uma cultura, uma nação ou um modelo de Estado possa discriminar grupos humanos e que essa discriminação alcance o nível da exclusão

radical da vida por meio da morte. Por isso, é necessário buscar um equilíbrio que mantenha a diversidade e a autonomia das culturas, mas, ao mesmo tempo, garanta e promova o princípio fundamental do direito à vida.

### CONCLUSÃO

Diante do exposto, reforça-se que, de um lado, é necessário respeitar e valorizar a diversidade cultural existente atualmente no mundo, com suas várias e multicores étnicas, linguísticas, religiosas e sociopolíticas. Do outro lado, diante do princípio fundamental do direito à vida, não se pode aceitar que, em nome da diversidade cultural, uma cultura, uma nação ou um modelo de Estado possa discriminar grupos humanos e que essa discriminação alcance o nível da exclusão radical da vida por meio da morte. Por isso, é necessário buscar um equilíbrio que mantenha a diversidade e a autonomia das culturas, mas, ao mesmo tempo, garanta e promova o princípio fundamental do direito à vida.

Por fim, à guisa de conclusão, se reconhece a relevância do princípio fundamental do direito à vida e a necessidade de se propagar um movimento pela sua universalização, assegurando que cada indivíduo tenha sua vida protegida e resguardada em qualquer território, independente da nação a qual pertença. Ao mesmo tempo, se reconhece que na atualidade a proteção e garantia do princípio fundamental do direito à vida tem sido falha e se observam vários casos de atentados a esse direito, pois além de falhar na proteção falha-se também na educação para a vida e na punição dos indivíduos e das estruturas sociais culpadas pela violação do direito universal a vida.

### REFERÊNCIAS

AGOSTINI, Nilo. Bioética e ética médica: educar para uma ética da vida. In: GIACOIA JÚNIOR, Oswaldo; RAMIRO, Caio Henrique Lopes; RICCI, Luiz Antonio Lopes. **Responsabilidade e futuro: bioética, biopolítica, biopoder e os desafios para a reflexão e a ação**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 31-46.

BRAKEMEIER, Gottfried. **O ser humano em busca de identidade**. São Leopoldo: Sinodal, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Distrito Federal: Senado, 1988.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Palácio do Planalto, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 29 dez. 2015.

BRASIL. **Lei nº: 9.434/97. Lei de Transplantes**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília: Palácio do Planalto, 1997.

FUKUYAMA, Francis. **Nosso futuro pós-moderno**. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (Reino Unido) (Org.). **Direitos Humanos na Administração da Justiça**: um Manual de Direitos Humanos para Juizes, Procuradores e Advogados. Londres: International Bar Association, 2010.

LA VANGUARDIA. O apedrejamento divide o Islã. In: **Veja**, São Paulo, out. 2010.

MENAI, Tânia. A retirada do clitóris é comum na África. In: **Superinteressante**, São Paulo, n. 118, jul. 1997.

ONU. **Declaração de Viena**. Viena: 1993. Disponível em:<  
<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em: 21 dez. 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, Iveraldo. A educação para a vida: um direito do cidadão. In: SANTOS, Iveraldo; POZZOLI, Lafayette (Orgs.) **Direito e educação**: uma abordagem interdisciplinar. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014, p. 43-58.

TAURECK, Bernhard H. F. **A dignidade humana na era de sua supressão**. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2007.

TORRES, Mateus Gamba. O Absolutismo Cultural e a Clitoridectomia. In: **Percursos**, Florianópolis, v. 11, n. 1, p. 64-72, jul. 2010.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Brasília: 1998.

XV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. **Direitos humanos e pluralismo cultural**: uma discussão em torno da questão da universalidade. 15, 2006, São Paulo: Publica Direito, 2006.

ZILLES, Urbano. **Pessoa e dignidade humana**. Curitiba: Crv, 2012.

---

# REFLEXÕES ACERCA DA REPRODUÇÃO IN VITRO E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

---

João Carlos Fazano Sciarini<sup>1</sup>

Luma Gomes Gândara<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

Após anos de estudo, experiências em laboratório e muitas investidas mal sucedidas, o homem consegue por meio de um procedimento denominado fertilização *in vitro*, realizar a tão sonhada reprodução assistida.

O presente artigo abordará este polêmico tema no que tange à reprodução *in vitro* e os direitos da personalidade do material genético utilizado neste procedimento, instituto ainda não normatizado no sistema jurídico brasileiro, dotado somente de resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM). Este breve estudo buscará demonstrar a necessidade do Direito em se preocupar com o tema, interferindo de forma concisa para entender o real significado existencial do material genético utilizado no procedimento. Sobre esse tema ainda não há uma abordagem exata da existência primordial da vida, sendo de extrema importância a presente discussão.

Em razão de se tratar de um tema multidisciplinar, atual e polêmico, o estudo terá por base doutrinas modernas sobre o assunto, reportagens televisivas, jurisprudências, artigos, sempre buscando questionar aspectos polêmicos que afetam a ética, o Direito, a medicina e os princípios religiosos e sociais dos dias atuais.

O tema proposto abrange interesses éticos, sociais, morais e aspectos de saúde pública, possuindo grande relevância no meio jurídico acadêmico.

---

<sup>1</sup> Advogado, Pós Graduado em Direito Civil e Processual Civil pela UEL (2013), Pós Graduado em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela FEMA (2016-atual). Possui graduação em Direito pela FEMA (2011), Endereço profissional: Rua Arlindo Quintino de Freitas, nº 160, Assis-SP, telefone (18) 997272797, e-mail: jcsciarini@gmail.com

<sup>2</sup> Escrevente Técnica Judiciária no TJSP, lotada na 2ª Vara Cível de Assis – SP, Mestranda pela UENP, Pós Graduada em Direito Civil e Processo Civil pelo Projuris/FIO (2016). Possui graduação em Direito pela UENP (2014), Endereço: Rua Arthur Franco, nº 322, Centro, Santo Antônio da Platina - PR, CEP: 86430-000, telefone (18) 981123518, e-mail: lgandara@tjsp.jus.br.

## 1 O PROCEDIMENTO REPRODUÇÃO *IN VITRO*

No dia 25 de Julho, de 1978, na Inglaterra, nascia Louise Brown, a primeira pessoa reproduzida graças à fertilização *in vitro* (HOJE..., 2011). Afincos de pesquisas laboriosas, tornou-se uma realidade, desta forma, fazendo com que diversas ciências, inclusive a do Direito, debruçassem sobre questões até então jamais imaginadas e assim, de forma extraordinária, mudassem o rumo de inúmeros conceitos nas mais variadas ciências.

Este procedimento revolucionário é indicado em diversas situações, desde casos como das tubas lesionadas, sequelas ocorridas em decorrência de infecções tubárias (isto quando a região pélvica inflama, ocasionando uma doença crônica), gravidez ectópica (conhecida como gravidez nas trompas), laqueaduras irreversíveis, endometriose (pode causar infertilidade na mulher, decorrente de dores e sangramentos irregulares na idade reprodutiva), infertilidade masculina e também em casos que a infertilidade ocorrer por razão desconhecida pela ciência.

## 2 NATUREZA JURÍDICA DO EMBRIÃO *IN VITRO* E O INÍCIO DA VIDA

A natureza Jurídica do Embrião *in vitro* para o Supremo Tribunal Federal (Ação de Constitucionalidade de Biossegurança) é de objeto de direito, ou seja, fruto de uma fertilização *in vitro* quando se colhe o gameta masculino e o feminino, fazendo-se a fecundação em laboratório, onde se forma o zigoto (embrião). Esse embrião *in vitro* que ainda não foi fecundado no útero, tem natureza de objeto de direito e em razão disso, são autorizadas pesquisas.

A natureza jurídica do nascituro tema de grande discussão doutrinária, onde se tem que nascituro é considerado a partir do momento do embrião já fecundado, conforme explica Limongi França (apud AMARAL, 2003, p. 222) afirma ser “o que está por nascer, mas já concebido no ventre materno”, então já é um ser a caminho da vida, e para doutrina majoritária esta é sua natureza jurídica, onde na teoria concepcionista o nascituro já seria um sujeito de direito. Cristiano Chaves de Farias ratifica que “nascituro é palavra derivada do latim *nasciturus*, significando aquele que deverá nascer, que está por nascer” (2003, p. 150).

De acordo com o artigo 2º, do Código Civil de 2002 a personalidade civil da pessoa se inicia com o nascimento com vida e a lei põe a salvo, desde o momento da concepção, os direitos do nascituro. Convém mencionar que o material genético utilizado na reprodução *in vitro*, não se confunde com o nascituro, no entanto, adentrando na reflexão do estudo proposto e a título de comparação, tem-se que o material genético do procedimento, tem claramente o intuito de tornar-se um dia um nascituro.

Tartuce (2013, p. 69) lembra da tese encabeçada pela Professora Titular da USP Silmara Juny Chinellato de que “a proteção referente ao nascituro abrange também o embrião pré-implantatório *in vitro* ou ventre materno” (2010, p. 28). Noutro plano, menciona também que não é pacífico o entendimento, onde refere que para Diniz (2010, p. 35), “o embrião não está abrangido pelo art. 2º do CC/2002, uma vez que se diferencia do nascituro por ter vida extrauterina”.

Ainda quanto à personalidade jurídica do nascituro, há uma colisão mantida pelo artigo 2º do Código Civil de 2002 no que diz respeito às teorias natalista e concepcionista, isto pela contradição expressa, onde se tem que na primeira parte do referido artigo, data vênua, deixa implícito o entendimento de que nascituro não é pessoa, e logo após, em sua segunda parte, remete a entendimento completamente contrário, trazendo o nascituro no plano de ter natureza jurídica de pessoa (TARTUCE, 2013, p. 70).

Para a maioria da doutrina, e em artigo realizado de forma brilhante, por Tartuce (2007, v. 6, p. 83-104) com o tema “A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no Direito Brasileiro”, tem-se três correntes que buscaram explicar a real situação do nascituro: teoria natalista, teoria da personalidade condicional e teoria concepcionista, bem como os Direitos do Embrião à Luz da Constituição Federal e também tomando como base o que é tutelado ao nascituro na esfera cível do Direito. Passar-se-á agora ao seu estudo de forma eficaz.

## 2.1 OS DIREITOS DO EMBRIÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Vários são os princípios que guarnecem os direitos das pessoas naturais, tanto constitucionais, quanto cíveis e até mesmo penais.

Toma-se por base o princípio fundamental que não se pode olvidar, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, que ganhou força com a Constituição Federal de 1988, onde o Estado Democrático de Direito veio salvaguardar direitos até então pouco indigitados pelo ordenamento jurídico pátrio, já que o Brasil passava por momento de transição, entre governos opressores e o Estado Democrático de Direito, esse princípio é balizador de vários outros princípios.

O princípio da dignidade da pessoa humana trata de aspectos mínimos de convívio social, relações entre as pessoas, vindo a trazer um valor moral atribuído às pessoas, devendo haver um tratamento igualitário – princípio do tratamento isonômico entre as pessoas, da igualdade, da acessibilidade, da honra, da liberdade de expressão, da participação política e religiosa, da propriedade, da inviolabilidade de domicílio, da liberdade de reunião, ou seja, direitos de primeira geração, instituídos pela necessidade de impor limites contra possíveis abusos do Estado.

Conforme acentua Moraes (2000, p. 61), “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina”.

Ainda ensina brilhantemente Moraes (2000, p. 61) que “[...] a Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência”.

Fácil notar que as preocupações normativo-jurídicas são pautadas em aspectos morais e sociais em todas as suas definições, portanto, debruça-se no tema e convém indagar: por que o legislador pátrio de maneira simplificada, porém, oportuna, ainda não se deslocou com o afincamento de conceituar de forma a por fim tal discussão? Qual seja, definir o verdadeiro significado do material genético utilizado no procedimento denominado reprodução *in vitro*.

## 2.2 O EMBRIÃO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para o direito de sucessões, o embrião congelado (crio preservado), não tem nenhum direito, uma vez que o processo de sucessões ficaria paralisado *in perpetuum*.

Para o direito de família, veio resolver um grande problema, já que no Código Civil de 1916, o filho de pai morto depois de trezentos dias, não era mais considerado filho daquele que havia falecido, hoje, porém, pode-se considerar filho do pai morto mesmo depois de trezentos dias do falecimento, pois se ele autorizou a utilização de seu material genético *pos mortem*, pode ficar congelado pelo tempo que for necessário ao procedimento. Já no caso da mãe não ser casada com o pai, desde que haja autorização do pai, é considerado também como filho do pai falecido, independentemente do prazo, já que a mãe é sempre certa por ser aquela que deu a luz, com a ressalva do útero de substituição (de terceira pessoa).

Além disso, há a problemática acerca da criação de normas que estabeleçam a forma de fiscalização quanto ao descarte de embriões. Como ainda não existe essa norma no âmbito jurídico, fica à mercê das clínicas e da Resolução nº 2013/13 do Conselho Federal de Medicina (revogadora da Resolução nº 1.957/10) o destino dos embriões excedentes, desta forma, não lhes sendo assegurada qualquer proteção.

Sobre a discussão abrangida pelo Supremo Tribunal Federal da utilização de embriões humanos, a legislação de biossegurança não estabelece um órgão fiscalizador, feito de forma efetiva, ou seja, não é demonstrado se estão atendendo

normas principiológicas e éticas, como, por exemplo, se estão ou não descartando embriões de maneira desordenada.

Lembrando ainda que o ordenamento jurídico clama por uma legislação específica, mas que isso seja feito de forma a não engessar o desenvolvimento no que tange ao tema.

### 2.2.1 Teoria natalista

Esta teoria é a que prevalecia entre autores clássicos do Direito Civil pátrio, onde o nascituro não poderia ser considerado pessoa, já que o Código Civil de 1916 exigia o nascimento com vida. Diante disso, o nascituro não teria direito algum, mas tão somente mera expectativa de direito.

Os doutrinadores adeptos desta corrente eram Caio Mário da Silva Pereira, San Tiago Dantas e Sílvio Rodrigues, dentre outros.

Entretanto, uma vez tendo o artigo 2º do Código Civil estabelecido que “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, seria necessário e indispensável que se estabelecesse legislativa e taxativamente os seus direitos. Assim, em conclusão à tese estabelecida por esta corrente, não tendo o legislador feito isso, a personalidade civil somente é adquirida após o nascimento com vida e, antes disso, por omissão legislativa, o nascituro não possui direitos (BERTONCINI, SANTOS, 2016, p. 24)

Surge aqui a principal questão criada pela doutrina majoritária atual que não concorda com esta teoria, ou seja, o nascituro seria considerado uma coisa, já que teria apenas mera expectativa de direito, negando-lhe ainda os direitos fundamentais, relacionados à integridade física, à vida, à investigação de paternidade e todos relacionados à personalidade civil.

### 2.2.2 Teoria da personalidade condicional

Aqui se tem que os direitos do nascituro seriam eventuais, sujeitos a uma condição suspensiva, subordinados à eficácia somente após evento futuro e incerto, qual seja o nascimento. Ou seja, teria primeiro que nascer para que os direitos fossem realmente assegurados. Tartuze explica que “o grande problema da corrente doutrinária é que ela é apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro” (2013, p. 71)

Segundo o aspecto biológico desta corrente, havendo uma pessoa em formação, não pode a lei ignorar a expectativa de vida humana inerente ao feto e,

consequentemente, proteger seus eventuais direitos. Contudo, para que sejam adquiridos estes direitos, o nascimento com vida deve ocorrer (BERTONCINI, SANTOS, 2016, p. 27)

Esta também é uma teoria já superada, haja vista sua grande semelhança com a teoria naturalista, e também devido a despreocupação com o que diz respeito aos direitos da personalidade e da pessoa, resguardando somente direitos patrimoniais.

### 2.2.3 Teoria concepcionalista

Esta é a teoria mais humana de todas, além de se preocupar com os direitos da pessoa e de sua personalidade, também elucida preocupação no que diz respeito aos direitos patrimoniais desta futura pessoa, tornando-se assim uma teoria mais abrangente do ponto de vista material, ou seja, englobando uma totalidade em sua atuação e também sendo muito mais aplicável sua utilização para os dias atuais, no qual os direitos da pessoa, envolvendo princípios constitucionais, como princípio da dignidade da pessoa humana e também normas, estatutos e inúmeros estudos, têm sido debate de diversos congressos e conferências no Brasil e no mundo.

O doutrinador Francisco Amaral (2003, p. 249), define brilhantemente que “os direitos da personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”. Ainda para os concepcionalistas, Rubens Limongi França (1996, p. 1.033) define os direitos da personalidade como faculdades jurídicas as quais o objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior.

Esta teoria é defendida, dentre outros, por Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Nelson Rosendal, Maria Helena Diniz e Silmara Juny Chinellato, que é a principal estudiosa sobre a tese no Brasil. Logo, esta é a teoria que prevalece nos dias atuais para o Direito Civil Brasileiro.

Diversos são os julgados sobre o tema, os quais tornam não só a doutrina como adeptos, como também a jurisprudência, dentre inúmeros, tem-se o Recurso Especial nº 1120676/76 provido, vencido o relator Ministro Massami Uyeda, por maioria, julgando-se procedente o pedido num caso onde houve um atropelamento de uma mulher grávida, resultando em morte fetal, peticionando assim direito à indenização, utilizando-se de interpretação da Lei n. 6194/74.

Com isso, percebe-se que o tema ainda é bastante controverso nos dias atuais e que ainda há muito que se debater sobre o assunto, data máxima vênua quanto às definições e “proteções” que são dadas a este material genético, feita pela

Resolução nº 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina atualizada recentemente, tem-se a evidente necessidade de a definição real estar embasada em conceito jurídico-normativo, onde somente desta maneira seria possível encontrar definições já consagradas no ordenamento jurídico que com certeza podem ser utilizadas para proteção deste material, ou ainda, ato audacioso, criar nova lei onde poderiam estar contidos novos posicionamentos acerca da tutela merecida para este material genético, destinado a “fabricação” de uma nova vida.

Vale lembrar, trata-se de um tema multidisciplinar e por esta razão, faz-se necessário trabalho feito simultaneamente pelo legislador e por óbvio devem ser consultadas clínicas especializadas no procedimento, como também profissionais dotados de conhecimentos aprofundados sobre o assunto, como médicos, biólogos, geneticistas, dentre outros profissionais da área da saúde, junto a especialistas igualmente capacitados das áreas sociais.

### **3 A BIOÉTICA E O BIODIREITO**

No que diz respeito à bioética, tem-se segundo Sgreccia (1996, p. 23) a definição como a “união dos valores éticos e os fatos biológicos para a sobrevivência do ecossistema todo: a bioética tem a tarefa de ensinar como usar o conhecimento em âmbito científico-biológico”.

Portanto, a bioética abrange toda e qualquer relação que diz respeito a evoluções científicas, onde se têm inúmeros avanços, pesquisas, tecnologias envolvendo diversas disciplinas, as quais devem obedecer a um padrão ético, que deverá acompanhar todos esses avanços.

O biodireito é um complexo de normas capazes de regular a atividade da biotecnologia de um modo geral, onde no caso da reprodução humana assistida existe ainda uma imensa lacuna.

Convém mencionar o pensamento de simples compreensão, porém, de profunda reflexão: “O homem não pode viver sem regras, pois o vazio jurídico torna tudo possível”. (HIRONAKA, 2003, s.p.).

Lembra ainda DINIZ (2010, p. 35) que “(...) o biodireito, estudo jurídico que, tomando as fontes imediatas a bioética e a biogenética, teria a vida por objeto principal, salientando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito (...)”

O biodireito é dividido entre macrobiodireito, e microbiodireito, onde o primeiro envolve o meio ambiente, e o segundo envolve o tema a ser desenvolvido neste trabalho, ou seja, o conceito de vida, nascimento da pessoa e a parte de ontológica da ética médica em si, abrangendo assim a bioética.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária vem regulamentando de certa forma o instituto, mas não a contento, propondo ainda que o Brasil deveria, a exemplo do Canadá, criar uma agência reguladora independente que trata do microbiodireito, justamente tratando da vida humana diretamente em relação às células tronco embrionárias, e a atividade, que é uma atividade empresarial (reprodução humana assistida), muito embora, segundo conceitos éticos médicos, a medicina não poder ter caráter comercial, não podendo de modo algum ter qualquer caráter comercial em suas atividades.

### 3.1 ASPECTOS BIOÉTICOS E JURÍDICOS NA PESQUISA COM SERES HUMANOS

A questão ética dessa pesquisa foi definida pelo Supremo Tribunal Federal num voto vencedor do Ministro Carlos Ayres Britto na ação direta de inconstitucionalidade, número 3510 que é dividido em setenta itens, no item vinte e um ele faz a diferença entre o aspecto da pessoa biológica do conceito jurídico de pessoa, onde não se deve confundir o ser humano com pessoa, pois pessoa para o direito é aquele que nasceu com vida, esse voto hoje tem efeito vinculante, e com isso todos os Tribunais devem segui-lo (STF..., 2008, s.p)

Para a cientista Mayana Zatz, bióloga molecular, geneticista, professora do Departamento de Genética e Biologia Evolutiva do Instituto de Biociências da Universidade de São Paulo, o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de a vida terminar com a morte encefálica e se inicia a partir dos quatorze dias, onde o embrião passa a ter as primeiras formações neurológicas está correto (STF..., 2007, s.p.)

Para parte dos estudiosos, científicos e jurídicos, esses quatorze dias mencionados, quando observados dentro das várias ciências existentes, quais sejam humanas, biológicas, sociais e religiosas, entendem que cada setor guarnece um entendimento a respeito deste prazo estipulado, no que diz respeito à viabilidade fetal ou a inviabilidade fetal. Vale ainda mencionar, que a ciência considera início da vida o momento em que o embrião implantado tem batimentos cardíacos.

### 3.2 ASPECTOS LEGAIS E ÉTICOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

No Brasil não há uma lei específica sobre a reprodução assistida, havendo somente um projeto de lei no Congresso e por ser uma questão que envolve aspectos éticos, morais, profissionais e inclusive científicos, o debate se faz necessário através da oitiva de inúmeros meios sociais e, isso naturalmente, exige um tempo razoável para se chegar a um denominador comum.

Em 1992, o Conselho Federal de Medicina instituiu os primeiros regramentos a cerca da reprodução assistida no Brasil, e em 2013, estas diretrizes foram atualizadas pela resolução 2013/2013 e é esta resolução que vem servindo de parâmetro para a reprodução assistida.

Estas normas estabelecidas pelo Conselho Federal de Medicina têm seu alcance somente no âmbito da administração do Conselho Federal de Medicina, ou seja, são normas válidas para os associados ao Conselho, quais sejam os médicos. Vale lembrar que definitivamente, uma resolução não é uma lei e o alcance desse regramento fica restrito aos médicos.

Importante mencionar que acima dessa resolução há a Constituição Federal, onde com excelência está protegida a família e os direitos da personalidade, sendo direitos indisponíveis, ou seja, estes não poderão ser dispostos através de contratos ou condições meramente estabelecidas bilateral e particularmente. Se isso ocorrer, o Poder Judiciário através do Ministério Público (como *custus legis*), ou por meio de outra provocação, será instado a se manifestar afim de que essa indisponibilidade violada seja devidamente corrigida.

A Resolução nº 2013/2013, define a infertilidade como sendo um problema de saúde, pensando desta forma, deve-se enfatizar que as pessoas têm o direito de procurar o acesso a esta saúde nos órgãos públicos, ou seja, no Brasil, utilizar-se gratuitamente do serviço, através do Sistema Único de Saúde, o que é um grande problema, já que a fertilização *in vitro*, na maioria das vezes, é utilizada somente em clínicas privadas.

Explica a Resolução supracitada que a doação de gametas ou embriões nunca terá caráter comercial, o que do ponto de vista ético é bastante plausível, já que a comercialização dos gametas traria à tona diversas discussões éticas e morais.

Ainda conforme a Resolução nº 2013/2013, os doadores não devem ter conhecimento do destino dado ao material genético e a recíproca é verdadeira, esse regramento, debruça quanto ao sigilo, que tem imensa importância quanto a aspectos futuros, pensando que onde há pessoas envolvidas, problemas sociais deverão sempre ser levados em consideração, já que no caso de os doadores conhecerem os destinatários, ou vice-versa, poderão ocorrer divergências, preconceitos e discussões diversas, gerando assim um verdadeiro caos, onde estaria prejudicado o principal fito deste instituto, que é a reprodução.

No caso de desrespeito ao anonimato, a pessoa será devidamente sancionada de forma administrativa e restrita aos médicos que participaram dessa quebra de sigilo, não podendo, portanto, penalizar o pai ou a mãe que descumpriu o que vislumbra a resolução, isto, pois, a resolução não alcança pessoas que não

forem profissionais vinculados ao Conselho de Medicina. Fácil notar que a Resolução apesar de bastante vultosa, infelizmente não consegue suprir todas as celeumas que possam envolver o procedimento, haja vista, não ter competência normativa para tanto, e desta forma, cabe aqui a reflexão sobre a real importância de o ordenamento jurídico pátrio se preocupar devidamente com o instituto.

No que tange aos direitos da personalidade, tem-se que um filho nascido de uma reprodução humana assistida através de doação heteróloga (sêmen ou óvulo de um terceiro), cedo ou tarde, poderá ter despertada sua curiosidade sobre sua ascendência biológica e, nesse aspecto, há correntes que defendem a possibilidade desta criança conhecer sua ascendência biológica sem gerar um vínculo de paternidade ou maternidade já que um outro pai ou mãe já garantiu os aspectos socioafetivos para aquela criança, no entanto, há corrente que defende a impossibilidade do direito desta criança de conhecer sua ascendência biológica.

Nesse mesmo diapasão, explica VENOSA (2003, p. 256) no que pertine ao direito à filiação, este não deve ser encarado somente como um direito da verdade, mas também um direito inerente à própria vida, ou seja, do interesse da criança, envolvendo diversos aspectos como a paz das famílias, as afeições, os sentimentos morais, da ordem estabelecida e também do tempo que passa.

Para o Poder Judiciário no caso de o material genérico ser anônimo, não haverá possibilidade de a criança buscar informações sobre o doador do material. Por outro lado, a partir do momento que se sabe quem é o doador do material e a criança gerada por esse material, socorre-se ao Poder Judiciário buscando uma investigação de paternidade ou até mesmo de maternidade no caso de óvulo de terceiro, com certeza será concedido este direito a ela.

É necessário assegurar que o marido ou o companheiro irá assumir posteriormente a paternidade do filho nascido através deste procedimento, por sua vez, que este deva consentir a realização do procedimento. Com isso, ter-se-á a impossibilidade futura de o marido ou companheiro impugnar essa escolha já feita.

Quanto à reprodução assistida *post mortem*, esta não constitui ilícito ético desde que haja autorização prévia específica do *de cuius* para o uso do material biológico crio-preservedo, de acordo com a legislação vigente.

### 3.3 DESCARTE DE EMBRIÕES

Além de muitas discussões acerca da reprodução *in vitro*, surge também a controvérsia que se refere ao descarte dos embriões, em que debates sobre o direito a vida vêm à tona e também conceitos religiosos, filosóficos e divergências diversas a respeito.

O embrião, até então um simples ser, que não tem tutelado direito algum, salvo meras expectativas de direito, fica à mercê de algumas burocracias, as quais se passa a discutir a diante.

No artigo 5º da Lei de Biossegurança, em seus incisos e parágrafos estão designados os destinos dos embriões que não têm mais validade no que diz respeito ao aspecto reprodutivo.

Explica o artigo 5º da referida lei que:

É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. §1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. §2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no artigo 15 da Lei nº 9.434, de fevereiro de 1997.

O julgamento da ADI 3.510 feito pelo Supremo Tribunal Federal definiu esplendidamente o conceito de vida, fazendo análise do artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05).

Através do julgamento, a referida Corte entendeu como início da vida, o momento em que passa a existir um cérebro, onde diversos institutos passariam a valer, desde a doação de órgãos do indivíduo até o desligamento de aparelhos que os mantêm vivos. Tendo assim, findada a vida através da morte encefálica para a lei, desta forma, não havendo cérebro, não há vida.

#### 3.4 SITUAÇÃO JURÍDICA DOS EMBRIÕES E DOS GAMETAS

O material genético não é criança. Portanto, para o direito de família, excetuando-se a hipótese dos alimentos gravídicos que são utilizados durante a gestação, o material genético seria apenas uma “semente” se se comparar à árvore, onde entre o material genético e o nascimento da criança existe um processo que deve ser considerado na definição de quem seja ou não pai.

Partindo-se dessa premissa, de que o doador do material genético simplesmente fez a doação por motivos altruísticos, resta insustentável qualquer tese de que este deveria arcar com alguma forma de dívida alimentícia.

Tendo isso, o material genético da mulher e do homem, e a fertilização desse material que forma o embrião, vê-se uma árdua tarefa de definir acerca da questão se o embrião é pessoa ou não, se é titular ou não dos direitos da personalidade, adentrando-se na questão sobre o número de embriões que podem ser utilizados, sobre o tempo que o embrião pode ser guardado, bem como se o embrião pode ou não ser objeto de doação para outra família.

De acordo com a mais atual resolução do Conselho Federal de Medicina, no que diz respeito à doação, tem-se que ela é possível, desde que não tenha intuito lucrativo ou comercial (GONÇALVES, 2010, p. 363). Além disso, os doadores não poderão conhecer a quem este material está sendo destinado, porém, em caráter excepcional as informações sobre doadores, por motivação médica, poderão ser fornecidas somente aos médicos, desde que resguardada identidade civil do doador (Resolução 2013/13).

A escolha de quem serão os doadores e a ordem sequencial será feita pela unidade, onde estes estarão mantidos. A possibilidade quanto a escolher as características estará mantida no limite de manter maior semelhança fenotípica e imunológica, e também a máxima compatibilidade possível com a receptora.

Os médicos que integrarem as clínicas e unidades responsáveis pela reprodução assistida, bem como os integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços não poderão ser doadores para a referida técnica. Isto, em razão de já existir histórico evento escandaloso, no qual o médico Roger Abdelmassih foi denunciado pelas próprias receptoras por terem sido abusadas sexualmente por ele, onde o material implantado era feito através de um verdadeiro estupro.

## CONCLUSÃO

O presente artigo teve o intuito de demonstrar a real importância de uma definição normativa sobre o significado do material genético utilizado no procedimento denominado Reprodução *in vitro*. Utilizando-se do conceito de nascituro como um paradigma, porém, longe de haver qualquer comparação existencial, sendo tão somente um ponto de partida para a solução desta celeuma.

No entanto, mesmo o nascituro tendo sido utilizado como um “simples” paradigma faz-se importante tal reflexão, já que aquele material genético, muitas vezes descartado, simplesmente jogado fora, poderia ter vindo um dia a se tornar um nascituro, ou de outra forma, poderia vir a salvar a vida de uma pessoa nos casos

em que o material genético é utilizado nas pesquisas com células-tronco, sendo este outro tema também de imensurável importância para os dias atuais, no que afeta ao direito civil, constitucional, entre outras esferas jurídico-sociais.

Além disso, convém mencionar que as resoluções de estudiosos das áreas da saúde, como a do Conselho Federal de Medicina – Resolução nº 2013/13 – têm sua importância e por óbvio devem ser respeitadas, já que pessoas instruídas e classificadas participaram de sua formulação, porém, importante no que diz respeito ao procedimento em si, o que não se confunde com o direito, desta forma, não dando o respaldo merecido àquele material que um dia poderá adquirir todos os direitos de uma pessoa natural.

Conveniente ainda mencionar que a caminhada é longa e árdua, no entanto, conforme ensinou o teólogo e filósofo suíço Hans Küng, deve-se avançar de uma ciência livre para outra eticamente responsável. Portanto, ainda que leve um tempo para que definições como o é considerado vida e o que não o é e quando ela se inicia, com certeza em um futuro próximo haverão definições mais convincentes e precisas, respeitando conceitos éticos e sem temor dos avanços.

### REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código Civil comentado**. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: ed. Atlas, 2003, v. XVIII.

AMARAL, Francisco. **Introdução ao Direito Civil**. Ed. Renovar. São Paulo: 2003

BARROS, Sergio Resende de. **Direitos humanos da família: principais e operacionais**. Texto básico da palestra proferida em 3 de dezembro de 2003, no II Encontro de Direito de Família do IBDFAM/AM, realizado em Manaus, sob patrocínio da seccional do Amazonas do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: < [www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=86](http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=86) >. Acesso em: 20.05.2017.

BERNAL, Landazábal Adriana; ZÚÑIGA, Victor Andrés. **Reprodução Humana Assistida**. São Paulo: ed. Atheneu, 2003.

BERTONCINI, Carla; SANTOS, Felipe Moraes Rolim dos. **A personalidade civil dos nascituros e os seus reflexos jurídico-processuais**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 23, jan. 2016. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/273> >. Acesso em: 07 fev. 2017.

BRASIL. Lei da Biossegurança (nº 11.105/2005). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm) >. Acesso em: 25.05.2017.

CHINELLATO, Silmara Juny. **Código Civil interpretado**. Silmara Juny Chinellato (Coord.). Costa Machado (Org.). 3. ed. São Paulo: Manole, 2010. P.28.

COSTA, Paulo Sérgio Weyl A. **Direitos humanos em concreto**. ed. Juruá. Curitiba-PR, 2008.

DELGADO, Mário Luiz. **Código Civil anotado**. São Paulo: Método, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 35.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p 18.

\_\_\_\_\_. **O Estado Atual do Biodireito**. 2ª ed. Ed. Saraiva. São Paulo: 2002.

FIÚZA, Ricardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coords.). **Código Civil comentado**. 6. Ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 7.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Bioética e Biodireito: revolução biotecnológica, perplexidade humana e prospectiva jurídica inquietante**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/4193> >. Acesso em: 20.05.2017.

HIRONAKA, Giselda; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (coords.). **Procriação, medicamento assistida e relação de paternidade**. In: Temas atuais Direito de família e das sucessões. Ed. Método. São Paulo: 2009.

**HOJE na História: 1978 - Na Inglaterra nasce o primeiro bebê de proveta**. São Paulo, 25/07/2011. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/13783/hoje+na+historia+1978++na+inglaterra+nasc+e+o+primeiro+bebe+de+proveta.shtml>>. Acesso em: 20.05.2017

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo, 2000, p.61.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 8º ed. Editora Método. São Paulo-SP. 2012.

SCHEFFER, Bruno Brum et. al. **Reprodução Humana Assistida**. São Paulo: Editora Atheneu, 2003.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética; I – Fundamentos e Ética Biomédica**. São Paulo, Edições Loyola, 1996, p. 23.

**STF realiza nesta sexta-feira (20) audiência pública para discutir a Lei de Biossegurança**. 19 de Abril de 2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69647> >. Acesso em: 20.05.2017

**STF libera pesquisas com células-tronco embrionárias**. 29 de Maio de 2008. Disponível em: < <http://stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=89917> >. Acesso em: 20.05.2017.

TARTUCE, Flávio. **A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no Direito Brasileiro.** In: Questões controvertidas do Código Civil. Parte Geral. Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves (Coords.). São Paulo: Método, 2007. V. 6, p. 83-104 e In: Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso- Brasileiro, n. 33, 2007, p. 155-177.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil. Direito Das Sucessões - Vol. 6 - 6ª Ed.,** Editora Método. São Paulo, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões.** São Paulo: Atlas, 2003. v. 6, p. 256.

---

# RESGATE DO IDEAL DEMOCRÁTICO NO DIREITO AMBIENTAL PLANETÁRIO

---

Ana Carolina Olsen<sup>1</sup>

Vladimir Passos de Freitas<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

Notícias sobre desastres ambientais deixaram de ser algo excepcional, mas passaram a frequentar o cotidiano das pessoas. Um terremoto na Itália, um tufão na América Central e no Sul dos Estados Unidos. Geleiras desaparecendo em prejuízo da vida marinha, da saúde do oceano, em comprometimento não mais hipotético, mas real, de praias inteiras. Mais grave do que o amesquinamento das tragédias ambientais, com elevados custos humanos, é o fato de que as sociedades sabem que seu modo de produção comprometerá a sobrevivência do homem na Terra. Algo precisa ser feito urgentemente. Mas, como bem colocou Gabriel Ferrer (2002, p. 33), em um momento em que não é mais possível errar, nem esperar, “*hemos esperado y nos estamos equivocando demasiado*”.

Diante desse quadro, o direito ambiental deixou de ser exclusivamente estatal, mas passou a ser internacional. A soberania não pode mais ser absoluta para autorizar que os Estados continuem explorando os recursos naturais à exaustão, em processos poluentes que comprometem de forma incalculável a vida de milhões.

Todavia, o direito internacional – apesar de avanços inegáveis como se pode depreender do Acordo de Paris, de 2015, ainda está longe de ser plenamente eficaz na determinação de que os Estados adotem políticas e técnicas que respeitem o meio ambiente. É diante dessa preocupação que Gabriel Ferrer elaborou a proposta de um Direito Ambiental Planetário, que se coloque acima de todos os Estados soberanos para impor medidas quiçá impopulares, mas necessárias para a proteção dos ecossistemas, a fim de garantir a sobrevivência humana. Sugere impor,

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, na Área de Direito Socioambiental, Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, Professora de Direitos Humanos na Faculdade Cenecista de Joinville, SC.

<sup>2</sup> Professor doutor de Direito Ambiental e Sustentabilidade do Programa de Pós-Graduação (mestrado e doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Desembargador Federal aposentado, ex-Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, Brasil.

efetivamente, à revelia dos processos democráticos tais como praticados nas esferas nacionais. Sua proposta instiga reflexão.

O objetivo do presente estudo é partir do reconhecimento de um direito ambiental internacional que responda aos desafios da globalização e dos problemas ambientais transfronteiriços, e relativize o conceito de soberania, para insistir na sua perspectiva democrática, voltada para a necessidade de diálogo entre os povos e troca de conhecimentos, não mera imposição de uma agenda ambiental pensada unilateralmente.

Para tanto, e fazendo uso do método dialético, e da pesquisa bibliográfica, pretende-se promover uma compreensão crítica do Direito Ambiental Planetário proposto por Ferrer, sem desprezar a boa intenção ecológica, a fim de remontar a noção de soberania, bem como alertar para a necessidade de uma formulação democrática das obrigações ambientais. A questão é que os Estados, quando comparecem no plano internacional para o fim de se ocupar de interesses que ultrapassam suas fronteiras, devem agir dentro de alguma dimensão de soberania, pois precisam levar à arena transnacional certos conhecimentos e tradições que foram moldados especificamente para a proteção dos seus ecossistemas. A soberania é necessária para preservar esses conhecimentos, em detrimento de uma racionalidade ocidental e moderna que pode ser incompatível com certas realidades naturais. A deliberação democrática, por sua vez, é o instrumento essencial para dar voz a todos os Estados de forma igualitária, e permitir que todos os povos sejam escutados. As obrigações aceitas voluntariamente são legítimas e implementadas de forma mais duradoura e eficaz. A imposição unilateral, ainda que bem intencionada, gera resistência e conflito. E se o tempo é curto, como coloca Ferrer, o conflito se torna um mal a ser evitado.

## **1 A CONCEPÇÃO RELATIVA DE SOBERANIA DIANTE DA INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL**

Os fenômenos ambientais não respeitam fronteiras políticas. Diante dessa constatação inelutável, a humanidade tem percebido, da pior forma, que a degradação ambiental decorrente do aceleração industrial e econômico ocorrido nos últimos dois séculos toca a todos, prejudicando de forma ainda mais severa as comunidades menos favorecidas do globo.

Aliada ao processo de globalização, que interligou todas as relações econômicas e sociais entre os países, surge a imprevisibilidade das consequências advindas de um mundo que avança tecnologicamente em progressão geométrica, como coloca Ulrich Beck (2011, p.32-33) quando enuncia a sociedade de risco: o mundo convive com ameaças invisíveis, que talvez sequer sejam sentidas no espaço

de uma geração, fugindo completamente aos meios racionais de calculabilidade. Como alertam Morato Leite e Ayala (2004, p. 18), esses riscos se caracterizam por transcenderem limitações espaciais ou temporais; não atenderem a regras de causalidade e aos sistemas de responsabilidade; e, o que seria mais grave, por não serem passíveis de compensação pecuniária, pois seus efeitos são irreversíveis. Dentro dessa lógica, o direito doméstico concebido em uma arena política protegida pela soberania nacional deve passar por necessária revisão.

A soberania que conforma o Estado enquanto ente político precisou também passar por um processo de “esverdeamento”, como menciona Gonzalo Aguilar Cavallo (WEB). É nessa linha que Morato Leite e Ayala (2004, p.31). reconhecem o nascimento de um Estado de Direito Ambiental, focado no desenvolvimento sustentável e na proteção do meio ambiente, sem, contudo, descuidar dos aspectos democráticos (e, portanto, plurais) e sociais. Entretanto, apesar de relevante, não é suficiente que se incumba os Estados de criar sistemas jurídicos focados na proteção ambiental se a sociedade anda em marcha acelerada para a poluição e a degradação ambiental, gerando resultados imprevisíveis e incalculáveis.

Com esse panorama, tornou-se evidente que as respostas que o Direito poderia dar não poderiam ser exclusivamente de caráter nacional. Esta preocupação foi evidenciada, inicialmente, pela Declaração de Estocolmo de 1972, na qual os países se reuniram para formular um documento internacional que reconhecesse a importância do meio ambiente para o desenvolvimento humano. A partir de então, proliferaram tratados e declarações internacionais de proteção ao meio ambiente, tanto de caráter geral quanto de proteção específica, sendo que a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, adotada pela Conferência das Nações Unidas de 1992 (ECO 92) tornou-se verdadeira carta magna de princípios que passariam a orientar a ação humana em prol da proteção do meio ambiente, levando especialmente em conta que a preservação ambiental é algo imprescindível para as presentes e futuras gerações (SOARES, 2001, p. 70-80, *passim*).

A construção de um direito internacional ambiental pressupõe, assim, uma nova concepção de soberania, que permita que o Estado assuma compromissos e responsabilidades perante os demais em prol da proteção do planeta. Porém, com a evolução do direito internacional – inclusive do ambiental, que deixa de ser exclusivamente formado por Declarações sem aspectos coercitivos, para passar a ser aplicado aos Estados a partir de Cortes de Direitos Humanos, a soberania passa a ser relativizada. Mais precisamente, ela é limitada por um direito supranacional que protege os valores mais caros à humanidade: os direitos humanos.

Nessa linha, é possível defender um meio ambiente saudável como direito humano corolário do direito à vida, reconhecido pela Convenção Americana de

Direitos Humanos, bem como outros tantos tratados internacionais, de modo que se impõe exigir também do Estado que adote medidas para evitar os riscos ao meio ambiente, e mecanismos efetivos de atuação em casos de dano iminente ou presente (CANÇADO TRINDADE, 1993, p. 75). Significa, portanto, que “a proteção do meio ambiente não é matéria reservada ao domínio exclusivo da legislação doméstica dos Estados, mas dever de toda a comunidade internacional”, na medida em que “tem por finalidade tutelar o meio ambiente em decorrência do direito à sadia qualidade de vida” (MAZZUOLI, 2007, p.177).

Todavia, a mitigação da soberania não se verifica uniformemente no globo, especialmente quando o tema é desenvolvimento econômico e o perigo que ele acarreta para o meio ambiente. Como observa Piovesan, se de um lado os países desenvolvidos têm problemas ambientais decorrentes da industrialização e do avanço tecnológico, os países periféricos enfrentam desastres que se agravam em virtude da pobreza, da falta de estrutura e da exclusão social. Essas assimetrias globais devem ser levadas em consideração quando se determina, em caráter mundial, a defesa do desenvolvimento sustentável<sup>3</sup>. Nessa linha vem a crítica de Freitas e Hey (s.d., p. 11), na medida em que de um lado diversos países mantêm seus elevados índices de poluição, em busca de um maior desenvolvimento econômico, de outro, há países com grandes quantidades de recursos naturais intocados, atraindo os olhos de Estados já exauridos ambientalmente (COMPARATO, 2016, 445-446). Paralelamente, há recursos naturais que ultrapassam as fronteiras de um Estado – como a floresta amazônica – e que só por isso exigem um tratamento transnacional alinhado em regime de cooperação e solidariedade.

Nessas condições, a proteção ambiental não poderia ser controlada por organismos internacionais centralizadores, “donos da verdade” sobre a preservação dos ecossistemas. A grande dificuldade é, certamente, promover um arrefecimento da soberania em regime de solidariedade e cosmopolitismo, como ressalta Habermas:

A questão decisiva é, portanto, se pode surgir uma consciência da obrigatoriedade da solidariedade cosmopolita nas sociedades civis e nas esferas públicas políticas dos regimes geograficamente amplos que estão se desenvolvendo. Apenas sob essa pressão de uma modificação da consciência dos cidadãos, efetiva em termos da política interna, a autocompreensão dos atores capazes de atuar globalmente também poderá se modificar no sentido de eles se compreenderem cada vez mais como

---

<sup>3</sup> Compreendido este como “o desenvolvimento que atende às necessidades do presente, sem comprometer a capacidade das futuras gerações atenderem às suas próprias necessidades”, tal como definido pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 61.

membros do quadro de uma comunidade internacional e que, portanto, se encontram tanto submetidos a uma cooperação incontornável como também, consequentemente, ao respeito recíproco dos interesses (HABERMAS, 2001, p. 72-73).

Com foco nessa concepção de “pressão para a modificação da consciência dos cidadãos”, Gabriel Real Ferrer elaborou uma proposta de severo comprometimento das soberanias nacionais em prol da preservação ambiental, qual seja, o direito ambiental planetário.

## 2 O DIREITO AMBIENTAL PLANETÁRIO DE GABRIEL REAL FERRER

Ferrer observa que os espaços e os recursos naturais na Terra são limitados e apenas recentemente o homem passa a ter que viver com essa perspectiva restrita em sua historicidade. Ele precisa aprender a viver com o que tem (FERRER, 2002, p. 37). Para que isso seja possível, Ferrer defende que o homem se veja juridicamente obrigado a ser solidário, em um panorama internacional de governança ambiental com fortalecimento e prevalência do político sobre o econômico (FERRER, 2002, p.43). Estes são os pilares do Direito Ambiental Planetário, cuja proposta não perde de vista o viés antropocêntrico (FERRER, 2012, p. 312).

O direito ambiental internacional que se erigiu a partir dessa preocupação, contudo, ainda não garantiria uma ação coordenada e eficaz entre todos os países, já que não logra impor suas decisões à vontade soberana dos Estados (FERRER, 2002, p. 54).

O Acordo de Paris parece apontar para uma mudança histórica nesse quadro. Em 2015, 195 países assinaram um acordo visando reduzir drasticamente as emissões de carbono e procurar conter o aquecimento global em 2º C. Em tempo recorde, antes de completar um ano, o acordo entrou em vigor (ACORDO, 2016). Dentre os países que o ratificaram, estão as potências mundiais China e Estados Unidos, algo efetivamente inédito em termos de tratados ambientais (ESTADOS UNIDOS, 2016).

O otimismo merece ser, contudo, devidamente ponderado. Como coloca Smith, “*the harder challenge lies ahead*”, na medida em que o acordo foi tão somente fruto da vontade soberana dos Estados participantes, que em momento algum aceitariam reduzir ainda mais as emissões. Como a história tem demonstrado, a eleição de Donald Trump para Presidente dos Estados Unidos têm ameaçado o frágil acordo político conquistado, evidenciando que estados soberanos podem, a qualquer momento, abandonar seus compromissos. Como coloca Smith, embora os avanços

tecnológicos sejam relevantes, as receitas básicas e impopulares de redução urgente de gases se mantêm. Seria o caso de se preparar para o pior (SMITH, 2016, p.44).

Colocar toda essa expectativa de contenção das mudanças climáticas em um acordo que dependerá, sobretudo, da boa vontade das nações não se mostra como uma solução adequada para Ferrer. O sucesso diplomático do acordo é atribuído ao fato de os países terem apresentado, voluntariamente, as metas e as condições que assumirão para reduzir a emissão dos gases de efeito estufa. Todavia, em muitos deles, uma imensa cadeia produtiva precisaria, em certa medida, transitar da energia fóssil para energias limpas como a eólica ou a solar. No Brasil, as coisas parecem andar na contramão: o Congresso está para decidir uma flexibilização no licenciamento ambiental, e adotar medidas de incentivo às usinas termoelétricas (AMARAL, 2016).

Preocupado com a efetividade dos mecanismos de proteção ambiental, Ferrer propõe o reforço institucional da Comunidade Internacional mediante a superação do multilateralismo para o fim de (i) criar um “setor público internacional”, capaz de intervir, ainda que em regime de monopólio, nos processos econômicos globais; e (ii) providenciar a extensão e a definição de um regime jurídico internacional de proteção dos bens comuns, “mundializando” recursos estratégicos (FERRER, 2002, p. 55).

O Direito Ambiental Planetário por ele idealizado tem como sujeito e destinatário toda a espécie humana, o que só seria possível a partir de um novo contrato social que permita a criação de mecanismos institucionais no plano internacional a fim de materializar o princípio da solidariedade na proteção ambiental. Nesse âmbito, assim como Beck, Ferrer (2002, p. 56) defende que é o enfrentamento dos riscos comuns que fará com que todas as pessoas se percebam membros de uma comunidade global. Mas essa mudança necessita, necessariamente, de uma nova concepção cultural que permita o homem tratar de forma diferenciada o meio em que vive. Mudanças tecnológicas não conseguirão, na visão de Ferrer (2016, p. 313), solucionar o fim da espécie humana na Terra se a forma de viver, de uma forma mais profunda e total, não for revista.

Por favorecer os espaços transnacionais, o Direito Ambiental Planetário seria capaz de atender às necessidades de proteção do meio ambiente a partir de pautas comuns, mediante estratégias transnacionais de governança, regulação e intervenção. O modelo individualista e patrimonial com o qual o homem vinha tratando os recursos naturais deveria necessariamente ceder em prol de um sistema político e jurídico de prevalência do interesse geral, seja sobre Estados, empresas ou indivíduos (SOUZA, 2013, p. 166; 169).

A transnacionalidade, nesse caso, é corolária da globalização e corresponde a um fenômeno que reconhece a existência de temas que devem ser

tratados por todos, independentemente do Estado a que pertencem. Ela implica ver nos Estados entidades políticas totalmente permeáveis e abertas, submetidas a uma proteção jurídica construída em escala planetária (SOUZA, 2013, p. 173).

A soberania, segundo essa concepção, passa a ser vista como um entrave a ser vencido, já que, como defende Ferrer (2002, p. 61), seria necessário “*excluir la proyección de la soberanía sobre determinados recursos y atribuir su gestión a entes supraestatales representativos de la especie*”. Seria o caso, portanto, de eleger um grupo de sábios capazes de gerir o patrimônio ambiental mundial em benefício de todos. Nessa linha, Ferrer chega a reconhecer que a proteção ambiental justificaria o sacrifício da democracia:

Sin embargo, hay que adoptar esas decisiones, hay que hacerlo ya y hay que hacerlo con efectos concertados en todos los países. La especie debe dotarse de mecanismos de decisión, pero hay que asumir que no pueden ser democráticos y, por tanto, no aspirar ni a que lo sean ni a que lo parezcan. Hay que progresar en la gobernabilidad de los intereses comunes de la especie creando instituciones que adopten e impulsen decisiones efectivas buscando la representatividad del conjunto de individuos del Planeta en criterios distintos a los que aquí y ahora entendemos como democráticos (FERRER, 2002, p. 62).

A democracia que ele condena é a democracia de partidos políticos em disputa pelo poder, de olhos nos votos. A democracia que se materializa pela regra da maioria não permitiria que se tomassem decisões responsáveis por sacrifícios atuais em prol de hipotéticos benefícios futuros. Manifesta-se o autor em profunda descrença de um dia em que as pessoas tomarão medidas solidárias em prol do meio ambiente, como resultado de uma educação ambiental, seja porque não haveria tempo para formar uma maioria de pessoas com essa consciência, seja porque a humanidade não estaria precisamente nesse caminho (FERRER, 2002, p. 61-62).

A proposta de Gabriel Ferrer – formulada diante de um grave pessimismo que se corroborava com o início do século XXI, em que acordos mundiais em prol da defesa do meio ambiente não logravam ganhar credibilidade – demonstra sua inequívoca preocupação com a preservação ambiental. Mas apontar para instituições mundiais de controle, dotadas de evidente carga de autoritarismo, parece não ser uma saída viável. Na medida em que o valor democrático desaparece para autorizar medidas de força, fica difícil criar mecanismos de proteção em face daquela elite transnacional que saberia melhor como proteger o meio ambiente. Quem seriam eles? Como seriam escolhidos? E, talvez a pergunta mais inoportuna, como se daria o controle de suas ações?

A saída para a proteção ambiental precisa passar pelo diálogo, e, inevitavelmente, pela democracia, já que a “institucionalização de procedimentos para a sintonização mundial dos interesses, para a universalização dos interesses e para a construção criativa de interesses comuns não poderá se consumir na figura organizadora de um Estado mundial”, mas deve estar atenta à independência, às vontades e às características particulares de cada Estado (HABERMAS, 2001, p. 74).

### **3 A IMPORTÂNCIA DA PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA NA PROTEÇÃO AMBIENTAL**

Não há direito a um meio ambiente saudável sem sociedade. Não há proteção a esse mesmo meio ambiente sem organização social. Sempre que o homem pensa a natureza, pensa a partir de sua condição humana. Como bem ensina Beck (2011, p. 99), “problemas ambientais *não* são problemas do meio *ambiente*, mas problemas completamente – na origem e nos resultados – *sociais, problemas do ser humano*, de sua história, de suas condições de vida, de sua relação com o mundo e com a realidade, de sua constituição econômica, cultural e política”.

Em sendo o problema ambiental um problema humano, ele não pode prescindir do respeito às diferentes formas de vida, aos povos de uma forma geral. É certo que isso não significa que limites à exploração dos recursos naturais não precisem ser urgentemente impostos, que o aquecimento global não precise ser contido, que o homem não precise passar por uma revolução cultural que o permita enxergar sua existência de outra forma, menos extrativa e mais harmoniosa com a natureza. Mas o que se coloca em xeque é que essa mudança cultural precisa efetivamente brotar dentro das sociedades, dos Estados. Mudanças comportamentais impostas de forma coercitiva e não dialogada tendem a render ressentimentos, e em um processo evolutivo quase certo, violência e guerra. Afinal, como já havia alertado Beck (2011, p. 34-35), também não há “certeza científica suficiente a respeito dos caminhos a serem trilhados para a preservação ambiental”, pois como toda produção humana, a ciência é permeada pela cultura.

Justamente por isso se faz necessário pensar a proteção ambiental em um mundo cosmopolita e democrático. O homem titular do meio ambiente saudável é uma pessoa concreta, socialmente inserida, e deve ser pensada dessa forma, em respeito a suas particularidades (CANÇADO TRINDADE, 1993, p. 50). A lógica de um direito ambiental internacional precisa estar atenta a essa realidade.

Em primeiro lugar, a soberania dos Estados, ainda que profundamente relativizada, ainda tem um importante papel a cumprir no sistema global. Afinal, como

o Acordo de Paris evidencia, somente através do exercício de sua vontade soberana os países aderem a compromissos internacionais que determinem responsabilidades e obrigações relativas à proteção ambiental. Trata-se de um papel ativo dos Estados em livremente comprometer-se perante os demais (FIGUEIREDO, 2012, p. 150).

De fato, todo o sistema internacional acaba exigindo, de um lado, a existência da soberania na medida em que as obrigações não podem ser arbitrariamente impostas aos Estados, mas eles devem voluntária e livremente a elas aderir, a fim de desencadear a possibilidade de *international accountability*. Nesse aspecto, quando Ferrer sugere um novo Pacto de Estados, pressupõe que esses Estados sejam soberanos e independentes para celebrá-lo. A soberania, paradoxalmente, só pode ser mitigada mediante seu próprio exercício.

Assim, a soberania merece, de fato, ser remodelada, para ser teleológica e axiologicamente informada.

Dentro de uma concepção ética de Direito Ambiental (para além das obrigações jurídicas), a soberania deveria proteger os Estados apenas e na medida em que estejam comprometidos com a preservação ambiental. Já se fala em uma soberania enquanto categoria relativa, segundo a qual ela serve como um instrumento a serviço do ser humano a fim de justificar o exercício do poder estatal (PETERS, 2009, *passim*). Esta soberania – construída precisamente para proteger os Estados que atuam em prol da preservação ambiental – acaba por autorizar a atuação de órgãos supranacionais em defesa dos direitos humanos, interferindo inclusive na aplicação do direito interno. Assim, poder-se-ia ir além para falar em uma soberania como instrumento legitimador dos atos protetores do meio ambiente, e, *contrario sensu*, autorizadora de *international accountability* em casos de violação.

Como defende Ramos (2016, p. 54), a *accountability* corresponde a um mecanismo de responsabilização dos Estados por suas ações perante os sistemas internacionais, sendo um ingrediente essencial garantidor da própria juridicidade desses sistemas. Ela implica não só reparação de danos – mas exige transparência e precaução, e tem por fundamento o princípio da igualdade soberana entre os Estados. Significa reconhecer que, na medida em que os Estados assumem o compromisso de proteção ambiental, todos têm idêntico dever jurídico com essa implementação. Dessa forma, um Estado não pode reivindicar para si uma condição jurídica que não reconhece os demais.

Crucial em todo o processo de reconhecimento de um direito internacional ambiental – e de mecanismos capazes de implementá-lo – é, ao lado de reconhecer uma certa dimensão da soberania, ainda que relativa e teleologicamente estruturada, manter a todo custo a perspectiva democrática. Uma governança global só pode ser pensada em respeito às particularidades, características, historicidade das

sociedades que compõem os Estados. Tal como sugere Andersen em seu parlamentarismo mundial, a democracia é um ingrediente essencial.

A democracia remonta à ideia de participação cidadã na tomada de decisões a respeito das coisas comuns – se não diretamente, ao menos através de representantes. A partir do momento que essa esfera de tomada de decisões se distancia para um plano internacional intocável, ela fica comprometida em sua legitimidade. A proteção do meio ambiente precisa passar por um processo de incorporação cultural, ainda que se saiba que o discurso não atingirá a todos, que atinja a maior parte da população. Não se pode desistir desse processo de deliberação pública com argumentos capazes de convencer sobre o valor ético de se preservar o meio ambiente, pois é no espaço do diálogo público que decisões legítimas são tomadas e podem ser efetivamente cumpridas. Decisões políticas que não são reconhecidas só serão cumpridas por meio de coação. E coação internacional, no nível proposto por Ferrer, poderia implicar uma ditadura global da proteção ambiental. E isso poderia levar a uma guerra sem precedentes.

Um governo mundial de notáveis não se sustentaria. Como ensina Dahl (2001, p. 47), chefes de regimes não-democráticos em geral tentaram justificar o seu domínio recorrendo à velha exigência de que as pessoas simplesmente não têm competência para participar do governo de um Estado. Segundo esse argumento, a maioria estaria bem melhor se deixasse o complicado problema do governo nas mãos dos mais sábios. Todavia, segundo o autor, é possível defender a democracia a fim de evitar a tirania, promover direitos essenciais, como o direito ao meio ambiente sadio; gerar o maior desenvolvimento humano, o que é essencial para uma conscientização das pessoas acerca da solidariedade e do seu dever para com o meio ambiente; e promover igualdade política, em combate às assimetrias globais possibilitando que o direito ambiental seja um dever assumido com igual responsabilidade por todos os países.

Além disso, os regimes democráticos permitem que se chegue a soluções pacíficas através de processos deliberativos em que todos tenham espaço e vez para argumentar seus interesses. E se existem assimetrias globais, elas só podem ser resolvidas democraticamente. A imposição de obrigações tão graves como as necessárias para a proteção ambiental por um governo global formado à revelia dos processos democráticos pode desencadear descontentamentos que eventualmente levem ao conflito – o que certamente será prejudicial ao meio ambiente.

Somente processos efetivos de participação e deliberação entre as nações, e entre os povos, podem promover uma revolução cultural que de fato implemente um direito ambiental internacional. Para tanto, necessária a participação efetiva dos cidadãos na esfera ambiental, o que pressupõe o acesso à informação, a liberdade de expressão e o acesso à justiça (CAVALLO, 2016). É precisamente nesse caminho

que devem seguir os acordos internacionais (como o Acordo de Paris): garantir transparência entre as ações praticadas pelos Estados para, com isso, gerar a possibilidade de fiscalização do cumprimento das obrigações assumidas. Além da transparência no plano internacional, é fundamental que ela se verifique no plano interno, de modo a capacitar cada cidadão como um agente fiscalizador da proteção ambiental.

Em estudo recente, Gabriel Ferrer mostrou-se preocupado com essa participação democrática, na medida em que defendeu um conceito de cidadania global como única alternativa para realização de um Direito Ambiental capaz de promover um desenvolvimento sustentável. Para tanto, Ferrer (2012) sugere a formação de “sujetos activos conscientes de su papel protagónico tanto en el plano local como en el global, comprometidos en la construcción de una sociedad más justa y sostenible.”

Seu conceito de cidadania global, todavia, pressupõe elementos que são de difícil congregação em uma sociedade mundial globalizada, porém essencialmente plural: o compartilhamento de valores éticos e morais que pautem a sua existência, como responsabilidade, compromisso, solidariedade, equidade e honestidade (FERRER, 2012). O conteúdo preciso a ser determinado por cada um desses valores necessariamente passará por filtros culturais que não podem ser desprezados, e que podem levar a resultados diversos. É justamente esse pluralismo que só poderia ser resolvido em um ambiente democrático – o que Ferrer não deixa evidente. A imposição de valores jamais poderia promover a revolução cultural duradoura e sólida que a proteção ambiental necessita.

A par dos meios de proteção ambiental idealizados pelos países desenvolvidos, existem conhecimentos que não podem ser desprezados. Embora a configuração de padrões mínimos de preservação ambiental admita uma coloração global (CAVALLO, 2016), é necessário enfatizar que técnicas e teorias regionais precisam ganhar espaço – o que só é possível em um ambiente em que todos os povos são ouvidos. São diversos os ecossistemas, diversas também as formas de sua proteção. Uma preocupação mundial com o planeta não pode autorizar a colonização de todos os saberes e de todas as nações por uma racionalidade capitalista ocidental, de modo a gerar o “epistemicídio” dos demais saberes (CHRISTMANN, 2014, p. 137-140).

Como salienta Sarmiento (1999, p. 60), “a enorme heterogeneidade cultural dos povos do mundo torna extremamente complexo o estabelecimento de denominadores comuns na tutela dos direitos humanos”.<sup>4</sup> A formação de uma

---

<sup>4</sup> SARMENTO, Daniel. Constituição e Globalização: A crise dos paradigmas do Direito Constitucional. In: *Anuário Direito e Globalização*, 1: A soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 60. Também não se pode olvidar a inexistência de mecanismos coercitivos de eficácia global. Nessas condições, instituições

consciência global – uma cidadania global – implica processos democráticos que fortaleçam a essencialidade e urgência de se adotar medidas de preservação e recuperação ambiental. Nesse sentido, a educação ambiental condizente com um ambiente democrático não pode ser imposta, mas dialogada, como resultado de um ambiente cosmopolita. Para tanto, deve estar “embasada em fundamentos renovados [...]”: precisa buscar a emancipação do indivíduo, deve visar à transformação social e se realizar na práxis social” (CHRISTMANN, 2014, p. 143-145).

Dentro desse viés, o direito ambiental internacional implica, por certo, a flexibilização da soberania e o fortalecimento de um fundamento ético universal, a preservação do meio ambiente. Todavia, a soberania se mantém como condição igual de participação dos Estados no plano internacional, como instrumento de diálogo que respeita os saberes dos diversos povos que habitam as fronteiras políticas. Em um mundo inevitavelmente plural, a solução para os problemas precisa passar pelo diálogo aberto, informado e livre. A solução deve ser inevitavelmente democrática.

### **CONCLUSÃO**

A sociedade atual exige tomada de decisão enérgica em prol da proteção ambiental. Na medida em que a ciência tem logrado demonstrar que a manutenção dos níveis atuais de poluição determinará o comprometimento da vida humana na Terra, é possível defender que ações voltadas para a redução da poluição e preservação dos ecossistemas devam ser fruto de projetos coordenados entre os Estados, pautados por um Direito Ambiental Internacional.

Para tanto, a soberania não mais pode ser vista de forma autocentrada – nem mesmo se for para respeitar a vontade democrática do povo – pois em uma sociedade de risco decisões tomadas em um Estado podem atingir, de forma imprevisível, todos os demais. Todavia, a relativização da soberania não poderia implicar sua completa anulação, já que, em alguma medida, os Estados compõem no plano internacional justamente em função dessa soberania que, ao menos num plano ideal, é a mesma para todos. Nesse plano, a partir de uma tomada de consciência global, podem tomar decisões voluntária e autonomamente, para adotar mecanismos de preservação ambiental. Se o globo precisa de uma nova organização política, é preciso encontrar aqueles que respeitem a democracia.

---

de âmbito regional – como os sistemas interamericano, europeu e africano – têm melhores condições de implementar obrigações ambientais. Nessa linha, vale especial menção o sistema africano de proteção dos direitos humanos, que prevê o direito dos povos africanos a um “meio ambiente satisfatório”. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 234-235.

Nessa qualidade, a soberania deve assumir um caráter instrumental – de modo que ela servirá para preservar uma condição de igualdade dos Estados no plano internacional, para que possam deliberar livremente, e autorizar a proteção dos Estados em face da ingerência externa, sempre que estiverem agindo em respeito ao meio ambiente. Um direito ambiental planetário, tal como proposto por Gabriel Real Ferrer procura vencer de forma radical a soberania para autorizar um governo global que determine ações de sacrifício atual em prol de benefícios futuros. Ainda que a pauta seja eticamente defensável, ela fica comprometida na medida em que não prevê mecanismos de controle para essas instituições globais de proteção ambiental, as quais podem agir sem respeitar epistemologias, técnicas e tradições locais extremamente valiosas para a proteção ambiental.

Por melhor que seja a intenção, a imposição autoritária de medidas carece de legitimidade e pode, a curto ou longo prazo, comprometer resultados. Afinal, o relacionamento com o meio ambiente toca de perto o modo de vida de cada povo, as riquezas e necessidades de cada nação. O mapa político mundial é profundamente desigual em termos de exploração econômica, poluição, distribuição de riqueza e patrimônio natural. Estas assimetrias poderiam ser aprofundadas pela elaboração de um governo global voltado para a determinação de medidas de preservação do meio ambiente. Quem seriam aqueles dotados de representatividade para defender princípios universais de proteção ambiental? E se eles errassem?

Uma revolução cultural – como a necessária para que o homem remodele sua compreensão de subsistência, de convívio com a natureza – precisa ser erigida a partir da deliberação que respeite os conhecimentos advindos de todos os cantos do planeta. São diversos os ecossistemas, assim como os grupos humanos e os saberes por eles produzidos. Como já dizia Beck, o problema do meio ambiente é um problema humano, causado pelo homem e cujas consequências serão suportadas pelo homem. Não o homem como espécie, abstrato, ideal. O homem com uma vida concreta, dotado de historicidade, cultura, identidade própria.

Nessas condições, todos merecem voz para a construção de um direito ambiental verdadeiramente democrático.

## REFERÊNCIAS

ACORDO do Clima de Paris entra oficialmente em vigor nesta sexta-feira. In: *G1*, 04 nov. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/natureza/noticia/2016/11/acordo-do-clima-de-paris-entra-oficialmente-em-vigor-nesta-sexta-feira.html>>. Acesso em: 6 nov. 2016.

AMARAL, Ana Carolina. Acordo de Paris entra em vigor em tempo recorde. In: *Folha de S. Paulo*, 06 nov. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2016/11/1829605-acordo-de-paris-entra-em-vigor-em-tempo-recorde.shtml>>. Acesso em 06 nov. 2016.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos Humanos e Meio-Ambiente: Paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. *Principios fundamentales constitucionales, la protección multinivel del medio ambiente y el derecho a la participación ambiental*. In: Jornadas Chilenas de Derecho Público, 43. Disponível em:

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:bQoDaJjHNNEJ:www2.udec.cl/XLIIIJornadasderechopublico/ponencias/Constitucional/Gonzalo%2520Aguilar%2520Cavallo%2520Principios%2520fundamentales%2520constitucionales%2520y%2520la%2520proteccion%2520multinivel%2520del%2520medio%2520ambiente.doc+&cd=13&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 29 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Direitos Humanos e Meio Ambiente. In: *Seminário de Direitos Humanos nas Américas*. Lançamento da Clínica de Direitos Humanos do PPGD, 2, 2016, Curitiba, Salão Nobre da Escola de Direito da PUC/PR.

CHRISTMANN, Luiza Landerdahl; ARMADA, Charles Alexandre Souza; VIEIRA, Ricardo Stanzola. Educação Ambiental, Epistemologias do Sul e Novo Constitucionalismo Latino Americano: Contribuições para Emancipação Social e Evolução do Direito Ambiental e da Sustentabilidade. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Heloíse Siqueira. *Lineamentos sobre Sustentabilidade Segundo Gabriel Real Ferrer*. Itajaí: UNIVALI, 2014. Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. Acesso em: 10 out. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Brasília: UNB, 2001.

DINIZ, Luciano. A Influência do Direito Internacional do Meio Ambiente na Construção de uma Nova Soberania dos Estados. In: *Revista de Direito Brasileira*, v.3, n. 2, 2012, p. 96-125. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5585%2F32>>. Acesso em: 20 out. 2016.

ESTADOS UNIDOS e China ratificam acordo do clima assinado em Paris. In: *G1*, 03 set. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/natureza/noticia/2016/09/estados-unidos-ratificam-acordo-do-clima-assinado-em-paris.html>>. Acesso em 5 nov. 2016.

FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. In: *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, Pamplona, España, v. 1, n. 1, oct-set 2002, p. 34-62.

\_\_\_\_\_. Calidad de Vida, Medio Ambiente, Sostenibilidad y Ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? In: *Novos Estudos Jurídicos*. Itajaí, v. 17, n. 3, set-dez 2012. Disponível em <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202/2413>. Acesso em 10 out. 2016.

FIGUEIREDO, Marcelo. La internacionalización del orden interno em clave del derecho constitucional transnacional. In: VON BOGDANDI, Armin; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Org.) *Estudios Avanzados de Derechos Humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 143-177.

FREITAS, Vladimir de Passos; HEY, Luciane. Limites à Soberania Internacional e a Proteção do Meio Ambiente em um Mundo Globalizado. In: *Publica Direito*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cf464bd17a01821f>>. Acesso em 20 out. 2016.

- HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o Direito Internacional do meio ambiente. In: *Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais*, n. 1, Cuiabá, jan-jun 2007, p. 169-196.
- PETERS, Anne. Humanity as the A and  $\Omega$  of Sovereignty. In: *The European Journal of International Law*. v. 20, n. 3, 2009, p. 513-544.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos. *Revista Centro de Estudos Jurídicos*, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/663/843>>. Acesso em: 30 jul. 2016
- SARMENTO, Daniel. Constituição e Globalização: A crise dos paradigmas do Direito Constitucional. In: *Anuário Direito e Globalização, 1: A soberania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 53-70.
- SMITH, Laurence C. Greenhouse Warming: Prepare for the Worst. In: *New York Review of Books*, v. LXIII, n. 15, New York, oct. 2016.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente: Emergência, Obrigações e Responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2001.
- SOUZA, Elaine Gonçalves Weiss de; NASCIMENTO, Eliana Maria de Senna do. Direito ambiental planetário e transnacionalidade: uma possibilidade de correção da deterioração do planeta. In: *Justiça do Direito*, v. 27, n. 1, jan./jun. 2013 - p. 161-188. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v27i1.4563>>. Acesso em 18 out. 2016.

---

# PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO AMBIENTAL APLICADO AO NOVO CÓDIGO FLORESTAL: JUSTIFICAÇÃO EXTERNA E INTERNA

---

**Gilberto Passos de Freitas<sup>1</sup>**

**Rogério Cangussu Dantas Cachichi<sup>2</sup>**

**Silmara Veiga de Souza<sup>3</sup>**

## INTRODUÇÃO<sup>4</sup>

O presente artigo fará breves apontamentos acerca da racionalidade argumentativa dos princípios a partir da aplicação do Princípio da Vedação do Retrocesso Ambiental ao Novo Código Florestal.

É um trabalho que gira em torno da hermenêutica, do direito como fenômeno linguístico, abordando a importância da interpretação. Colocando-se à prova o princípio da Vedação ao Retrocesso Ambiental aplicado ao Novo Código Florestal, testando-o em sua justificativa externa (fundamentos), e em sua justificativa interna (método e conclusão). Constitui-se em continuação de pesquisas elaboradas conjuntamente pelos autores.

Ao tratar da justificativa interna se demonstrará como a ponderação assume um papel de protagonista nas decisões judiciais, ainda mais quando se colocam princípios ambientais frente a outros princípios também de magnitude constitucional.

Sem a pretensão de esgotar o tema, tem por objetivo expor reflexões e propor algumas teses sobre argumentação com princípios no direito ambiental. Para

---

<sup>1</sup> Desembargador do TJ/SP, professor do mestrado e doutorado em Direito Ambiental da Universidade Católica de Santos.

<sup>2</sup> Juiz Federal da 4ª Região – Brasil.

<sup>3</sup> Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Católica de Santos. Advogada.

<sup>4</sup> Texto vinculado aos Projetos de Pesquisa: ao Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Vulnerabilidades da UNISANTOS, coordenadora Profa. Dra. Liliانا Jubilut; "Lógica, tempo e linguagem natural" (UEL), coordenador Prof. Dr. Carlos Luciano Manhóli; "GP CERTOS", coordenador Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa.

isso, o problema é colocado a partir de determinada assertiva sobre o princípio da vedação do retrocesso ambiental e o novo Código Florestal (Lei 12.651, de 25 de maio de 2012). Esse procedimento metodológico tem a vantagem de possibilitar a depuração e aplicação de conceitos lógico-jurídicos de hermenêutica constitucional no campo socioambiental. De efeito, convém desde logo sublinhar que o problema, a metodologia e as teses desenvolvidos no trabalho inserem-se nas dobras do eixo temático da *filosofia, política, argumentação e lógica*.

Identificada a utilização de princípios na base do argumento, problematiza-se o método adequado para lidar com eles com esteio na distinção estrutural entre regra e princípio como espécies de norma jurídica. Assim, estabelecida uma formulação mais rigorosa à aludida assertiva, esta será submetida a testes de justificação externa e interna com o escopo de apurar sua higidez metodológica.

O pano de fundo para a análise é o Direito como fenômeno linguístico. É na seara da linguagem que exames de discursos normativos e metanormativos devem transitar. Nesse contexto, desenvolve-se a discussão acerca da metodologia da argumentação jurídica com princípios, entendida essa como toda aquela que se embasa em tais vetores axiomáticos para estabelecer novas inferências e conclusões.

## 1 DIREITO COMO FENÔMENO LINGUÍSTICO

Na contemporaneidade, a superação do paradigma da razão pelo da linguagem rendeu ensejo a que respeitáveis correntes filosóficas admitissem diretamente que "*a linguagem deve ser tida como algo constitutivo do ser humano, algo imanente. A linguagem surgiu com o homem e o homem surgiu com a linguagem*"<sup>5</sup>, como destacou Reinhold Aloysio Ullmann, ao sintetizar correntes que consideram a *faculdade da linguagem* como algo dado, inerente ao ser humano, independente da experiência (da linguística estrutural de F. Saussure até gramática gerativa transformacional de N.Chomsky). "*Os limites da minha linguagem significam os limites do meu mundo*", expressou Wittgenstein no famigerado aforismo 5.6 do *Tractatus*<sup>6</sup>.

Do exercício de tal faculdade, advém a língua, fator social:

---

<sup>5</sup> ULLMANN, Reinhold Aloysio. **Antropologia: o homem e a cultura**. 3ªed. Petrópolis: Vozes, 1991, p.122.

<sup>6</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus lógico-filosófico**. 4ªed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008, p.114.

Mas o que é a língua? Para nós, ela não se confunde com a linguagem; é somente uma parte determinada, essencial dela, indubitavelmente. É, ao mesmo tempo, um produto social da faculdade da linguagem e um conjunto de convenções necessárias, adotadas pelo corpo social para permitir o exercício dessa faculdade nos indivíduos.<sup>7</sup>

De fato, no começo do séc. XX o pai da linguística moderna, Saussure concebeu a semiologia, "*uma ciência que estude a vida dos signos no seio da vida social*"<sup>8</sup>. Outrossim, juristas conceberam o direito também como produto social da linguagem. De outro lado, a ciência do direito emite discursos sobre tal tecido linguístico-normativo, constituindo-se, pois, em metalinguagem. Não poderia ser diferente. Lourival Vilanova preleciona, com a precisão que lhe é peculiar: "As normas estão no mundo do direito positivo; e as *descrições de normas* no nível do conhecimento jurídico. Linguagem *descritiva* aqui; linguagem *prescritiva* ali"<sup>9</sup>.

São linguagens: direito e ciência do direito. A segunda, em extensão, compreende o conjunto de todas as proposições que descrevem a linguagem do direito. Linguagens que são, tanto uma quanto outra admitem três níveis de análise: sintático, semântico e pragmático. O primeiro leva em conta a estrutura interna da linguagem (nível lógico); o segundo, o significado (nível conceitual ou interpretativo); o terceiro, a relação dos usuários com a linguagem (nível da aplicação):

O aspecto *pragmático* da linguagem concerne às características de sua utilização (motivações psicológicas dos falantes, reações dos interlocutores, tipos socializados da fala, objeto da fala, etc.) por oposição ao aspecto sintático (propriedades formais das construções linguísticas) e semântico (relação entre as unidades linguísticas e o mundo).<sup>10</sup>

Esses apontamentos relevam que proposições sobre o direito positivo submetem-se a testes de consistência nos diversos planos da linguagem. No plano sintático, consistência lógica; no plano semântico, validade conceitual; no plano pragmático, eficácia da proposição na influência e previsibilidade dos comportamentos dos destinatários da linguagem normativa (eficácia social das normas, previsibilidade das decisões judiciais e aplicações outras).

<sup>7</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. 6ªed. São Paulo: Cultrix, 1974, p.17.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p.24.

<sup>9</sup> Cf. VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: RT, 1977, p.25. Na mesma linha, outros juristas, todos de primeira grandeza, poderiam ser citados: Geraldo Ataliba, Paulo de Barros Carvalho, Eurico Marcos Diniz de Santi.

<sup>10</sup> *Pragmático*. In: DUBOIS, Jean; GIACOMO, Mathée; et alii. **Dicionário de linguística**. 8ªed São Paulo: Cultrix, 2001, p.480.

Claro que, constituindo-se por estruturas lastreadas em linguagem natural, é difícil separar o nível puramente sintático da linguagem do direito daquele nível semântico contido na linguagem natural que o constitui. O puramente sintático compreende regras de simples manipulação de símbolos. Contudo, interessa-nos de perto os níveis semântico e pragmático, visto que o significado tal como depurado pelos utentes da linguagem será elemento nodal na verificação a que nos propusemos. Transitaremos pelos quadrantes da proposição (significado do texto), não do enunciado (texto). Conseqüência disso é que a seguir a depuração da proposição objeto de análise se dá em nível semântico, tomando já em consideração unidades de significado dadas para se chegar ao significado final estabelecido pelo uso em contextos jurídicos. Daí a razão pela qual o objetivo, para além de descortinar a consistência lógica-deôntica, é anotar sua validade metodológica.

## 2 O PROBLEMA

Como não poderia deixar de ser, o problema em torno do qual gravita o texto constitui um objeto linguístico, a saber, este argumento: "*As disposições do novo Código Florestal que diminuíram a proteção do meio ambiente violam o princípio da vedação do retrocesso e, portanto, são inconstitucionais*". A proposta é analisar tal assertiva, desenvolvendo-a em sua melhor instância para submetê-la a sucessivos testes metodológicos com o objetivo de apurar sua higidez.

Evidentemente, a inferência refere-se à disposições da Lei 12.651, de 25 de maio de 2012, conhecido como novo Código Florestal. Pressupõe a afirmação que há disposições legais que reduziram a proteção ao meio ambiente em comparação com a legislação expressamente revogada no Brasil, qual seja, o antigo Código Florestal (Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965).

O mesmo argumento pressupõe, ainda, a existência do princípio da vedação do retrocesso como norma de nível constitucional, bem como a inconstitucionalidade daqueles dispositivos legais que o contrariem.

Bem se vê, pois, que o argumento de que "*As disposições do novo Código Florestal que diminuíram a proteção do meio ambiente violam o princípio da vedação do retrocesso e, portanto, são inconstitucionais*" constitui-se dos seguintes elementos. Ei-los: a) norma infraconstitucional que contraria norma constitucional é inconstitucional; b) o princípio da vedação do retrocesso é norma constitucional; c) disposições do novo Código Florestal violaram o princípio da vedação do retrocesso; d) disposições do novo Código Florestal são inconstitucionais.

Claramente, a última assertiva decorre das três primeiras. Noutros dizeres: se normas que têm a propriedade de ser infraconstitucionais e de contrariar a Constituição são inconstitucionais; se o princípio da vedação do retrocesso tem a

propriedade de ser norma e de ser constitucional; se algumas das disposições do novo Código Florestal tem a propriedade de ser normas infralegais e de contrariar o princípio da vedação do retrocesso; então algumas disposições do novo Código Florestal tem a propriedade de ser infraconstitucionais e de contrariar a Constituição, daí que essas disposições seriam inconstitucionais.

Interessa consignar que a investigação sobre objetos linguísticos não prescinde<sup>11</sup> da depuração tanto quanto possível da terminologia e do rigor na estrutura lógica da linguagem. Assim a formulação de juízos que se pretendam racionalmente fundamentados, como crítica intersubjetiva desses mesmos juízos *“...pressupõe clareza tanto acerca da estrutura das normas de direitos fundamentais quanto acerca de todos os conceitos e formas argumentativas relevantes para a fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais”*<sup>12</sup>. Deveras, *“se não há clareza acerca da estrutura dos direitos fundamentais e de suas normas, não é possível haver clareza na fundamentação nesse âmbito”*<sup>13</sup>. Não há dúvida acerca dos ganhos que tal clareza estrutural e conceitual produziria em muitas áreas. O ponto não se ajusta apenas à dogmática jurídica. O cientista da língua ganha em precisão com a possibilidade de fazer linguística com maior rigor. Com a mesma nitidez o cientista das ciências naturais formulará teorias. O filósofo analítico discriminará não sem menor clareza os discursos com sentido e aqueles sem sentido, fundamentando com extraordinário vigor os primeiros. O jurista com mesma exatidão dissecará sistemática e conceitualmente o direito vigente.

Se assim é, então se faz possível dar uma nova formulação - talvez não melhor, mas ao menos um pouco mais rigorosa - a nosso argumento, isolando-lhe as premissas, fundamentos por meio dos quais se segue a conclusão e, por fim, esta mesma, na condição de corolário das premissas. Fundamentos: norma-lei que contraria a norma-constituição é inconstitucional (F1); o princípio da vedação do retrocesso ecológico é norma-constituição (F2); alguns dispositivos do Código Florestal violaram o princípio da vedação do retrocesso ecológico (F3); Conclusão: alguns dispositivos do Código Florestal são inconstitucionais (C). Por outra, a consequência C decorre dos fundamentos F1, F2 e F3. Em termos formais: dados os fundamentos F1, F2 e F3, então deve ser a conclusão C (F1&F2&F3 $\rightarrow$  C).

---

<sup>11</sup> Anote-se que “não prescinde” e “não se esgota” nisso, pois na depuração do significado o uso relativo a determinado contexto é de todo relevante.

<sup>12</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.43.

<sup>13</sup> Idem, p.45.

### 3 JUSTIFICAÇÃO EXTERNA DO ARGUMENTO: FUNDAMENTOS

De agora em diante, vamos expor a razão pela qual se entende que as premissas encontram-se bem fundamentadas. O exame é necessário com o fim de apurar se o argumento encontra-se bem fundamentado no sistema jurídico vigente.

De fato, a justificação externa do argumento objeto de análise não padece de maiores problemas. De saída, por brevidade, deixa-se de justificar a razão pela qual "Norma infraconstitucional que contraria norma constitucional é inconstitucional", toma-se esse fundamento como algo evidente que não necessita de maiores comentários, não ao menos para os objetivos desse texto.

Com efeito, seguir-se-á em breves linhas alguma exposição da justificativa das assertivas seguintes: "O princípio da vedação do retrocesso é norma constitucional" e "Disposições do novo Código Florestal violaram o princípio da vedação do retrocesso".

A justificativa externa do primeiro fundamento há de ser obtido do Texto Constitucional. Parece claro que da preocupação constitucional com a precaução e a preservação do meio ambiente extraia-se o valor segundo o qual medidas que impliquem redução na proteção do meio ambiente devam ser evitadas. Destarte, o princípio da proibição do retrocesso encontra guarida no art. 225, *caput*, da Constituição Federal.

Afora isso, não é preciso muito esforço para concluir-se que há disposições do novo Código Florestal que reduziram a proteção do meio ambiente. Para demonstrar tal proposição, cumpre indicar pelo menos duas. De molde, nos termos do art.15 da novel legislação, admite-se, nalgumas situações, o cômputo das Áreas de Preservação Permanente (APP) no cálculo do percentual da Reserva Legal do imóvel, algo que não era possível na legislação de 1965. De outro lado, força é convir que o critério de medição da APP tomava em conta as margens no nível mais alto (Lei 4.771/65, art.2º); ao passo que o novo Código fala em medição a partir da borda da calha do leito regular (Lei 12.651/12, art.4º).

Sendo assim, não se pode ignorar que as premissas do argumento objeto de análise encontram-se justificadas ao menos sob o aspecto externo. Doravante, à vista de tais fundamentos, o argumento será testado na perspectiva da justificação interna. Em outras palavras, tomados os fundamentos como justificados, a coerência interna do argumento será objeto de teste metodológico com arrimo no qual será afirmada ou rechaçada a higidez da conclusão sobre a inconstitucionalidade daqueles dispositivos do novo Código Florestal que implicam violação do princípio constitucional da vedação do retrocesso.

#### 4 JUSTIFICAÇÃO INTERNA DO ARGUMENTO: MÉTODO E CONCLUSÃO

Estabelecidos e justificados os fundamentos, cabe doravante a pergunta: qual o tipo de metodologia justificaria extrair dos fundamentos F1, F2 e F3 a conclusão C? O raciocínio *primo actu* parece claríssimo. Ora, se qualquer lei que estiver em contradição com a constituição é inconstitucional e se alguns artigos do novo Código Florestal estão em contradição com o princípio da vedação do retrocesso ecológico que é constitucional, então à evidência segue-se a conclusão: tais dispositivos do novo Código Florestal são inconstitucionais.

No entanto, a reflexão sobre a validade do argumento não prescinde do exame da natureza de seus elementos: as normas jurídicas como gênero de duas espécies, regras e princípios. Sobre o assunto, Robert Alexy na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* descortinou uma distinção estruturante entre tais espécies de normas.

Antes da delimitação das espécies, convém o exame do gênero. Porém, é de bom aviso advertir que o próprio conceito de norma, definição das mais abstratas e importantes da filosofia do direito<sup>14</sup>, gera muita polêmica, pois toca em ponto fundamental da ciência do direito, pressupondo decisões a respeito de seu objeto, método, enfim, de seu caráter<sup>15</sup>. A par da divergência, norma de direito fundamental, semanticamente considerada<sup>16</sup> tal como concebida por Alexy, constitui o *significado* extraído de determinado enunciado normativo segundo três modais deônticos, quais sejam: é obrigatório (modalidade deôntica da obrigação ou do dever), é proibido (modalidade deôntica da proibição) ou é permitido (modalidade deôntica permissão).<sup>17</sup> Factivei, ainda, o seguinte cotejo: o *enunciado proposicional* está para o *enunciado normativo* assim como a *proposição* está para a *norma*; ou, como destacou Alexy, “a relação entre enunciado normativo e norma equivale à relação entre enunciado afirmativo e afirmação”<sup>18</sup>.

As regras constituiriam preceitos normativos sem medida de cumprimento; ao passo que os princípios admitiriam tal medida. Além disso, embora qualquer

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. **La naturaleza de la filosofía del derecho**. Doxa, Barcelona, n.26, 2003, p.154. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-naturaleza-de-la-filosofia-del-derecho-0/>>. Acesso em 30 abr.2014.

<sup>15</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.52.

<sup>16</sup> Alexy fundamenta-se no conceito semântico de norma, lastreado no significado (norma) extraído do enunciado normativo (texto legal), *op cit.*, p. 52 e ss.

<sup>17</sup> Para um excelente aprofundamento acerca das modalidades deônticas básicas, *op cit.*, p. 204 e ss.

<sup>18</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.57. O próprio Alexy, contudo, adverte linhas depois que a relação entre enunciado afirmativo e afirmação estabelece-se no campo ontológico, do ser; ao passo que a conexão entre enunciado normativo e norma no deôntico, do dever-ser (*Op. cit.*, p.58).

norma seja um preceito de comportamento - situando-se no âmbito do dever ser, no campo deontico, portanto -, as regras são normas que imputam a um determinado comportamento certa consequência; ao tempo que os princípios estipulam apenas objetivos a ser alcançados sem estipular as condutas por meio das quais os objetivos hão de ser alcançados. Daí que podemos asseverar com inspiração na doutrina de Ávila que regras são preceitos deontocodológicos; enquanto princípios comandos deontocodológicos<sup>19</sup>.

A distinção vem a calhar. A aplicação de princípios por parte dos operadores do direito exige cuidados metodológicos especiais. Isso porque, a despeito de pertencerem ao mesmo gênero (normas), princípios distinguem-se estruturalmente das regras, o que conduz a um método de aplicação diferenciado quando se estabelece, à guisa fundamento de um argumento, princípios e não apenas regras.

As regras aplicam-se a partir do método da subsunção. Sucedido no mundo fenomênico a conduta por elas prevista, dá-se a consequência estipulada. Já princípios aplicam-se por ponderação. Talvez essa última assertiva precise ser melhor reforçada.

Na condição de normas que admitem medida de cumprimento, é na colisão entre princípios que se apurará tal medida. Essa colisão, por sua vez, não se estabelece no âmbito abstrato dos princípios. Nesse âmbito, princípios são mandamentos de maximização, não encontram limites para realização dos fins por eles colimados. Vale remarcar: tomados isoladamente, os princípios não conhecem limites, reinam soberanos e não se submetem a concessões. Porém, é no âmbito da colisão que princípios conhecem limitações fáticas e jurídicas para sua concretização, onde podem ser aplicados em maior ou menor medida conforme tais limites. Destarte, diversamente das regras, princípios constituem *mandamentos de otimização*<sup>20</sup>. Com tal expressão Alexy quer significar exatamente que o cumprimento dos princípios, diferente do das regras, pode se dar em diferentes graus e depende não só das circunstâncias fáticas, mas também jurídicas. Daí que um princípio não pode ser aplicado em desconsideração dos demais existentes no mesmo sistema jurídico, pois, ao fazê-lo, o operador desconsidera por completo suas limitações, uma delas os princípios colidentes (limitações jurídicas).

Por oportuno, não é preciso ser versado no assunto para constar que a Constituição brasileira de 1988 albergou em seu texto inúmeros e contraditórios valores. Há na Constituição valores das mais variadas ideologias sociais e liberais, o

<sup>19</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.68.

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.90.

que intensifica a importância da consideração de todos eles para a argumentação jurídica. E tal constatação se aplica com ênfase no âmbito ambiental, seara em que inúmeros princípios alçaram o altiplano constitucional. Por assim dizer, o direito ambiental é permeado de valores veiculados por vetores axiomáticos: princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225, caput); princípio do desenvolvimento sustentável (CF, art. 225 e 170, III e VI); princípio da solidariedade intergeracional ou responsabilidade entre gerações (CF, art. 225); princípio da função sócio-ambiental da propriedade (CF, art. 5º, XXII e XXIII); princípio da prevenção e da precaução; princípio do poluidor-pagador; princípio do usuário-pagador; princípio democrático em suas três dimensões (princípio da informação; princípio da participação comunitária; princípio da educação ambiental); princípio da proibição do retrocesso ambiental; princípio do controle do poluidor pelo poder público (CF, art. 225, §1º, V); princípio da cooperação, dentre muitos outros.

Dito isso, retomando agora o fio do raciocínio, o problema nodal do argumento  $F1 \& F2 \& F3 \vdash C$  não reside na justificação externa de seus fundamentos, senão no método empregado para extração da conclusão. Isso implicaria *invalidade do argumento*, na medida em que dos fundamentos  $F1 \& F2 \& F3$  não se seguiria a conclusão  $C: F1 \& F2 \& F3 \vdash C$ . Vejamos se é o caso.

Observe-se, em primeiro lugar, que os fundamentos F2 e F3 introduzem nas premissas uma norma-princípio, de modo que qualquer conclusão que se queira extrair não pode ser obtida sem consideração das limitações fáticas e jurídicas porventura existentes, notadamente de princípios outros colidentes. O *iter* procedimental da argumentação com princípios foi magistralmente consignado em estupeficante monografia da lavra de Carlos Alberto Navarro Perez, para o qual a ponderação (método adequado para argumentação com princípios) deveria submeter-se às seguintes etapas: “(1) a identificação dos princípios em conflito; (2) a aferição dos aspectos relevantes do caso concreto; e (3) a elaboração da norma de decisão, orientada por critérios de ordenamento do sopesamento (v.g. os postulados normativos da proporcionalidade e da isonomia).”<sup>21</sup> De acordo com o ilustre monografista:

Com o intuito de minorar a arbitrariedade e a discricionariedade judicial, é possível conferir racionalidade e objetividade ao método de ponderação, mediante estruturação de um procedimento adequado, marcado por etapas definidas e fundamentadas, que evidencie o modo como é tomada a decisão de prevalência de um princípio sobre outro. Note-se que, através da reconstrução do método adotado, será possível distinguir a decisão racional, tomada em atenção aos marcos constitucionais, das

<sup>21</sup> PEREZ, Carlos Alberto Navarro. **Declaração de inconstitucionalidade: a modulação dos efeitos temporais - teoria constitucional e aplicação**. Curitiba: Juruá, 2014, p.204.

decisões de prevalência adotadas com fundamento no mero intuicionismo ou no subjetivismo dissociado da Constituição.<sup>22</sup>

Resta claro que, abstendo-se de tomar em consideração os demais princípios colidentes, não se pode ter por válido o argumento, porquanto a conclusão (C) não se sustentaria apenas pelos fundamentos F1, F2 e F3. Outros mais seriam necessários para demonstrar metodologicamente a conclusão sacada. Mas quais seriam esses outros possíveis argumentos? Apressamo-nos em exemplificar: princípios colidentes como o princípio do desenvolvimento social e econômico, da livre concorrência e assim avante. Não é novidade que princípios regentes da disciplina do meio ambiente entram em rota de colisão com outros princípios igualmente constitucionais.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>23</sup> afirma:

A proibição de retrocesso, do ponto de vista da dogmática dos direitos fundamentais, opera, portanto, como um limite aos limites dos direitos fundamentais, porquanto parte do pressuposto de que toda e qualquer intervenção restritiva no âmbito de proteção de um direito fundamental carece não apenas de uma justificação (e mesmo legitimação) enraizada na própria Constituição Federal, como também enseja um rigoroso controle de sua compatibilidade com o marco normativo constitucional e do Direito Internacional dos direitos humanos.

Caso emblemático que exemplifica essa colisão foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101-DF, julgada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 24/06/2009. Discutiu-se a constitucionalidade da proibição de importação de pneus usados para uso como matéria prima ou como bem final de consumo no mercado nacional. Estabeleceu-se, então, o conflito entre o direito à saúde e ao meio ambiente equilibrado *de um lado* e, *de outro*, o direito ao desenvolvimento socioeconômico e seus corolários como a livre iniciativa e livre concorrência. Todos eles, diga-se por oportuno, de estatura constitucional: arts. 196, 225 e 170 da Constituição<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Idem, p.205.

<sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais**: A proibição de retrocesso na proteção e promoção de um meio ambiente saudável. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-25/direitos-fundamentais-proibicao-retrocesso-protacao-meio-ambiente-saudavel>. Acesso em 30 abr 2017.

<sup>24</sup> ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADEQUAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ARTS. 170, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS PROIBITIVOS DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: AUSÊNCIA DE ELIMINAÇÃO TOTAL DE SEUS EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE

A citação tem o mérito de ilustrar o quão comum é a colisão entre princípios constitucionais em matéria ambiental, de modo que ao aplicador do direito não é dado desconsiderá-la na formulação de sua argumentação, máxime quando recorre aos princípios para fundamentar sua conclusão.

Outrossim, é preciso atentar ao fato de que, se nos restringirmos a analisar as regras individualmente, poderemos cair no reducionismo, desprezando a técnica da interpretação sistemática. Isto porque todas estas normas das quais se questiona a constitucionalidade, originaram-se no bojo do Código Florestal, daí porque devem ser vistas como um todo orgânico, pois do ponto de vista estrutural a Lei 12.651/2012 chega a constituir-se um subsistema, justamente por se caracterizar como um código.

Preocupado e vislumbrando deletérios efeitos Michel Prieur afirma<sup>25</sup>:

Em nome da soberania dos parlamentos, o tempo do direito recusa a ideia de um direito adquirido sobre as leis: “o que uma lei pode fazer, outra lei pode desfazer”. Não

---

EQUILIBRADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO. COISA JULGADA COM CONTEÚDO EXECUTADO OU EXAURIDO: IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. DECISÕES JUDICIAIS COM CONTEÚDO INDETERMINADO NO TEMPO: PROIBIÇÃO DE NOVOS EFEITOS A PARTIR DO JULGAMENTO. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: **princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável**. (...). 2. Arguição de descumprimento dos preceitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos: decisões judiciais nacionais permitindo a importação de pneus usados de Países que não compõem o Mercosul: objeto de contencioso na Organização Mundial do Comércio – OMC, a partir de 20.6.2005, pela Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil. (...) 4. Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. (...) Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. (...) demonstração de que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da Constituição do Brasil). (...). 10. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada parcialmente procedente. (ADPF 101, Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009, DJe-108 DIVULG 01-06-2012 PUBLIC 04-06-2012 EMENT VOL-02654-01 PP-00001) (*grifo nosso*).

<sup>25</sup> PRIEUR, Michel. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental** in Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA); Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental (2012: Brasília, DF), p. 11. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/93127174/Voto\\_APRMAC\\_ANEXO.pdf](http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/93127174/Voto_APRMAC_ANEXO.pdf). Acesso em 30 abr 2017.

estaria aí, na seara ambiental, uma porta aberta ao retrocesso do direito, capaz de prejudicar as gerações presentes e futuras?

O ambiente é uma política-valor que, por seu peso, traduz uma busca incessante de um melhor ser, humano e animal, em nome do progresso permanente da sociedade. Assim, em sendo as políticas ambientais o reflexo da busca de um melhor viver, de um respeito à natureza, elas deveriam vedar todo tipo de regressão.

Daí avulta em importância a interpretação teleológica. Neste diapasão, MARIA HELENA DINIZ assevera<sup>26</sup>:

O processo sociológico ou teleológico objetiva, como quer Ihering, adaptar a finalidade da norma às novas exigências sociais. Adaptação esta prevista pelo art. 5º da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro. A interpretação, como nos diz Ferrara, não é pura arte dialética, não se desenvolve como método geométrico num círculo de abstrações, mas perscruta as necessidades práticas da vida e a realidade social. O aplicador, nas palavras de Henri de Page, não deverá quedar-se surdo às exigências da vida, porque o fim da norma não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e, sim, manter contato íntimo com ela, segui-la em sua evolução e a ela adaptar-se. Daí resulta, continua ele, que a norma se destina a um fim social, de que o magistrado deve participar, ao interpretar o preceito normativo.

Além do mais, vale ressaltar que, como se viu, especialmente no exemplo jurisprudencial citado, que a ponderação, mais que a simples subsunção, exige muitas vezes a análise de elementos extra-jurídicos, reclamando o labor técnico de cientistas, a fim de se avaliar a adequação da norma aos interesses sociais.

Para sopesar a dimensão que cada princípio assume no caso em tela é mister que se detenha o conhecimento científico dessa realidade, o qual é muitas vezes multidisciplinar, envolvendo outras ciências tal como biologia, ecologia, química, antropologia, engenharia, sociologia, entre outras; tornando a ciência do direito ambiental muito mais complexa do que as ciências jurídicas tradicionais que, via de regra, não vão muito além da dogmática tradicional.

## CONCLUSÃO

A partir de todo o destacado, observa-se que o problema no argumento analisado não se encontra nos fundamentos (justificação externa), esses mostram-se claros; mas sim no método utilizado na extração da conclusão (justificação interna).

---

<sup>26</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à ciência do Direito, à filosofia do Direito, à sociologia jurídica**, 23ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 460.

Vale remarcar: argumentos lastreados em princípios não se resolvem por subsunção, senão por *ponderação*.

Ou seja, não é porque alguns dispositivos do novo Código Florestal violam o princípio constitucional da vedação do retrocesso que tais dispositivos, só por só, devem ser considerados inconstitucionais. Tal conclusão, como visto, não se segue apenas das premissas delineadas, sem que seja levado em conta um método de ponderações que considere no exame dos dispositivos legais outros valores constitucionais, especialmente colidentes. Conclui-se, à evidência, que, malgrado o acerto e o fundamento das premissas F1, F2 e F3, delas não se saca a conclusão C.

Objetos linguísticos que são, as proposições prescritivas do direito e descritivas da ciência do direito admitem análise semiótica, submetendo-se no plano semântico a testes de validade (pressuposto da tese seguinte); *"As disposições do novo Código Florestal que diminuíram a proteção do meio ambiente violam o princípio da vedação do retrocesso e, portanto, são inconstitucionais"* é argumento justificado em suas premissas (justificação externa), porém carecedor de justificação interna pelo fato de que das premissas do argumento não se lhe segue a conclusão (tese principal).

Há de se observar que argumentos em direito ambiental, notadamente quando pressupõem normas-princípios, exigem observância do método da ponderação em que princípios colidentes são levados em consideração à luz do caso concreto, sob pena de invalidade do argumento. O raciocínio jurídico não pode prescindir das técnicas interpretativas: gramatical, sistemático, histórico e teleológico; quando se colocam em debate princípios jurídicos, há de se recorrer sempre à técnica de ponderação dos interesses.

Assim, o princípio da proibição do retrocesso, em razão de sua natureza, no momento de aplicação concreta da lei, deve obrigatoriamente sofrer o crivo da ponderação, ou seja, ser cotejado com os outros princípios que se lhe contraponham e que norteiam o ordenamento, à luz das circunstâncias que envolvem os fatos concretos (especialmente em respeito ao método teleológico).

Neste diapasão, a ponderação assume complexidade, pois exige a análise de elementos extrajurídicos (científicos, sociais, econômicos) pois só o conhecimento pleno e panorâmico da realidade possibilita uma decisão que atenda ao interesse público, que afinal é o colimado pela Constituição; no curso do processo intelectual de ponderação de interesses vai assumir especial relevância a interpretação teleológica.

E o que assegura a racionalidade das decisões é a consistente fundamentação das premissas, o que se faz através da consciente e meticulosa aplicação dos processos de ponderação e das técnicas hermenêuticas em geral. Desta forma, não se pode afastar *a priori* a aplicação das normas do novo Código

Florestal que aparentemente violam o princípio da vedação do retrocesso. Para afastá-las, há que se fazer, simultaneamente, uma análise global e particularizada das normas em debate, inseridas no novel Código Florestal, para após, lograr uma conclusão satisfatória, percorrendo todo o *iter* descrito, que passa obrigatoriamente pela ponderação ou balanceamento dos princípios.

Ao contrário de trazer uma insegurança à proteção ambiental, esse processo ajuda a dar força às decisões, é o alicerce, uma base forte de sustentação na busca de alcançar o ideário da Justiça, extraindo do balanceamento dos interesses e direitos em questão, a decisão mais equilibrada, a fim de assegurar um meio ambiente sadio para as presentes e futuras gerações.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **La naturaleza de la filosofía del derecho**. *Doxa*, Barcelona, n.26, 2003, p.154. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-naturaleza-de-la-filosofa-del-derecho-0/>>. Acesso em 30 abr.2014.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.68.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à ciência do Direito, à filosofia do Direito, à sociologia jurídica**, 23ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- DUBOIS, Jean; GIACOMO, Mathée; et alii. **Dicionário de linguística**. 8ªed São Paulo: Cultrix, 2001.
- PEREZ, Carlos Alberto Navarro. **Declaração de inconstitucionalidade: a modulação dos efeitos temporais - teoria constitucional e aplicação**. Curitiba: Juruá, 2014.
- PRIEUR, Michel. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental in Brasil**. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA).; Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental (2012: Brasília, DF),. p. 11. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/93127174/Voto\\_APROMAC\\_ANEXO.pdf](http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/93127174/Voto_APROMAC_ANEXO.pdf). Acesso em 30 abr 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais: A proibição de retrocesso na proteção e promoção de um meio ambiente saudável**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-25/direitos-fundamentais-proibicao-retrocesso-protacao-meio-ambiente-saudavel>. Acesso em 30 abr 2017.
- SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. 6ªed. São Paulo: Cultrix, 1974.
- ULLMANN, Reinhold Aloysio. **Antropologia: o homem e a cultura**. 3ªed. Petrópolis: Vozes, 1991.
- VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: RT, 1977.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus lógico-filosófico**. 4ªed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

---

# MEDIAÇÃO INTERDISCIPLINAR:

## DIREITO DE FAMÍLIA E A PSICANÁLISE

---

Fabiola Orlando<sup>1</sup>

Já ninguém é dono de verdades absolutas a respeito do homem, se é que seja este suscetível de verdades absolutas. De modo que tentar compreendê-lo em estado de sofrimento, como costuma apresentar-se aos profissionais do Direito, nos conflitos que lhe vêm da inserção familiar, é tarefa árdua e, para usar de paradoxo, quase desumana, porque supõe não apenas delicadeza de espírito e disposição de ânimo, mas preparação e técnica tão vasta e apurada que já não entra no cabedal pretensioso de algum jurista solitário.

Ministro Augusto Cezar Peluso

O Direito de Família está na pauta das discussões contemporâneas: casamentos, uniões estáveis, uniões homoafetivas, famílias de rua, e na rua, famílias monoparentais, declínio de autoridade paterna, crescimento de famílias chefiadas por mulheres, paternidade biológica e socioafetiva. Os diversos arranjos familiares das sociedades atuais, obriga-se a pensar na organização jurídica com a palavra de ordem da contemporaneidade: Cidadania. Cidadania que significa não-exclusão<sup>2</sup>.

É, portanto, a inserção das várias representações da família na Sociedade, é a valorização do sujeito de DIREITO em seu sentido mais profundo e ético. A inclusão e a consideração das diferenças como imperativo de democracia.

Nesta perspectiva de repersonalização das entidades familiares é fundamental que a interpretação dos dispositivos de Direito de família seja norteado pelo conhecimento interdisciplinar, ou seja, o direito à psicologia, à psicanálise, à sociologia e a conhecimento de outras áreas, que permitirá que a aplicação de tais

---

<sup>1</sup> Advogada, Negociadora, Mediadora, e Sócia do Escritório Custódio, Orlando & Advogados Associados. Formada pela Universidade de Brasília. Pós- Graduada em Direito Ambiental e Recursos Hídricos. Mediadora de Conflitos. Especialista em Violência Doméstica e crianças abusadas, e Mediadora Interdisciplinar. Especialista em Arbitragem Internacional. Diretora de Comunicação do CEBRAMAR. Membro e Ex. Diretora Financeira do Instituto dos Advogados do Distrito Federal IAD/DF; Ex-presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da OAB/DF; Presidente da Rede Internacional de Excelência Jurídica - DF. Diretora de Mediação do Centro Internacional de Arbitragem e Mediação. Membro da Associação E-Justicia-Latinoamerica; Vice-Presidente do IBRADES – Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Sustentável.

<sup>2</sup> Para melhor análise verificar: Anais da Conferência Nacional da OAB.Foz do Iguaçu,set. 1994, pág.8.

normas corresponda ao efetivo exercício dos direitos subjetivos, fundamentado no princípio da dignidade humana.

João Baptista Vilela melhor definiu as relações de família: “As relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por muito complexas que se apresentem, nutrem-se todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem elas queira tomar: afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor”.<sup>3</sup>

Assim, para a abordagem de questões tão complexas como as geradas pelas relações familiares, é importante a busca de um conhecimento interdisciplinar para reconhecer a necessidade de outro olhar que nos leva a um fortalecimento da identidade e a um redimensionar de cada disciplina, rumo a um novo horizonte epistemológico<sup>4</sup> – o de ampliar os princípios que regem os conhecimentos de cada área do saber.

A psicanalista Giselle Groeninga afirma que os pressupostos que formavam o que acreditávamos ser a base de nosso conhecimento têm se modificado.

Outros pressupostos surgem em um horizonte em que a crise é palavra corrente. Crise: estado de um sistema em que a mudança é iminente. Crise nas formas de organização social, crise nas instituições, crise na família. E é pela crise na família que tem se aberto espaço para novas constituições familiares, que levam em conta as variações nas constituições individuais. As crises na família são condições da existência da família, acompanhando as mudanças etárias e a evolução de seus membros<sup>5</sup>.

Vivenciamos uma crise paradigmática em que desponta uma emancipação da subjetividade. O caminho que se afigura é o de integração da subjetividade, de sua legitimação, trazendo uma nova consciência nos caminhos do saber. E, a partir da descoberta de Freud de um inconsciente que é estruturado com um lógica própria<sup>6</sup>, tivemos acesso a outro sujeito além do Sujeito de Direito – O SUJEITO DO DESEJO.

---

<sup>3</sup> A definição de família encontra-se bem explicitada: VILELA, João Baptista. As novas relações de família. Anais da Conferência Nacional da OAB.Foz do Iguaçu, set. 1994, pág.645.

<sup>4</sup> GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e Psicanálise – Um Novo Horizonte Epistemológico. Anais IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, 2003, pág.249

<sup>5</sup> GROENINGA. Direito e Psicanálise – Um Novo Horizonte Epistemológico, pág.250.

<sup>6</sup> GROENINGA. Direito e Psicanálise – Um Novo Horizonte Epistemológico, pág.252.

Certamente, a crise das ciências humanas ocorreu em função da exclusão da subjetividade no que acreditávamos ser a objetividade científica. Com a excessiva objetividade e a especialização, o conhecimento tornou-se esquizofrênico. Esquizo – aquele que tem pensamento fragmentado, que desconhece a realidade justamente por desconhecer-se em sua realidade de sujeito humano, realidade também constituída pela subjetividade e pelos afetos.

O Direito passa pelo que podemos chamar de crise, em que busca a inclusão dos excluídos no laço social - um período de descrenças nos afetos, como se fôssemos seres divididos – razão-emoção, e como se o pensamento se construísse independentemente do que lhe dá um sentido – SENTIMENTO.

Com isso, deixamos de lado a razão de nossas razões. E tentamos dominar nossa própria natureza, acreditando que a objetividade nos dá a ansiada segurança, diante do desconhecido, que é a aventura humana. Por isso perdemos de vista justamente o humano, esta combinação de sentimento, pensamento, ação, nas semelhanças e diferenças que nos são constitutivas.

Verificamos que, não só o Direito, mas como a própria psicanálise, haviam perdido de vista o humano, na tentativa de auto-afirmar, incorrendo, em conseqüência, em posturas contrárias à natureza das ciências humanas e à própria ética<sup>7</sup>.

As transformações ocorridas nas relações familiares, no exercício dos papéis e funções, nos impõem a repensar a questão da Lei, sua gênese na família, seu substrato afetivo e a capacidade desenvolvida pelo indivíduo para sua compreensão, interpretação e realização.

Rodrigo da Cunha Pereira<sup>8</sup> ensina que a norma, ao tornar-se norma, está dando legitimidade ao que já existe no psíquico.

Na realidade, a combinação da subjetividade e da objetividade, ao invés de estarem dissociadas em apanhados parciais dos relacionamentos humanos, acaba por atender à demanda de reconhecimento da dignidade humana, respeitando o Sujeito em sua integridade, em vez de multilá-lo em aspectos que lhe são essenciais. O mediador deste diálogo é o humano, o que nos faz humanos<sup>9</sup>.

No Direito é evidente um movimento em direção à humanização, na consideração do afeto como valor jurídico, na consideração de uma relação de

---

<sup>7</sup> Para melhor análise verificar sobre o novo conceito do Direito de Família Contemporâneo: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, set.2003, pág. 252.

<sup>8</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família – Uma abordagem Psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

<sup>9</sup> Para melhor análise verificar sobre o tema: o cuidado e o afeto como valores jurídicos: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, set.2003, pág. 253.

Sujeito de Direito. Da mesma forma, na Psicanálise, cada vez menos se considera uma relação hierárquica sanidade/doença, médico/paciente, dando-se importância à relação analista/analizando, UMA RELAÇÃO SUJEITO –SUJEITO<sup>10</sup>.

Com a consideração do sujeito em sua integralidade, estamos adentrando no que podemos chamar de Direito a ser humano, considerando todos os níveis de nossa constituição: espírito, mente e corpo<sup>11</sup>.

Podemos dizer que a oposição entre o sujeito e objeto, subjetividade e objetividade distanciou a psicanálise e o Direito, como se fossem territórios reservados. Como se o desejo e a curiosidade fossem transgressões às leis de cada disciplina. saber-se sujeito desejante, sujeito curioso, não implica romper com as leis, apenas buscar a legitimação da subjetividade na objetividade.

Nesta investigação, envolvendo o Direito e a Psicanálise, temos semelhanças e diferenças, encontros e desencontros a respeito da verdade, da natureza, do valor do conhecimento, incluindo os obstáculos para atingi-los. **Mas, afinal, o que o Direito tem a ver com a psicanálise e qual a contribuição dessa ciência para o Direito?**

Em comum entre o Direito e a Psicanálise temos a necessidade de entendimento do conflito.

Para o Direito uma pretensão resistida, o conflito faz um barulho que deve ser silenciado. Para a Psicanálise, o desenvolvimento do ser humano se dá continuamente pelo conflito e pela transformação do mesmo, sendo este inerente à nossa natureza e constitutivo do ser humano .

A sua resolução não implica em seu desaparecimento, e sim em sua transformação, em sua elaboração. É trazer uma resposta humanista à doce e selvagem sociedade depressiva que procura reduzir o homem a uma máquina sem pensamento nem afeto. Mas o homem é afeto, pensamento e afeição.

A psicanálise procura **justamente a compreensão dos impasses da intersubjetividade e a distribuição de um novo sentido aos conflitos**. Ambas as ciências privilegiam o discurso, a palavra, seus usos e interpretações, e os profissionais que as realizam são profissionais da escuta.

A finalidade da psicanálise é contrapor à idéia de queda e decadência, a de redenção do ser humano, pela ciência, pelo conhecimento – pela análise de si, pela introspecção.

<sup>10</sup> GROENINGA. Direito e Psicanálise – Um Novo Horizonte Epistemológico, pág.252.

<sup>11</sup> GROENINGA. Direito E Psicanálise – Um Novo Horizonte Epistemológico, 252.

Para pensar na constituição do ser humano e as relações, desde seu início, Freud buscou o mito do Édipo. Em suma este é o paradigma usado pela psicanálise para pensar o desenvolvimento do ser humano por meio da vivência da ambivalência afetiva originária – amor e ódio dirigidos aos pais. E é na família que aprendemos e elaboramos esses sentimentos em maior ou menor sintonia com o pensamento, a moral e a ética<sup>12</sup>.

A Psicanálise e o Direito constituem campos do saber que trabalham com a questão do sujeito; tanto o Direito quanto a psicanálise abordam um só sujeito, visto como sujeito do direito e de desejo: Um só sujeito assujeitado a campos do saber até recentemente estanques, que encontra na conjugação das duas visões uma possibilidade de certo resgate de sua integridade, a visão do sujeito de direito desejan<sup>13</sup>.

Ambas as disciplinas tem também em comum a busca da verdade das relações, busca que não pode deixar de lado as razões da nossa razão e de nossa desrazão. Essa busca pede a imparcialidade não entendida como neutralidade, mas a imparcialidade de um olhar e uma escuta sensível à interrelação entre a objetividade e a subjetividade.

Para o Direito, a proposta é que a subjetividade possa encontrar uma via de reinscrição na compreensão da relação dos indivíduos, sujeitos e operadores do direito com a lei, e por sua vez, resgatar o significado do simbólico desta e a origem de sua legitimidade psíquica, que lhe conferem, subjetiva e objetivamente, o poder e a autoridade. Os caminhos não só passam pela minoração da distância entre o Direito e a Psicanálise, mas em relação a outras disciplinas e à coletividade.

A família é sistema de relações que se traduz em conceitos e preconceitos, idéias e ideais, sonhos e realizações. Uma instituição que mexe com os nossos mais caros sentimentos. Família é um caleidoscópio de relações que muda no tempo de sua constituição e consolidação a cada geração, que se transforma com a evolução da cultura, de geração para geração.<sup>14</sup>.

A propósito, a finalidade ética de cada disciplina está no respeito à família e suas diversas formas de constituição. É em relação à família estruturante do indivíduo que respeitosa<sup>15</sup>mente devem-se curvar as disciplinas, de modo que o conhecimento por elas trazido sirva ao propósito da família que é o de dar oportunidade de desenvolver seu potencial de realização e de felicidade. As disciplinas devem utilizar seu conhecimento a serviço da família.

---

<sup>12</sup> GROENINGA. Direito e Psicanálise – Um Novo Horizonte Epistemológico, pág.256.

<sup>13</sup> GROENINGA. Direito e Psicanálise – Um Novo Horizonte Epistemológico, pág.256.

<sup>14</sup> GROENINGA. Direito e Psicanálise – Um Novo Horizonte Epistemológico, pág.258.

Como bem ressaltou Groeninga, uma das contribuições da Psicanálise é a de buscar apontar as relações sintônicas e distônicas<sup>15</sup> entre pensamento e sentimento – os afetos – entre o desejo e a repressão, e como tais disjunções podem afetar o conhecimento.

Nesta busca da humanização do sujeito dirigimos, cada vez mais, para a ampliação da compreensão das relações entre o sentimento, o pensamento e a ação. Dirigimo-nos cada vez mais a buscar o ser ético. Ser que leva em consideração ao individual, sem perder de vista o coletivo, ser que tem à disposição seus recursos egóicos e exerce a responsabilidade e a autonomia. Somos seres complexos que, quando confusos, buscamos na simplificação um alívio para angústia em ser humano. E a parte mais complexa está em nossos afetos, responsáveis pelas imprecisões de linguagem. Na tentativa de simplificar e mesmo de nos afastar dos afetos, buscamos a objetividade e um ideal de neutralidade, que nas ciências exatas já não mais se mantém.

A questão dos afetos merece ainda mais atenção – é a resistência em reconhecer as nossas qualidades agressivas, e tendemos, no senso comum, a equiparar o amor e afeto. **Muitas vezes idealizamos a família como o reduto só de amor. Idealização que quebra quando nos defrontamos com a violência dos conflitos familiares. A função da família está além do amor – está em possibilitar as vivências afetivas de forma segura, balizando amor e agressividade, inclusive para que as utilizemos como matéria prima da empatia, capital social por excelência.**

Freud, em sua última formulação a respeito das pulsões, pensou ser como fundantes no ser humano a pulsão vida, EROS, e a pulsão morte, THANATOS. Estão presentes em nós, em maior ou menor proporção, não em estado puro, mas fusionado. Elas nos aparecem sob a forma de afetos, amorosos e hostis, em constante conflito<sup>16</sup>. A afetividade e o conflito são, portanto, originários e ambivalentes, sendo esta a principal característica da constelação psíquica.

Freud enfatiza a importância da agressividade:

“A evidência trazida pela psicanálise demonstra que quase toda relação emocional íntima entre duas pessoas, que dura por algum tempo, casamento, amizade, as relações entre pais e filhos – contém um sedimento de sentimentos de aversão e hostilidade, que somente escapa da percepção como resultado da repressão. isto está menos disfarçado nas disputas comuns entre parceiros de negócios ou em resmungos de um subordinado com seu superior<sup>17</sup>.”.

<sup>15</sup> GROENINGA. Direito e Psicanálise – Um Novo Horizonte Epistemológico, pág.259.

<sup>16</sup> GROENINGA. Direito e Psicanálise – Um Novo Horizonte Epistemológico, pag. 260.

<sup>17</sup> GROENINGA. Direito e Psicanálise – Um Novo Horizonte Epistemológico, pag. 260.

Assim, os afetos são o equivalente da energia psíquica, dos impulsos, desejos que afetam o organismo e se ligam em representações, a pessoas, objetos significativos – transformam-se em sentimentos e dão um sentido às relações e influenciam nossa forma de interpretar o mundo.

Neste novo horizonte do Direito de Família, tem merecido cada vez mais a atenção o conceito de dignidade humana – na busca de consideração de todos os níveis que constituem o ser humano - do que é mais objetivo, o exterior, aferido pelos sentidos – ao que é mais subjetivo – o interior. Ao falarmos de dignidade humana, estamos justamente abordando a utilização de nossos sentimentos na interpretação do que remete à essência comum.

O escopo final do operador do Direito de Família é exercer uma missão que extrapola as questões unicamente jurídicas, na medida em que sua atuação é uma experiência relacional. Seu papel vem imantado de significação além do discurso real das causas e motivos apresentados, sendo necessário descobrir a realidade da mensagem inconsciente que subjaz disfarçada no discurso.

A interdisciplina atenderá a esta necessária mudança de paradigma voltada à compreensão à dinâmica das relações familiares. **Daí a necessidade de que os profissionais do Direito de Família sejam capacitados a prestar esclarecimentos e informar as partes da existência de caminhos pautados pela lógica da Mediação Interdisciplinar, e esta como ferramenta que possibilite nortear a compreensão das demandas judiciais**

A Mediação sendo uma teoria é um método para lidar com a complexidade, integrando os conhecimentos trazidos pelas várias disciplinas, ampliando a compreensão a respeito dos conflitos. Através da mediação, vê-se uma postura de responsabilidade pelo projeto de futuro que vai nortear a vida daquelas pessoas vinculadas por relações de afeto e familiares<sup>18</sup>.

A Mediação, além de um método, é uma ferramenta para a compreensão das demandas judiciais, bem como sua interdisciplinariedade que atende uma necessária mudança de paradigma voltada à finalidade de compreensão e de respeito à dinâmica das relações familiares:

Como evitar a escalada do conflito entre um homem e uma mulher que estão se separando?

Como estabelecer uma relação interrompida?

---

<sup>18</sup> A definição de Mediação encontra-se bem explicitada in: Arruda Barbosa, *Águda Mediação Familiar: Uma vivência interdisciplinar*, p.340.

Como apoiar um casal parental na procura de uma solução adaptada à história e às necessidades daquelas crianças?

Como os operadores do direito de família podem se preparar para atuar nos conflitos de família com mais dignidade e respeito pelo sofrimento e pela angústia humana?

A utilização deste paradigma, especialmente, no direito de família, provoca o fortalecimento e uma maior possibilidade das partes transformarem positivamente as situações de crise, mediante a priorização de uma filosofia intercomunicativa que preconiza a co-participação responsável. Assim, os envolvidos se tornam protagonistas das decisões assumidas, adquirindo habilidades para gerir suas próprias diferenças.

A mediação interdisciplinar contempla os paradoxos procurando enxergar o ser humano em sua totalidade, com suas contradições. Ela permite examinar o conflito, verificando quais os sinais, os sintomas, o equilíbrio dinâmico entre os sistemas.

A mediação é diferente de conciliação e arbitragem porque ela é um princípio<sup>19</sup>, um comportamento que assegura o livre desenvolvimento humano, capacitando os sujeitos de direito à conquista da liberdade interna, de ser humano, e à igualdade contida no princípio da dignidade humana.

De tal modo, a mediação se apresenta como uma forma de aperfeiçoamento da cidadania e de acesso à justiça, conectada ao acesso ao Direito, “permitindo que os conflitos sejam transformados – e não meramente solucionados, reducionismo incompatível com a sua natureza, que não admite esta forma de extinção, como a previsão geral para as relações jurídicas, desde que não envolvam emoções e sofrimento humano”<sup>20</sup>.

A mediação fundamenta-se teoricamente em linguagem própria, que não comporta julgamento e exclusão, mas a compreensão e a inclusão. A mediação não visa acordo, mas sim, à comunicação entre os conflitantes, com o reconhecimento de seus sofrimentos e, principalmente, com a possibilidade que o mediador oferece aos mediados de se escutarem mutuamente, estabelecendo uma dinâmica jamais vislumbrada antes da experiência da mediação.

A mediação interdisciplinar visa a restauração, ou a possibilidade dos sujeitos conviverem com os conflitos, e para isso, o mediador necessita partilhar de um conhecimento interdisciplinar.

---

<sup>19</sup> A definição de princípio encontra-se bem explicitada in: Arruda Barbosa, Âguida. **Prática da Mediação: Ética Profissional**, p.60.

<sup>20</sup> Para melhor análise verificar: Arruda Barbosa, Âguida. **Prática da Mediação: Ética Profissional**, p.59.

E quem é o mediador?

O mediador não intervém, não sugere, não induz, mas promove a escuta dos conflitantes em prol da comunicação, visando à recuperação da responsabilidade por suas escolhas e pela qualidade de convivência para a adequada realização da relação jurídica que os vincula, usando como técnica o deslocamento do olhar que se move do passado para se voltar ao futuro.

Seu papel é provocar, estimular para cooperar com os mediados a chegar ao lugar onde possam reconhecer algo que já estava ali<sup>21</sup>. A função do mediador não é ser mágico ou feiticeiro, mas precisa lançar o feitiço das palavras, que oriente uma satisfação possível compreendida através de sua sensibilidade para ver o outro além de si, em sua leitura do conflito. Este é o momento da magia da mediação!

O mediador interdisciplinar se faz necessário para desempenhar uma Mediação para e com o outro, pois é na visão do mediador transmoderno que se fará os mediados aprenderem, se conhecerem, e lidarem com suas vidas de maneira diferenciada, como um complexo integral, de maneira cidadã.

Nessa linha, o professor Luiz Alberto Warat ensina que, o mediador é aquele que deve usar toda a sabedoria para conseguir deixar o conflito fervendo, pois para ficar mediado é necessário chegar ao ponto de ebulição:

“Aquele que é incapaz de abrir, completamente, a porta do inferno será incapaz de abrir a porta do céu, que passa pelo inferno. O inferno tem que ser criado primeiro. A função do mediador começa por aí. Ninguém pode criar o céu primeiro. Os mediadores que apostam no céu se equivocam. Ninguém pode criar o céu para o outro, unicamente, pode estimular o inferno, para que o outro possa chegar ao céu. Quem não passa pela raiva, ciúme, dor, não pode alcançar o amor. Nós temos que estar fervendo, só então podemos evaporar.”<sup>22</sup>

A atividade do Mediador é de retirar o olhar dos mediados, focado no passado e no presente para libertá-los e enxergar o futuro, **é atividade que requer muito estudo, informação criteriosa e formação**. Por isso, a mediação familiar só pode ser fundamentada pela interdisciplina<sup>23</sup>, capaz de ampliar a capacidade humana para a percepção da possibilidade de um encontro entre diferentes pontos de vista, permitindo a transformação do conflito.

---

<sup>21</sup> WARAT, Luiz Alberto. Surfando na pororoca: ofício do mediador: Florianópolis: Fundação , 2004, pág. 13.

<sup>22</sup> WARAT, Luiz Alberto. Surfando na pororoca: ofício do mediador: Florianópolis: Fundação , 2004, pág. 54.

<sup>23</sup> BARBOSA, Águida Arruda. Mediação Familiar: Uma vivência Interdisciplinar: In: Direito e Psicanálise – Um Novo Horizonte Epistemológico, pág.344.

Dessa função mediadora emerge um mediador emancipado, desenvolvido, numa matriz interdisciplinar, não só preparado em aplicar técnicas, mas em se transformar com os mediados, des-cobrimdo, cada participante, as máscaras e preconceitos que contém.

A Mediação Interdisciplinar apresenta um valor democrático que é a possibilidade de decidir por si e por meio de reflexão com o outro envolvido no caminho. Nesse caminho, apresenta um escopo psico-pedagógico pois leva o ser humano a aprender a lidar diretamente consigo e com o outro<sup>24</sup>. A complexidade humana não poderia ser compreendida dissociada dos elementos que a constituem – todo desenvolvimento verdadeiramente humano, significa o desenvolvimento dos conjuntos das autonomias individuais, das participações comunitárias e dos sentimentos de pertencer à espécie humana<sup>25</sup>.

Daí, a Mediação é o próprio trabalho de aprendizagem da administração dos conflitos dos desejos.

Trata-se de um conhecimento organizado que agrega ao direito para ampliar a sua atuação e eficácia, capaz de promover a reorganização do conflito<sup>26</sup>, a partir de um saber que toma por empréstimo os saberes de outras disciplinas, integrando-os num conhecimento de nível superior.

A teoria de governo de virtude cívica ensina que melhores pessoas fazem melhores cidadãos e que melhores cidadãos produzem governos e sociedades melhores. Famílias melhores, é claro, produzem melhores indivíduos que são melhores cidadãos. As famílias podem viver sem a sociedade, mas nenhuma sociedade estável e duradora pode existir sem a família. A família é a própria sementeira da democracia.”<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> MENDONÇA, Rafael. Trans Modernidade e Mediação de conflitos: Pensando paradigmas, devires e seus laços como um método de resolução de conflitos, pág.115.

<sup>25</sup> MENDONÇA, Rafael. Trans Modernidade e Mediação de conflitos: Pensando paradigmas, devires e seus laços como um método de resolução de conflitos, pág.116.

<sup>26</sup> BARBOSA, Águida Arruda. Mediação Familiar: Uma vivência Interdisciplinar: In: Direito e Psicanálise – Um Novo Horizonte Epistemológico, pág.343.

<sup>27</sup> FACHIN, Luiz Edson, Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil, Rio de Janeiro, Editora Renovar, pag. 38.

---

# ARGUMENTACIÓN JURÍDICA SISTÉMICA INTERDISCIPLINARIA

## UNA NUEVA MANERA DE FUNDAMENTAR DE MODO CONTUNDENTE Y EFICAZ<sup>1</sup>

---

Jorge Isaac Torres Manrique<sup>2</sup>

### 1 A MODO DE JUSTIFICACIÓN

La motivación de la presente entrega encuentra holgada acreditación, basilarmente en la capital importancia que viene cobrando la argumentación o fundamentación jurídica, no solamente en el Estado peruano y en la consecuente necesidad de contar con las armas suficientes como necesarias, a efectos de ofrecer

---

<sup>1</sup> La presente entrega corresponde al muy sucinto contenido de nuestra ponencia intitulada: “*Argumentación jurídica sistémica interdisciplinaria. Una nueva manera de fundamentar de modo contundente y eficaz*”, ofrecida en fecha 02/12/16 (Lima, Perú), en el Curso Internacional de Post Grado en Argumentación Jurídica y Derechos Fundamentales (evento en que también fue ponente, el ilustrísimo maestro Dr. Robert Alexy) y que estuvo dirigido a Jueces y Fiscales Supremos, Ministros y Viceministros, Miembros del Tribunal Constitucional, Directivos y altos funcionarios y especialistas. Invitación fue gentilmente realizada por nuestro colega y amigo, Dr. Reyler Rodríguez Chávez. Y asimismo, lo propio de lo expuesto en fecha 16/12/16 y también próximamente en una segunda parte; mediante videoconferencias transmitidas vía Facebook, que fueron organizadas por el Instituto Jurídico Internacional de Torino (Italia), para sus miembros inscritos, gracias a una especial invitación realizada por parte de su Director, nuestro también amigo y colega, Avv. Ph.D. Riccardo Perona. A los mismos, les agradecemos muy de sobremanera por tan inmerecida deferencia, de poder participar en tan relevantes como exitosos eventos académicos.

<sup>2</sup> Consultor Jurídico. Abogado por la Universidad Católica de Santa María (Arequipa). Egresado de los Doctorados en Derecho y Administración, y de las Maestrías en Derecho Empresarial y Derecho Penal, por la Universidad Nacional Federico Villarreal (Lima). Columnista de la Asociación Civil El-terno.com (Perú). Miembro del Comité Científico Internacional del Instituto Jurídico Internacional de Torino (Italia). Miembro Asociado de E-Justicia Latinoamérica (Argentina). Experto en Derecho Empresarial y Administrativo, en Avalón, la Red de Expertos de España, Portugal y Latinoamérica (España). Miembro, par académico evaluador, corresponsal e investigador externo adscrito al Instituto Vasco de Derecho Procesal (País Vasco). Par académico evaluador de la Revista Misión Jurídica, de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca (Colombia). Investigador Externo de la Universidad Global (Honduras). Miembro Consultivo Nacional y Director de Investigaciones de la Revista de Actualidad Jurídica Essentia Juris (Perú). Director, Traductor, Autor y Coautor de diversos libros Derecho Constitucional, Procesal Constitucional, Derechos Fundamentales, Garantías Constitucionales y Justicia Restaurativa. Autor de diversos artículos de carácter jurídico y de administración, en importantes medios físicos y virtuales de más de veinte países. Ponente nacional e internacional en diversos eventos académicos de carácter jurídico. kimblellmen@outlook.com.

y presentar una muy buena defensa o exposición de lo que se pretende decir o sustentar.

Ello, en el marco del protagonismo o preponderancia de la oralización o principio de oralidad que abrazan los procesos judiciales que comportan el Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957 y la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497, principalmente.

No obstante, nuestra propuesta no solo se encuentra circunscrita u orientada, para su aplicación en los demás procesos en sede judicial, sino, que comporta también los predios administrativos. En iguales términos, no solamente contiene una aplicación oral, ya que, su plasmación por la vía impresa, física o escrita, también registra la viabilidad y utilidad suficiente en términos de argumentación recargada o integral. Es por ello, que a nuestra propuesta, la argumentación jurídica sistémica, también la hemos denominado, sistémica interdisciplinaria.

Además, la oralización o carácter expositivo no solo se hace presente en las normas legales señaladas, tal es así, que es de verse que en los diversos procesos judiciales se encuentra presente una etapa de audiencia y otra de juzgamiento, por decir lo menos.

Por otro lado, resulta capital considerar que a diferencia del otrora derecho positivo de Kelsen (el que consideraba al mismo solamente como un conjunto de leyes, las mismas que podían incluso superponerse, contradecirse), en la actualidad contamos con un sistema jurídico, el cual se presenta completamente entrelazado, complementado y líneas generales, sistematizado.

En consecuencia, consideramos que en vista que precisamente nos desenvolvemos en un sistema jurídico, resulta errado (por decir lo menos) actuar o fundamentar a nivel procesal judicial o administrativo, utilizando solo una parte del mismo. En ese orden de ideas, nuestra presente propuesta la hemos denominado: *Argumentación jurídica sistémica interdisciplinaria*.

Cabe agregar, que la presente proposición de fundamentación, presenta como antecedente a nuestra anterior y reciente propuesta, que denominamos: "*Tetra análisis jurígeno*" y que presenta cuatro niveles: la legalidad, constitucionalidad, convencionalidad y legitimidad.

## 2 DEFINIENDO LA MISMA

La argumentación jurídica sistémica interdisciplinaria, que proponemos en la presente oportunidad, consiste en fundamentar o argumentar de manera completa, total, sólida como contundente.

La misma proporciona una protección recargada, en tanto, que dicha forma o estructura argumentativa asegura un respaldo que comporta el completo abanico de posibilidades para tal fin, esto es, la totalidad de fuentes del derecho.

Concibe la denominación de “*sistémica*”, en razón a su permanente interactuar entre las diversas etapas que presenta su completa estructura.

Empero, es preciso dejar constancia, que si bien es cierto que la mencionada manera de fundamentar es básicamente realizada desde los predios jurijenos, no significa que en dicho enfoque agota su accionar o naturaleza.

Así, el presente tipo o método de argumentación, es además, “*interdisciplinaria*”, pues, abarca también la totalidad de las diversas ciencias o disciplinas distintas o ajenas al derecho.

La explicación del por qué de la inclusión a las mismas en una fundamentación de orden jurídico, encuentra su basamento en que en no pocas oportunidades las vulneraciones o elementos a favor (según sea el caso), se encuentran única y exclusivamente en el mundo del derecho.

### **3 ESTRUCTURA**

Ante todo, como cuestión previa, resulta imprescindible precisar que hemos planteado nuestra propuesta a través de una estructura.

Sin embargo, la misma debe ser entendida de manera andragógica (explicativa o de enseñanza a adultos —a diferencia de la pedagógica, cuya orientación resulta ser los menores de edad— no solamente a efectos de ser entendida, sino también, para su correcta usabilidad.

En ese sentido, dentro de la estructura de la argumentación jurídica sistémica proponemos la existencia de siete etapas o estadios, a saber: i) La legalidad, ii) la constitucionalidad, iii) Los precedentes vinculantes, iv) Las demás fuentes del derecho, v) Convencionalidad, vi) Multidisciplinarietà, y vii) Legitimidad. Estructura que desarrollamos en los siguientes términos:

#### **3.1 LA LEGALIDAD**

La presente etapa se encuentra identificada y circunscrita en lo regulado en la ley. Así, es de verse que la etapa de legalidad se plasma cuando se sustenta, tanto para solicitar, demandar, decidir, entre otros; en la aplicación de lo prescrito en la norma legal.

Cabe agregar, que la prevalencia de la vigencia de la legalidad (de la ley), se materializó en el otrora Estado de derecho.

### 3.2 LA CONSTITUCIONALIDAD

Este estadio hace las veces de complemento de lo prescrito por la ley. Esto es, cuando la ley no es suficiente (como en efecto lo es), la Constitución Política otorga una protección más amplia a los derechos fundamentales o les otorga el rango constitucional.

### 3.3 LOS PRECEDENTES VINCULANTES

La existencia de los Precedentes Vinculantes es también capital, puesto que según el Tribunal Constitucional peruano, su naturaleza de expedición embarga, es basilaramente cuando:

i) Se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia la precedentes conflictivos o contradictorios, ii) Se advierte que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez genera una indebida aplicación de la misma, iii) Se comprueba la existencia de un vacío normativo, iv) Se demuestra la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso aplicable a un caso concreto y en donde caben varias posibilidades interpretativas, y v) Se constata la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

En ese sentido, siguiendo ese orden de ideas, resulta evidente que para una mejor y uniforme administración de justicia y correspondiente salvaguarda de los derechos fundamentales, tanto la Ley, como la existencia de la Constitución Política, no bastan, no alcanzan, pues, son insuficientes.

### 3.4 LAS DEMÁS FUENTES DEL DERECHO

En esta etapa se encuentran incluidas: la jurisprudencia, la doctrina, la costumbre jurídica y los principios generales del derecho.

A propósito, es sabido que la aplicación de las fuentes del derecho, registran una prelación que observar. Entonces, dejamos constancia que las fuentes del derecho desempeñan un importante rol, en tanto, posibilitan que completar el alcance o en su defecto, operan ante lo no previsto por la Ley, la Constitución Política y los Precedentes Vinculantes.

### 3.5 LA CONVENCIONALIDAD

En principio, es de tener en cuenta que la Cuarta Disposición Final y Transitoria, de la Constitución Política, enseña: *“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”*.

Además, referir que el Art. V.-, del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respecto de la Interpretación de los Derechos Constitucionales, preconiza: *“El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”*.

En consecuencia, dado que el Perú ha ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, su aplicación deviene en necesidad obligatoria.

Cabe mencionar, que los alcances e interpretación de los derechos fundamentales, que posibilita la Convención Americana de Derechos Humanos, son más amplios que los contenidos en la Constitución Política y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no solo peruanos.

Huelga agregar, que la preponderancia de aplicación de la constitucionalidad, de los precedentes vinculantes, de las otras fuentes del derecho y de la convencionalidad, caracteriza a los lineamientos de un Estado constitucional de derecho, que a propósito corresponde al tipo de Estado vigente, que rige nuestro actual ordenamiento jurídico.

### 3.6 LA MULTIDISCIPLINARIEDAD

No obstante, casi agotado el análisis jurídico, para efectos de fundamentación de manera esquemática, cabe dejar constancia que los diversos casos presentados, no solamente abrazan consideraciones atinentes al mundo del derecho, sino que también, de índole de adicionales disciplinas y ciencias.

Entonces, *verbi gratia* se entiende que pueden estar presentes postulados o principios de la ingeniería, biología, economía, entre otras. Ello, como basamento que la sola óptica del derecho no resulta suficiente para alcanzar o conseguir la tan anhelada justicia para cada caso concreto.

A propósito, dejamos constancia que lo que la presente etapa comporta es un análisis de todo el caso, pero a la luz de una disciplina y ciencia distinta al derecho. En ese sentido, la distancia de la actividad del peritaje queda insuficiente, puesto que solo se aboca a un punto o finalidad establecido o requerido —no ingresan a tallar todas las disciplinas o ciencias— por ello, es que decidimos denominar a este acápite, como el de la: multidisciplinariedad.

### 3.7 LA LEGITIMIDAD

La presente etapa conocida también como de la justeza o justicia, es la última, la que completa nuestra propuesta de argumentación o fundamentación jurídica sistémica interdisciplinaria. Que es a lo que finalmente se debe aspirar arribar, es decir, no solamente a una decisión o fundamentación que se encuentre basada en la ley, Constitución Política, Precedentes Vinculantes, las demás fuentes del derecho, la convencionalidad y la multidisciplinariedad; sino también, en la justicia.

Entonces, luego del sesudo y estricto análisis de las seis anteriores etapas, es que estaremos en condiciones de determinar la justeza en nuestra sustentación, pretensión, decisión, entre otros.

Asimismo, consideramos oportuno hacer referencia acerca de la justicia restaurativa, en tanto actualmente posee gran aceptación y aplicación en no pocos países del orbe (lo que saludamos sobremanera).

Sin embargo, amerita dejar constancia que la misma comporta el abrace de una justicia de conformidad a los principios de la restauración no solo del agraviado (lo mismo podemos afirmar respecto de la justicia constitucional, esto es, que entiende la justicia desde una óptica constitucional). Actualmente, la justicia restaurativa se constituye en lo más cercano a la concepción de la justicia propiamente dicha.

Por otro lado, señalamos que la justicia restaurativa, viene a ser como la otra Cuarta Ola, en razón a su relación en el tema del lugar enumerativo que evoca la ya denominada Cuarta Ola<sup>3</sup>, la que se caracteriza basalmente por la inteligencia artificial y la interface entre nanotecnología y la biología sintética.

---

<sup>3</sup> GARRIDO KOEHLIN, Juan José. *La cuarta ola*. En línea: Recuperado en fecha 30/05/17, de Diario Peru21 <http://peru21.pe/opinion/juan-jose-garrido-cuarta-ola-2217995>, Lima.

A propósito, huelga recordar respecto de las tres anteriores Olas, que la primera, se caracterizó por revolución agrícola, la segunda, por la revolución industrial, y la tercera, por la información y desarrollo tecnológico que terminó yéndosele de las manos a propios y extraños.

En ese orden de ideas, respecto del tema que nos ocupa, amerita hacer mención a que consideramos que la primera otra Ola sería, la justicia privada, también denominada venganza privada o Estado de naturaleza, aquella caracterizada por las justicia hecha por propia mano del afectado.

La segunda otra Ola, vendría a ser el Estado de derecho, en el cual, es el derecho (y no las personas) es quien toma las riendas de la administración y organización del poder. Específicamente, es la Ley quien tiene el respectivo protagonismo.

Estimamos que la tercera otra Ola, es aquella donde ya no manda la Ley, sino, la Constitución, generando que todo el aparato normativo de un Estado, se alinee o registre ineludible sintonía con lo preceptuado en la Constitución Política. Se le denomina: Estado Constitucional de derecho. Dicho sea de paso, la presente Ola, es la actualmente nos rige y nos encontramos.

Así también, señalamos que la otra cuarta Ola, denominada: Justicia Restaurativa, es la que se caracteriza por fortalecer o humanizar los mandatos de la Constitución Política. Esto es, lograr que la eventual vulneración de los derechos fundamentales se vea debidamente resarcida, restituida, reconstruida, restaurada. Así, a la política de Estado aplicada de conformidad a la justicia restaurativa, la hemos denominado Estado Restaurador de derecho. La misma que, sostenemos viable de pronta materialización.

En ese orden de pensamiento, consideramos que la quinta y última otra Ola, sería aquella política de Estado donde la justicia se yerga por sobre todo el sistema jurídico. Hemos denominado a la misma como: Estado de justicia, esto es, cuando se decida o resuelva conflictos, únicamente a la luz de la legitimidad o justeza. No obstante, somos que para su eventual llegada tendríamos que esperar no pocas décadas, centurias, tal vez más.

#### **4 ACERCA DE SU APLICACIÓN**

El presente acápite se constituye tal vez, en el más importante de la presente propuesta. Ello, en razón a que es aquí que explicamos acerca de la manera de cómo abordar lo concerniente a su aplicación y lo hacemos en los siguientes términos:

En ese sentido, en primer lugar, es preciso dejar de lado las ideas o convicciones preconcebidas, acerca de la construcción de la respectiva argumentación jurídica sistémica interdisciplinaria, a aplicar al caso en concreto.

Ello, en razón a que ciertamente consideramos que asumir una posición inicial, cuando aun no se han desarrollado la totalidad de etapas que contiene este tipo de argumentación – esto es, las siete que contiene y observando *in estrictu sensu*, el orden referido: i) La legalidad, ii) La constitucionalidad, iii) Los precedentes vinculantes, iv) Las demás fuentes del derecho, v) La convencionalidad, vi) La multidisciplinarietà y vii) La legitimidade –.

Señalamos que debe respetarse estrictamente el orden de desentrañamiento, en vista a que el presente tipo de argumentación que postulamos, presenta en su estructura una secuencia de análisis progresivo ascendente

Entonces, tenemos que mencionar que lo que se tiene que hacer en principio, es analizar el caso desde el punto de vista de la legalidad. Ello comporta llegar a determinar si la resolución, demanda, etc., se ajusta a lo dispuesto en la ley de la materia. De no ajustarse a ello, tendremos en primer lugar que hemos arribado al convencimiento que dicho documento deviene en ilegal, por ejemplo.

De la misma manera, se tendrá que ir avanzando con los demás estadios de la correspondiente estructura de dicha manera argumentativa.

Solo así, al finalizar la misma, podremos llegar a la nítida como contundente conclusión, que dicho caso observa o se unimisma con: la legalidad, la constitucionalidad, los precedentes vinculantes, las demás fuentes del derecho. Pero, sin embargo, inobserva: la convencionalidad, la multidisciplinarietà y la justicia.

Entonces, es en ese sentido que se tendrá la basilar estructuración de nuestra argumentación jurídica sistémica interdisciplinaria, es decir, exponer fundamentadamente, con cuales de las siete etapas de la misma cumple el respectivo caso o documento y cuales no. Así, al juzgador se le pedirá que advierta ello antes de expedir su fallo (queda claro, ante un planteamiento de dicha naturaleza, una suerte de “seven pack”, el mismo deberá manifestarse en dichos extremos y alcances).

Sin embargo, es preciso dejar constancia que la única manera determinar ello – es decir, de colegir que lo que se quiera fundamentar (a favor o en contra), cumpla con alguna o ninguna de las siete etapas señaladas y de manera muy extraordinaria, con la totalidad de etapas – es precisamente terminar de desarrollar el fundamento de las siete etapas. Es recién ahí, que se podrá evidenciar de ser el caso, en que etapa de las ellas se alcanzó los postulados de la justicia o tal vez, en ninguna.

Por ejemplo, en un caso cualquiera se puede determinar que luego de agotar el análisis respectivo para la argumentación requerida, las vulneraciones abracan terrenos no solo jurídicos – en estricto orden de aplicación: i) La legalidad, ii) La constitucionalidad, iii) Los precedentes vinculantes, iv) Las demás fuentes del derecho, y v) La convencionalidad – sino también de otra disciplina o ciencia, o más de una.

Es entonces, que se tiene que dar paso a la aplicación de la multidisciplinariedad (fase seis). Y es este punto, se precisa determinar si también se observa o no, los principios o postulados de la administración, por citar una de ellas. Entonces, de ser el caso (esto es, cuando corresponda), se podrá advertir que quizá no se haya realizado el diagnóstico situacional previo, tampoco se haya establecido los objetivos y resultados e incluso, no se haya previsto una partida presupuestal para el propósito requerido.

Es de resaltar, que la utilización de la multidisciplinariedad no obliga necesariamente la intervención o análisis de la totalidad de disciplinas o ciencias del saber humano, ya que, ciertamente devendría en impracticable. Por ello, consideramos que de acuerdo a la naturaleza de cada caso, se podría advertir la presencia de una o más disciplinas o ciencias, adicionales al derecho, a las cuales poder recurrir.

Luego de haber concluido el desarrollo de la dilucidación de la etapa denominada: multidisciplinariedad, es cuando recién estaremos en condiciones de poder establecer si se observó o no (tanto para demandar, contestar o sentenciar) cada una de las seis etapas referidas y así también, lo propio de la séptima y última, que es la justeza, legitimidad o justicia.

Es entonces, que con la legitimidad arribamos o accedemos finalmente a una mirada completa, panorámica, lo que nos permitirá poder tomar conciencia de lo que en realidad comporta el abrace de la justicia.

En ese sentido, en esta última etapa podremos establecer si se accedió o permitió el acceso a la justicia, en alguna(s) etapa(s), o tal vez, en ninguna de ellas.

## **5 ¿CÓMO VIENE UTILIZANDO LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA?**

El presente punto deviene en capital, en tanto se constituye en tema muy relevante de la justificación de nuestra presente propuesta.

Y es que, hemos observado que tanto a nivel judicial como administrativo, se asume cuasi unánimemente (a nivel estructural), como máximo o en el mejor de los casos, cuatro etapas — esto es: legalidad, constitucionalidad, precedentes

vinculantes y las demás fuentes del derecho — dejando de lado las tres restantes — es decir: convencionalidad, multidisciplinariedad y legitimidad o justeza —.

Así, sendos escritos son presentados, conteniendo de manera incompleta una argumentación contundente y efectiva, tal y como la que corresponde a nuestra propuesta a la que hemos denominado: argumentación jurídica sistémica interdisciplinaria.

## 6 ¿QUÉ SE LE OFRECE AL JUSTICIABLE O ADMINISTRADO?

Este acápite es muy importante, en tanto que al justiciable se le ofrece, tanto en sede administrativa y judicial, una respuesta a su pedido, pero, básicamente en términos de legalidad, constitucionalidad y de precedentes vinculantes.

Entonces, tenemos que en suma, lo que se le ofrece es una supuesta justicia legal (ajustada a lo previsto en la ley), una justicia constitucional (que engloba lo preconizado en la Constitución Política) y en su caso, una justicia de precedente vinculante (que observará escrupulosamente lo registrado uno o varios precedentes vinculantes); Pero de manera alguna en términos de convencionalidad, multidisciplinariedad y justeza, legitimidad o justicia propiamente dicha.

## 7 ¿QUÉ ES LO QUE EL JUSTICIABLE O ADMINISTRADO ESPERA SE LE OTORQUE?. ¿QUÉ SE LE DEBE OTORGAR?

Consideramos que resulta lógico (por decir lo menos), que el justiciable o administrado espere una respuesta de la administración de justicia (de los actores de la misma) y la administración pública y privada, precisamente en términos de justicia, esto es, que le otorgue lo que le corresponde y no solamente lo que la ley, la constitución política, los precedentes vinculantes y las demás fuentes del derecho dispongan.

La explicación radica en la definición de la palabra: Justicia: que se unimisma con el dar a cada quien lo que le corresponde. Justiniano señaló a la misma como: *“La Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho”*.

A propósito, a diferencia del significado de: Derecho: *“Es un sistema u ordenamiento jurídico de normas obligatorias, sistemáticamente jerarquizadas, que regulan el desenvolvimiento de la vida humana en sociedad. Es un arte, una disciplina que crea, desarrolla, interpreta, ordenamientos y principios jurídicos. No es*

*ya un mero conjunto de normas (positivismo), tampoco fue o posee carácter de ciencia”.*<sup>4</sup>

En consecuencia, queda claro que la definición de Justicia, resulta distinta y de difícil arribo, en comparación con el Derecho.

Al respecto, resulta preocupante constatar que en no pocas oportunidades, algunos colegas y alumnos de las facultades de: Derecho, equiparan o tratan como sinónimos a los términos: Derecho y Justicia.

Y es que no necesariamente la ley, la constitución política, los precedentes vinculantes y las demás fuentes del derecho, abrazan o llegan a alcanzar el fin que la justicia precisa para ser tal.

En tal sentido, sostenemos que lo que espera el justiciable o administrado y lo que se le debe dar, es precisamente Justicia y no Derecho solamente. No afirmamos que el significado de Derecho sea nocivo o erróneo, solo decimos que es distinto, a diferencia del de Justicia, que resulta ser mucho mas amplio y saludable, para la finalidad del presente este trabajo, que comporta una fundamentación o argumentación total, integral, contundente y eficaz.

## **8 ¿QUÉ PROPONEMOS CON LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA SISTÉMICA INTERDISCIPLINARIA?**

En principio, descartamos de plano la mera hiper argumentación jurídica, repetición o atiborración de la misma.

Lo que proponemos, es elevar a la argumentación jurídica a un nivel completo e integral. Esto es, dotar de una suerte de herramienta que facilite y asegure un análisis y fundamentación total, completa, en procura de alcanzar una debida como esperada administración de justicia, en justicia propiamente dicha.

Ello, en el entendido que la justicia no solo atañe al mundo del derecho, sino también, de manera complementaria, al de las demás disciplinas y ciencias del saber humano.

---

<sup>4</sup> TORRES MANRQUE. Jorge Isaac. *Lecciones de derecho constitucional contemporáneo*. Centro de Investigación Jurídica Essentia Iuris. Lima, 2016, p. 160.

## 9 CONCLUSIONES

La argumentación jurídica sistémica e interdisciplinaria, es una estrategia de argumentación jurídica que contiene como derrotero, el abrace sólido, integral y completo, a efectos de buscar abrazar la tan ansiada justicia.

La totalidad de estadios no se aplican a todos los casos. No obstante, para poder determinar en que medida de los mismos y a que casos específicos, resulta imprescindible aplicar la totalidad de los siete pasos o etapas de la argumentación jurídica sistémica e interdisciplinaria.

Con su aplicación se evita las demandas, defensas y sentencias (así como, su correlato en sede administrativa) meramente legalistas, constitucionalistas y convencionalistas, que desconozcan los postulados de la justicia.

- Consideramos que los presentes alcances de nuestra propuesta, esto es, la argumentación jurídica sistémica e interdisciplinaria, constituyen un camino, un punto de partida, mas, en modo alguno de llegada. Esto es, un punto de vista y manera alguna, el único punto de vista.

- Entonces, la trascendencia de la argumentación jurídica sistémica e interdisciplinaria, radica en la constante necesidad de búsqueda de una mejor manera de fundamentar, se constituya en efectiva garante de la defensa y vigencia de los derechos fundamentales.

## 10 SUGERENCIAS

Consideramos de primer orden, el preferir el arribo de la justicia como norte de la administración de justicia, anteponiéndola a cualquier otro tipo de consideración.

Urge la discusión, debate, fomento, difusión y adopción, de la argumentación jurídica sistémica e interdisciplinaria, en los niveles de pre y post grado y así también, en el ejercicio abogadil.

Proponemos la creación de juzgados multidisciplinarios y sistémicos.

Sugerimos también la creación de estudios jurídicos multidisciplinarios y sistémicos.

Confucio decía que: *"Es mejor encender una vela que maldecir la oscuridad"*. Al respecto, proponemos la iluminación y avance, en lugar del conformismo e involución. Sobre todo en una temática tan relevante como sensible, como es la argumentación jurídica en la administración de justicia.

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GARRIDO KOEHLIN, Juan José. La cuarta ola. En línea: Recuperado en fecha 30/05/17, de Diario Peru21 <http://peru21.pe/opinion/juan-jose-garrido-cuarta-ola-2217995>, Lima.

TORRES MANRQUE. Jorge Isaac. Lecciones de derecho constitucional contemporáneo. Centro de Investigación Jurídica Essentia Iuris. Lima, 2016.

---

# HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E DERROTABILIDADE NORMATIVA: CAMINHOS PARA UM DIREITO HUMANISTA

---

**Ana Cristina Lemos Roque<sup>1</sup>**

**Bruno Giovannini de Paulo<sup>2</sup>**

## INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos com o advento do pós-positivismo, a derrotabilidade tem sido destaque nas áreas da teoria geral do Direito e da argumentação; tema ainda pouco desenvolvido em nossos meios acadêmicos, a derrotabilidade normativa se apresenta como um método capaz de conciliar a lógica e a argumentação jurídica.

Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humanapodem ser utilizados para valorar direitos da mesma espécie de valores.

Os direitos fundamentais surgiram na França, dando origem à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datado de 1789. Assim os despontam como núcleo central do constitucionalismo e do Estado constitucional democrático.

Os direitos fundamentais foram consagrados nas constituições de diversos países, o princípio da dignidade da pessoa humana foi alçado à condição de valor jurídico supremo sendo um dos traços marcantes do neoconstitucionalismo, onde o homem passa então a ser o centro e o fim do direito.

Dessa forma, podemos dizer que o fenômeno da positivação nas declarações de direitos e Constituições possui relevância na medida em que a dignidade passa a ser um valor tipicamente jurídico, revestido de normatividade, deixando de ser tão somente um valor moral. Como consequência, a pessoa humana, de mero reflexo da ordem jurídica, passa a ser considerada o objetivo

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito na área de concentração "Teoria do Direito e do Estado" no Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, sendo bolsista CAPES/PROSUP (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior). Possui Graduação em Direito pela Universidade Gama Filho. Especialista em Direito, nas áreas de Direito Empresarial e Tributário. Advogada e Professora atuante na Comarca de São José do Rio Preto-SP.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito na área de concentração "Teoria do Direito e do Estado" no Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito do Centro Universitário Eurípedes de Marília/SP (UNIVEM), Especialista na área de concentração Direito Penal. Delegado de Polícia Civil no Estado de Minas Gerais.

supremo, impondo à relação do indivíduo com o Estado uma presunção a favor do ser humano e de sua personalidade, assim pode-se dizer que o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado.

Os direitos fundamentais consagrado como valor supremo introduz um freio a todo voluntarismo jurídico do Estado, quebrando as bases do positivismo jurídico e da subsunção lógica, representando assim uma resistência a qualquer arbitrariedade sendo uma reafirmação de que a pessoa não é mero reflexo da ordenação jurídica e sim meio e fim.

A atividade interpretativa agora desenvolvida no âmbito do Poder Judiciário assumiu uma importância ainda maior, após o advento das profundas mudanças operadas no constitucionalismo pós-segunda guerra mundial, pode-se dizer que a importância que adquiriu a discricionariedade na aplicação do direito vem sendo ampliada gradativamente, tanto pela ponderação na aplicação dos princípios, quanto pela necessidade de identificação e delimitação de seu conteúdo normativo, cuja ponderação cabe ao intérprete operador do direito.

Sob esse contexto, os direitos fundamentais não são absolutos, podendo ser relativizados em face de outros direitos fundamentais ou ainda de interesses públicos constitucionalmente protegidos. Ao admitirmos a derrotabilidade desses direitos fundamentais não podemos admitir o enfraquecimento desses direitos também tutelados, a derrotabilidade de uma norma de direito fundamental requer argumentação racional baseada em rigorosa fundamentação.

## **1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os direitos fundamentais - dotados de características universais e imutáveis, que assim os tornam intangíveis - também chamados de Direitos Humanos, "funcionam como a matriz da dignidade da pessoa humana" (POZZOLI, 2001 p.139). Isso também se deve pela razão de que os mesmos são requisitos garantidores de dignidade, que é algo inviolável. "O processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, o homem, como centro da titularidade de direitos" (CANOTILHO, 1998, p. 380).

A Constituição, como elemento integrador e conformador da sociedade, irá refletir seus compromissos fundamentais e buscar, por meio da garantia das liberdades individuais e coletivas, a concretização dos valores por ela consagrados.

Segundo Bonavides (2005, p. 562):

A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana.

## Segundo Alexandre de Moraes,

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais. (MORAES, 2008, p. 5)

Destaca-se que a junção de todas as classificações das funções dos direitos fundamentais é o que o classifica como direito multifuncional, devido aos próprios direitos que visa garantir.

A finalidade precípua dos direitos fundamentais é a de outorgar direitos que são considerados necessários para uma vida digna, limitando o poder do Estado. Para Sarlet (2001, p. 238), a multifuncionalidade dos direitos fundamentais decorrente de análise dos próprios direitos fundamentais, cujas funções principais são os Direitos de Defesa e os Direitos a Prestações. Sua multifuncionalidade decorre dos próprios direitos os quais visa garantir; dessa forma encontram-se classificados em grupos, conforme suas funções ou gerações.

Dessa forma, os direitos fundamentais não são absolutos e sim relativos, posto que como visto, poderá haver colisão entre estes direitos, portanto, não podendo um se sobrepor ao outro devendo o interprete utilizar de ponderação para a aplicabilidade e eficácia de todos direitos fundamentais.

Entretanto, é passível de entendimento que tais características são valorativas por enaltecerem direitos humanos que possuem caráter de proteção à dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da Republica Federativa do Brasil, e constante no preâmbulo constitucional.

Para Marinoni, os direitos fundamentais se relacionam com as normas restritivas e conformadoras, sendo que as primeiras restringem ou limitam posições que estão inseridas no âmbito de proteção do direito, enquanto que as normas conformadoras, em sentido oposto, têm o objetivo de densificar e concretizar o direito fundamental (MARINONI, p. 30).

A teoria de que os direitos fundamentais têm função de mandamento de tutela (ou de proteção), obrigando o juiz a suprir a omissão ou a insuficiência da tutela devida pelo legislador, facilita muito a compreensão da possibilidade de a jurisdição poder cristalizar a regra capaz de dar efetividade aos direitos fundamentais. A questão passa a dizer respeito à possibilidade de se entender que o juiz pode suprir a omissão de tutela do legislador aos direitos fundamentais. Como os direitos fundamentais trazem ao Estado o dever de protegê-los, a omissão de proteção, ao ser detectada no processo jurisdicional, obriga o juiz a supri-la. Ou seja, no caso de inexistência ou insuficiência da proteção normativa, o juiz deve outorgar a tutela do direito fundamental (MARINONI, p. 31).

Segundo Mello (2016, p. 22), a Constituição nacional é bastante precisa e clara na fixação dos direitos fundamentais, de modo que pouco se faz necessária a atuação do legislador infraconstitucional, os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata

Convém esclarecer que, a despeito de serem obrigatórios por estarem previstos constitucionalmente, os direitos fundamentais nem sempre serão aplicados quando em colisão com outros direitos fundamentais.

Destarte, os direitos fundamentais não são absolutos e sim relativos. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, se ocorrer colisões entre esses direitos, não pode um se sobrepor ao outro; portanto, caso ocorra uma colisão de direitos fundamentais, deve o intérprete se utilizar de ferramentas visando a correta aplicação e eficácia de todos os direitos fundamentais.

Canotilho (2008, p. 1274) explica da seguinte forma:

a necessidade de as regras do *direito constitucional de conflitos* deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na *prevalência* (ou relação de *prevalência*) de um direito ou bem em relação a outro (D1 P D2). Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas e depois de um *juízo de ponderação* se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que outro (D1 P D2)C, ou seja, um direito (D1) prefere (P) outro (D2) em face das circunstâncias do caso (C).

Os direitos fundamentais, como normas principiológicas legitimadoras do Estado – que traduzem a concepção da dignidade humana de uma sociedade –, devem refletir o sistema de valores ou necessidades humanas que o homem precisa satisfazer para ter uma vida condizente com o que ele é. Com efeito, os direitos fundamentais devem exaurir a ideia de dignidade humana, porém não mais uma ideia de dignidade associada a uma natureza ou essência humana entendida como um conceito unitário e abstrato, mas como o conjunto de valores ou necessidades

decorrentes da experiência histórica concreta da vida prática e real. Tais valores, sem dúvida, possuem objetividade e universalidade na medida em que refletem os interesses universalizáveis de todos os homens, generalizáveis por meio do discurso racional e do consenso (LOPES, 2001, p. 69).

## 2 PRINCÍPIOS E REGRAS

O ordenamento jurídico, de acordo com a clássica formulação de Kelsen (2002), é um sistema hierárquico de normas. Isto significa dizer que uma norma, para ser válida, é necessário que busque seu fundamento de validade em uma norma superior, de maneira que todas as normas retirem sua validade de uma mesma norma fundamental.

Por tal razão, é a Constituição, como fonte de validade de todas as normas, que confere a necessária coesão ao ordenamento. É também a Constituição que contém um sistema aberto de princípios e regras que vão orientar todo um sistema.

Neste ponto é interessante analisar a distinção entre princípios e regras. Afinal, quando nos deparamos com duas regras que aparentemente incidem sobre uma determinada hipótese fática, – a chamada antinomia –, a questão é solucionada pelos três critérios clássicos apontados por Bobbio e aceitos quase universalmente, ou seja, o critério cronológico, o critério hierárquico e o critério da especialidade.

Deste modo, no caso de duas regras em conflito, aplica-se um desses três critérios, na forma do “tudo ou nada” como ensina Canotilho (1992, p. 642).

Em se tratando, de colisão de princípios constitucionais, porém não se trata de antinomia, vez que não se pode simplesmente e aleatoriamente afastar a aplicação de um deles.

Com o advento do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo, os princípios passaram a desempenhar um novo papel, em conformidade com o conjunto de transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, no Brasil, após a Constituição de 1998, aos novos paradigmas, como o reconhecimento da força normativa à constituição, e a expansão da jurisdição constitucional, dentre outros.

Sob essa ótica, o estudo dos princípios ganhou um novo impulso, diante da percepção de sua normatividade, ou seja, do reconhecimento de sua juridicidade, com seu caráter conceitual e positivo de norma jurídica, deixando, assim, de desempenhar papel secundário – quando se recorria a sua aplicação somente na hipótese de lacuna legal.

Segundo o Professor Gustavo Santos:

Não mais se confundem os princípios constitucionais com os antes estudados princípios gerais do direito. Os princípios constitucionais são reconhecidos como normas jurídicas e não compõem o juízo do aplicador apenas como elemento de composição de "lacunas" do sistema, função que reserva a Lei de Introdução do Código Civil aos chamados princípios gerais do direito. São princípios jurídicos-materiais.

Inicialmente destacaram-se, na matéria, os estudos de Ronald Dworkin. A partir dessa contribuição, Robert Alexy propôs uma conceituação de princípios hoje genericamente utilizada. Nessa definição, compreende-se que as normas constitucionais se apresentam ou sob a forma de regras, ou sob a forma de princípios (2004, p.9).

Diante do alto grau de abstração e da carência na determinação na aplicação do caso concreto em que se revestem os princípios, podendo ser encontrados tanto de forma expressa, como de forma implícita, ao passo que, encontrados somente na forma expressa, as regras possuem um grau de concretização superior, diante de seu menor grau de abstração.

Robert Alexy define que princípios jurídicos são, tão somente, "mandamentos de otimização", no sentido de que são normas que determinam que "algo seja realizado em uma medida, tão alta quanto possível," diferente das regras que são "mandamentos definitivos" (ALEXY, 2010, p.180).

As regras permitem, pela suficiência do seu grau de concretização, a subsunção, pois delimitam com a precisão necessária as respectivas hipóteses de incidência e consequências jurídicas.

Segundo Lenio Luiz Streck os princípios, enquanto servem ao fim de concretizar essa discricionariedade judicial, na medida em que são "a manifestação da densidade normativa-concreta de um mandamento legal" e simultaneamente, "guardam a dimensão de transcendentalidade no direito". O autor ainda preleciona que se costuma anunciar os princípios constitucionais como "positivação de valores", como se da "pedra filosofal da legitimidade principiológica" fosse possível "retirar tantos princípios quantos necessários". E ainda segundo o autor uma parcela significativa desses princípios "é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, (...) um alibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional". (STRECK, 2011, p.156 - 518)

Podemos dizer que a regra "encobre" um princípio que, por sua vez, somente se realiza partir de uma regra. Deste modo, se utilizar diretamente de um princípio para resolver um caso concreto seria fazer "raciocínios teleológicos", deve-se buscar uma regra adequada para resolver "aquele" caso, a partir de uma "reconstrução principiológica" (RODRIGUES JUNIOR, 2012, p. 568 - 573).

Concluindo, presentes os seus pressupostos fáticos, ou a regra é aplicada ao caso concreto a ela subsumido, ou é considerada inválida para o mesmo. Já os

princípios atuam de maneira diversa, pois, presentes as condições de fato enunciadas como necessárias à sua incidência, daí decorre necessariamente a sua aplicação ao caso concreto (SARMENTO, 2003, p. 44).

Em outras palavras, se duas regras estão em conflito – que deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação – uma não poderá ser válida, enquanto entre os princípios, havendo colisão, será aplicado, dentro do mecanismo da ponderação, aquele que tiver maior peso ou importância naquela circunstância. Desta forma, quando os princípios colidem, não se excluem, pois não pertencem, ao contrário das regras, no mundo do juridicamente válido e existente, mas no indefinido mundo do possível.

Após tantas considerações, surge uma nova problemática, a dificuldade em se precisar a classificação de determinada norma como regra ou princípio, posto que nem sempre esta é clara, no enunciado, se determinada norma é uma regra ou um princípio. Em especial, a dificuldade será encontrada quando as regras contêm os chamados conceitos jurídicos indeterminados (SANTOS, 2004, p. 11).

Para Luís Roberto Barroso onde houver uma “regra válida e descritiva da conduta a ser seguida, deve ela prevalecer sobre os princípios de igual hierarquia”, a fim de evitarem-se problemas de tutela de “valores como segurança e justiça”, ou ameaçar a “legitimidade da função judicial”, na medida em que os princípios tendem à vagueza e abertura de conteúdo. E conclui ainda: “A Constituição não pode pretender ocupar todo o espaço jurídico em um Estado Democrático de Direito” (BARROSO, 2009, p. 392)

Dessa forma, considerando-se as colisões de direitos fundamentais não podem ser resolvidas no plano do tudo ou nada, do válido, em uma situação concreta, diante das circunstâncias, deverá prevalecer o de maior peso, permanecendo, dessa forma, aquele direito fundamental de menor peso, perfeitamente válido no ordenamento jurídico.

É certo dizer que a colisão de princípios não se desenrola no campo da validade, mas sim na dimensão do peso. Pois, quando dois princípios constitucionais ou direitos fundamentais entram em colisão, não significa que um deva ser desprezado. O que ocorrerá é que devido a certas circunstâncias um prevalecerá sobre o outro, terá precedência, naquele caso, mas sempre se buscando a concordância de ambos de uma maneira harmônica e equilibrada.

Destarte o modo de aplicação do direito pode gerar consequências negativas, podendo esvaziar “o poder das majorias” ou mesmo encobrir a legislação ordinária, ou ainda fortalecer o decisionismo judicial, sustentado por normas de textura aberta. (BARROSO, 2009, p. 391).

A distinção entre regras e princípios não poderá ficar apenas no campo semântico. Definir esses dois termos é o mesmo que limitar os seus significados, essa limitação é um erro, pois a imprecisão tolhe sua abrangência causando incertezas e limitações de sentido.

O tema acerca da distinção entre regras e princípios torna-se a cada dia de maior importância quando se tem os *Hard Cases*, ou seja, casos de maior complexidade que não foram tutelados pela ordem jurídica. Assim, para esses casos as regras tornam-se injustas ou até mesmo inapropriadas, não alcançando de forma precisa decisões lógicas e fundamentadas.

A abordagem de problemas relativos à aplicação e concretização do direito, como aquela feita por meio da ponderação, através do princípio da proporcionalidade, não escapam igualmente aos riscos da subjetividade e da discricionariedade em seu manejo.

E é no caráter principiológico das normas de direitos fundamentais que surge a aplicação do princípio da proporcionalidade no equacionamento de eventuais colisões, tendo em vista que a concretização dos direitos fundamentais está atada ao princípio da proporcionalidade, em razão do caráter principiológico das normas que os contemplam (BARROS, 1996, p. 156).

Afinal, o princípio da proporcionalidade utiliza-se da ponderação de bens como método de adotar uma decisão de preferência entre direitos ou bens em conflito.

### **3 A DERROTABILIDADE NORMATIVA**

A origem da idéia de derrotabilidade das normas jurídicas é apontada originariamente como proveniente do artigo de Herbert Hart publicado em 1948. Para Hart, a derrotabilidade deriva da impossibilidade do estabelecimento de uma lista de condições necessárias e suficientes para a aplicação do Direito. Dessa forma somente seria viável relacionar as exigências normais ou típicas para a incidência das normas jurídicas considerando-se sempre presente uma cláusula que conteria exceções insuscetíveis de serem antecipadas ou mesmo previstas, as quais, caso ocorressem, derrotariam o padrão normativo comum. Assim, poderíamos concluir que os pressupostos para aplicação do Direito seriam apenas ordinariamente necessários e presumidamente suficientes.

Como já ressaltado, as normas que integram o ordenamento jurídico, quais sejam regras ou princípios, formam um sistema único no qual se apresentam em constante interação. Dependendo do caso concreto e da argumentação desenvolvida, princípios podem excepcionar regras, regras podem excepcionar

princípios, e regras podem excepcionar regras. Para que isso ocorra, basta que, em um caso concreto seja passível a aplicação de mais de uma norma ou princípio.

A derrotabilidade surgiu em 1980 por meio dos estudos do Departamento de ciência da Computação da Universidade de Columbia Britânica, Vancouver Canadá e na Universidade de Stanford, Califórnia, Estados Unidos, onde o que se buscava a criação de programas de computador com sistemas lógicos de linguagem próximos ao raciocínio humano.

Proveniente dos estudos desenvolvidos originou-se os sistemas lógicos não monotônicos, onde de um conjunto inicial de premissas, deduz-se uma determinada conclusão, no entanto, adicionada outra premissa ao mesmo conjunto inicial, as conclusões preliminares não continuam necessariamente no campo da validade.

A lógica não monotônica passa a ser utilizada pelos estudiosos no campo do raciocínio jurídico, frente às inúmeras possibilidades que se desenham aos estudiosos do direito a cada nova informação inserida no contexto inicial.

A derrotabilidade busca, por meio da lógica não monotônica, apresentar um quadro axiológico claro e preciso na superação da norma por parte do intérprete, auxiliando o magistrado e todos os operadores do direito na solução do caso concreto.

Fernando Andreoni Vasconcelos (2010, p. 77) salienta que:

Situação muito discutida no estudo da derrotabilidade consiste naquilo que se pode chamar de paradoxo da exceção principiológica implícita. Segundo este paradoxo, se não é possível definir *a priori* os casos gerais em que um princípio se sobrepõe a outro, e considerando que os princípios podem excepcionar as normas jurídicas, logo, não se pode antecipar quais as exceções implícitas (principiológicas) podem afetar o campo de aplicação de qualquer norma.

Segundo esse entendimento, pode-se concluir que existe a derrotabilidade de todas as normas, tanto regras como princípios. A questão da possibilidade de superação das normas jurídicas apresenta especial relevância no âmbito dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, proclamando que não existe em nosso sistema constitucional brasileiro direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, tendo em vista razões de relevante interesse público ou ainda conflitos entre os princípios que regem a convivência das liberdades legitimando, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que

respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. A constituição deve promover de um lado a proteção da integridade e do interesse social, e de outro assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (MELLO, 2000, p. 20).

E é exatamente essa relatividade dos direitos fundamentais que faz com que as normas que os tutelam possam ser derrotadas. Os direitos fundamentais, sejam eles tutelados por meio de regras ou princípios, não são absolutos (SILVA, 2010). E esse caráter não absoluto dos direitos fundamentais traz a compreensão de que as normas que os protegem são norteadas pela ideia de derrotabilidade.

Diante de um caso concreto e em face da argumentação desenvolvida, uma norma que tutela determinado direito fundamental pode ser derrotada em razão da necessidade de aplicação de uma norma que protege outro direito fundamental ou ainda de uma norma constitucional que consagra um interesse público.

Resta claro que uma norma de direito fundamental somente pode ser derrotada mediante argumentação racional baseada em rigorosa justificação, trazendo o amparo da análise aprofundada e criteriosa do caso concreto.

Conclui-se, dessa forma, que a aceitação da derrotabilidade das normas de direitos fundamentais, por parte dos aplicadores e intérpretes do direito, não pode conduzir a um enfraquecimento da tutela dos demais direitos a ele interligados. Uma norma de direito fundamental somente poderá vir a ser superada após argumentação racional baseada em rigorosa fundamentação.

## **CONCLUSÃO**

Podemos concluir que no Estado constitucional democrático, a jurisdição não irá se limitar apenas a verificar a validade formal das leis, mas também a sua compatibilidade material com a Constituição, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais.

A ideia de considerar a Constituição um sistema aberto de princípios e regras é um dos caminhos para a interpretação constitucional, entretanto, não resolve todas as questões, tendo em vista que o juízo lógico para sua interpretação seria o mesmo.

Na análise de questões concretas, pode acontecer a chamada colisão de princípios. Nessa hipótese, a própria Constituição indicará as saídas para a solução do conflito em questão.

A ponderação de interesses é uma técnica de interpretação que poderá ser utilizada para dirimir conflitos nos quais haja tensão entre princípios constitucionais, está ela amplamente relacionada aos princípios da proporcionalidade e da

razoabilidade, devendo sempre levar em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana, que, em nosso ordenamento, é um dos princípios fundamentais.

Nesse contexto, conclui-se que a derrotabilidade está intimamente ligada à colisão e à ponderação de tais princípios, onde a superação dos padrões normativos devem ser tutelados pelo princípio da proporcionalidade e de seus elementos constitutivos, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade.

Conclui-se, dessa forma, que a aceitação da derrotabilidade das normas de direitos fundamentais, por parte dos aplicadores e intérpretes do direito, não pode conduzir a um enfraquecimento da tutela dos demais direitos a ele interligados. Uma norma de direito fundamental somente poderá vir a ser superada após argumentação racional baseada em rigorosa fundamentação, dessa forma a aplicação da teoria da derrotabilidade visa a estabelecer argumentos técnicos e principiológicos no processo de tomada de decisão no caso concreto.

## REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 1. Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. BARCELLOS, Ana Paula de. **A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios**. In: LEITE, Sérgio Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 101-135.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

- \_\_\_\_\_. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. Direitos humanos e princípio da dignidade humana. In: LEITE, Sérgio Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 180-197.
- LOPES, Ana Maria D'ávila. **Hierarquização dos direitos fundamentais?** Artigo publicado na Revista de Direito Constitucional e Internacional, RDCI 34/168, jan-mar/2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Da teoria da relação jurídica procesual ao processo do estado constitucional**. Artigo publicado na Revista dos Tribunais ano 95, volumen 852, outubro de 2006, São Paulo, Ed.RT, p.30.
- MELLO, Celso, STF, Pleno, MS n.23.452/RJ, re. Min. Celso de Mello, j. em 16.9.1999. *DJU* de 12 de maio de 2000.
- MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais e democracia**. São Paulo. Atlas, 2008.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição do Civil Law e face do neoconstitucionalismo e dos princípios do direito**, ano 143, II.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- SANTOS, Ferreira; CAVALCANTI, Francisco Queiroz. **O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Limites e Possibilidades**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SARMENTO, Daniel Sarmento; IKAMA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, Diferenças e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**, 4 ed. São Paulo. Saraiva, 2011.
- VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **O conceito de derrotabilidade normativa**. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2010.
- VILHENA VIEIRA, Oscar. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

---

# PARCERIA PÚBLICA PRIVADA SUSTENTÁVEL: EM BUSCA DE UMA BASE FILOSÓFICA

---

Teófilo Marcelo de Área Leão<sup>1</sup>  
Fernando Henrique da Silva Horita<sup>2</sup>

*“Por repensar o conceito de responsabilidade e sua extensão, nunca antes concebido, sobre o comportamento de nossa espécie inteira em relação à natureza, a filosofia estará dando o primeiro passo em direção a assumir essa responsabilidade. Como estou de partida agora, é meu desejo para a filosofia que persevere nesse empenho, sem medo de qualquer eventual dúvida referente ao seu sucesso. O século que está chegando tem direito a essa perseverança.”*

*Hans Jonas, última palestra, um ano antes de falecer*

## INTRODUÇÃO<sup>3</sup>

Ao passar dos anos se observa uma crescente em torno das Parcerias Públicas Privadas, propostas tanto pela real necessidade de desenvolvimento nacional, como pela premência de obter investimentos na infraestrutura do país. Assim, a temática proposta tem como objeto a construção do saber jurídico das

---

<sup>1</sup> Pós-doutor em Cidadania e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, Doutor em Direito Constitucional pela ITE – Bauru, Mestre em direito das relações sociais pela PUC-SP, graduado pela Faculdade de Direito de Marília, mantida pela Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, onde é professor na graduação e mestrado. Advogado. E-mail: teofilo@arealeao.com

<sup>2</sup> Possui graduação em Direito pela UNIVEM (2012). É Pós-Graduando em Formação de Professores Para Educação Superior Jurídica na Universidade Anhanguera UNIDERP (2013). Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pela UNIVEM (2013), sendo bolsista CAPES e monitor de Direito Civil I. Membro associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Diretor de Relações Públicas Internacionais da Federação Nacional de Pós-Graduandos em Direito (2013-2015). Integrante do grupo de pesquisa GEP Grupo de Estudos e Pesquisas - Direito e Fraternidade, cadastrado no diretório de grupos de pesquisa do CNPq.

<sup>3</sup> Texto publicado: COSTA, Ilton Garcia et GIACOIA, Gilberto. **Parcerias Público-Privadas: PPPs e agências reguladoras, questões críticas.** São Paulo: Verbatim, 2015.

Parcerias Público-Privada e os mandamentos éticos de Hans Jonas, enquanto base filosófica para desenvolvimento responsável sustentável.

Não obstante, o presente estudo terá um viés filosófico em prol da responsabilidade, vendo a existência de uma crescente investigação jurídica e necessária que pretende desenvolver discussões científicas do Direito revestidas de uma análise interdisciplinar com o foco na preservação de uma ética prioritariamente responsável. Então, para esse estudo serão consideradas diversas reflexões sobre o instituto, Parceria Público-Privada, cominada ao conhecimento filosófico de Hans Jonas, bem como será analisado reflexões em torno do desenvolvimento sustentável.

O que a ética de Hans Jonas pode contribuir para a implementação da sustentabilidade na Parceria Público-Privada? É com essa indagação que originou a curiosidade de investigar o tema, sendo que parece ser um estudo rico, instigante e de uma atualidade extremamente oportuna, pois uma problemática dessa natureza desdobra a um conjunto de outras questões: É importante o relacionamento do setor público com o privado? Qual o imperativo ético proposto pelo filósofo contemporâneo Hans Jonas?

O estudo se divide em três partes, com a finalidade de dar maior clareza a pesquisa. Na parte inicial, serão realizados breves comentários sobre a Parceria Público-Privada. Logo, a discussão da segunda parte é centrada na ética de Hans Jonas, sobretudo, no princípio da responsabilidade proposto pelo próprio filósofo. Na última parte, são expostos pontos primordiais sobre o imperativo ético de Hans Jonas, enquanto importante variável para o alcance do desenvolvimento sustentável na Parceria Público-Privada brasileira.

A escolha do objeto dessa contribuição jurídica – *A Parceria Público-Privada Sustentável e a Ética de Hans Jonas* – justifica-se pela relevância e pela pouca literatura produzida na área, quanto pela capacidade de desenvolvimento do país, como para a oportunidade de identificar, dentro da filosofia contemporânea, ante os desafios e singularidades de institutos do direito, a formação de um pensamento responsável e sustentável.

## **1 PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: BREVES COMENTÁRIOS**

Diante da escassez por parte do Estado de recursos públicos para o desenvolvimento em infraestrutura e, conseqüentemente para o desenvolvimento econômico e social, parece ser interessante um destaque em torno das Parcerias

Público-Privadas (PPPs) como meio de arrecadação de fundos da esfera privada na forma de investimentos<sup>4</sup>.

Deixa-se claro que com a crise financeira<sup>5</sup> estatal brasileira residida, em especial, na década de oitenta, acompanhou uma diminuição de diversos serviços públicos, além de perder a capacidade de financiamento de uma série de obras públicas. Assim, alcançou-se a ideia de que muitas dessas prestações públicas poderiam muito bem ser realizadas pela iniciativa privada<sup>6</sup>, principalmente sabendo que esses setores de infra-estrutura e serviços públicos são fortemente relacionados com o crescimento da economia brasileira<sup>7</sup>.

De todo modo, a Parceria Público-Privada foi regulamentada pela Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, destacando um mecanismo de relacionamento entre o setor público e o privado. Diante dessa constatação, vale dizer que

As PPP são um novo modelo de delegação, onde o particular assume os riscos de projetar, financiar, construir e operar um empreendimento de interesse público, podendo compartilhar este risco com o Estado. Após a conclusão do empreendimento, o parceiro privado coloca os seus serviços à disposição do Estado ou da comunidade mediante um contrato de operação de longo prazo, fazendo jus a uma remuneração periódica, conforme o atendimento de metas e requisitos previamente acordados<sup>8</sup>.

Ora, essa parceria, ou melhor, essa nova forma de administração pública, já é uma tendência mundialmente utilizada<sup>9</sup>. Por outro lado, na perspectiva do Direito Público brasileiro as parcerias entre os entes federados, já são firmadas por meio de

---

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Leandro Francisco. **Parcerias Públicos-Privadas**: Aspectos principais no âmbito federal. Trabalho de conclusão de especialização em Direito Público e Tributário da Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2010, p. 8-9.

<sup>5</sup> A respeito da crise econômica brasileira Ana Maria Ferreira Menezes menciona: "Na verdade, desde daquela década, o governo, em todos os seus níveis e empresas, passou a conviver com acentuadas restrições de crédito, inviabilizando os investimentos em infra-estrutura. Essa drástica redução no volume de investimentos, em geral, deveu-se tanto pela incapacidade de financiamentos como pelas dificuldades de geração de recursos próprios, em grande parte comprometidos no pagamento do serviço da dívida contraída anteriormente". In: MENEZES, Ana Maria Ferreira. Desenvolvimento econômico sustentável e seu financiamento: uma análise da parceria público-privada. **Revista Desenhahia**, v. 2, n. 3, set., Salvador: Desenhahia, Solisluna, 2005, p. 233

<sup>6</sup> ARAGÃO, Alexandre. As Parcerias Público-Privadas – PPP's no Direito Positivo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 2, maio/junho/julho de 2005, Salvador/BA, p. 1.

<sup>7</sup> MENEZES, Op. cit., p. 233.

<sup>8</sup> OLIVEIRA, Op. cit., p. 9.

<sup>9</sup> SOUTO, Rita de Cássia Costa. **Parcerias Público-Privadas**: reflexões sobre o instituto no direito brasileiro. Dissertação apresentada à Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006, p. 54.

convênios há anos<sup>10</sup>. Dentro dessa perspectiva, José Eduardo de Alverenga ensina que:

A modalidade de ajuste entre Administração pública e os particulares preconizada pela nova lei não é novidade na prática administrativa brasileira. Inúmeros são os exemplos de parcerias que foram e são feitas, embora não com esse nome. E isto desde os tempos do Império, em que, por exemplo, as ferrovias públicas eram financiadas por acionistas privados. Negócio que se revelou tão satisfatório que as ferrovias do Brasil tiveram um impacto econômico superior ao obtidos nos Estados Unidos<sup>11</sup>.

Nesse passo, parece que a Parceria Público-Privada, uma das últimas modificações fáticas do Direito Público brasileiro<sup>12</sup>, constitui uma ótima alternativa para financiar e expandir setores que apresentam intrínseca repercussão econômica e social<sup>13</sup>, com vista a debilidade estatal em alguns setores<sup>14</sup>. Dessa forma, “[...] A atração de capitais privados, através dessas parcerias é um mecanismo para substituir os escassos recursos públicos disponíveis, mas, ao mesmo tempo, manter políticas públicas setoriais e locais [...]”<sup>15</sup>, menciona Ana Maria Ferreira Menezes.

Paralelo a isso, a Parceria Público-Privada retoma os investimentos necessários para o desenvolvimento do país<sup>16</sup>, em suma, inclusive pode ser uma forma de se elevar a responsabilidade social frente ao setor privado<sup>17</sup>. Em outras palavras,

Essas parcerias, como modalidades de contrato, constituem-se mecanismos que buscam viabilizar investimentos conjuntos (Estado e empresariado) em obras e serviços considerados estratégicos para o desenvolvimento do país, sobretudo naquelas em que o retorno econômico não exerce atratividade no setor privado. Além disso, há projetos considerados vultosos e que podem acarretar desequilíbrio fiscal nas contas públicas. Portanto, as PPPs, do ponto de vista governamental, objetivam

---

<sup>10</sup> *Ibidem.*, p. 55.

<sup>11</sup> ALVARENGA, José Eduardo de. Parcerias Público-Privadas: breves comentários. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 2, maio/junho/julho de 2005, Salvador, Bahia, p. 1.

<sup>12</sup> ANDRADE, Rogério Emilio de. Prefácio. In: ANDRADE, Rogério Emilio de; PAVANI, Sérgio Augusto Zambol (coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 7.

<sup>13</sup> MENEZES, Op. cit., p. 234.

<sup>14</sup> ILKIU, Ivan M; SILVA, Marcelo Rodrigues; COSTA, Ilton Garcia. Terceiro Setor: Soluções para um Estado Engessado?. In: COSTA, Ilton Garcia; FREITAS, Paulo H. Souza (org.). **Terceiro Setor, Ongs: Questões Críticas**. São Paulo: Editora Verbatim, 2012, v.1, p. 12-23.

<sup>15</sup> MENEZES, Op. cit., p. 234.

<sup>16</sup> ANDRADE, Op. cit., p. 7.

<sup>17</sup> OLIVEIRA, João Ferreira de; DOURADO, Luiz Fernandes; VELOSO, Tereza Christina Mertens Aguiar; SOUSA, Ana Maria Gonçalves de. A reforma da Educação Superior e os mecanismos de parceria público-privada. **Perspectiva**, Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 323-348, jul./dez. 2005, p. 330.

propiciar uma parceria diferenciada pela qual se pretende fazer mais gastando menos, uma vez que, via de regra, ao se dividir o risco do investimento, o custo deverá diminuir<sup>18</sup>.

A partir de tais premissas, pode-se dizer que as PPPs, nada mais são do que uma oportunidade de desenvolvimento do Estado que paralelamente acarreta um avanço no setor econômico. Além disso, há que registrar que as Parcerias Pública-Privadas devem ser desenvolvidas com um sensu de responsabilidade, assim, entra em destaque a teoria filosófica proposta por Hans Jonas.

## 2 UMA BASE ÉTICA SEGUNDO HANS JONAS

Ao submetermos aos conhecimentos propriamente de Hans Jonas, filósofo alemão, nascido em *Mönchengladbach*, que tem raízes tanto na fenomenologia, como na reflexão hebraica de *Rosenzweig* e *Scholem*, quanto no existencialismo<sup>19</sup>; alcança-se a percepção de sua real importância frente a questões éticas do século XXI. Conforme conta Robison dos Santos:

O legado de Hans Jonas é de fundamental importância para a filosofia contemporânea, especialmente no âmbito da ética. Dentre as várias razões que podem justificar sua importância, destacam-se as que seguem. Em primeiro lugar, cumpre destacar o fato de que Jonas foi um dos filósofos que ganhou mais notoriedade no período do pós-guerra na Alemanha. Este feito deve-se à sua biografia pessoal e sua trajetória intelectual. Além disso, como nenhum outro autor de sua época, Jonas chamou a atenção para um dos problemas mais sérios postos à ética do século XXI: o problema da ameaça do futuro da humanidade, da violação da integridade do ser humano e da natureza ou, numa palavra, da auto-destruição da vida no planeta; ameaça cada vez mais evidente, causada pela aposta incondicional no ideal moderno [...] <sup>20</sup>.

Percebe-se, nesse ponto, a primordialidade de Hans Jonas para o campo da ética, mas, também, para a humanidade em si. Além disso, há que se aduzir que

---

<sup>18</sup> *Ibidem.*, p. 332.

<sup>19</sup> ZANCANARO, Lourenço. **O conceito de responsabilidade em Hans Jonas**. Tese de doutorado em Educação da Faculdade de Educação da Universidade Estadual de Campinas, Campinas/SP, 1998, p. 20.

<sup>20</sup> SANTOS, Robison dos. O problema da técnica e a crítica à tradição na ética de Hans Jonas. **Dissertatio**, UFPel, n. 30, p. 269-291, 2010, p. 270-271.

o filósofo com raízes na fenomenologia, amadureceu intelectualmente na escola de Heidegger<sup>21</sup>, Husserl e de seu orientador Rudolf Bultmann<sup>22</sup>.

A seu turno, afirma Lilian Simone Godoy Fonseca que:

[...] atribui-se a Jonas o mérito de estar entre aqueles que restituíram à natureza a sua relevância como tema filosófico, devolvendo sua dignidade perdida, desde a emergência da ciência moderna, quando deixou, definitivamente, de ser vista como ameaça (como nos primórdios da humanidade), para ser reduzida a mero objeto a ser reconhecido (matematicamente) e dominado em proveito do homem<sup>23</sup>.

Destarte assim a inegabilidade que a filosofia de Hans Jonas trouxe para o desenvolvimento da ética. Observa o filósofo alemão que com a problemática de nossa época, deve-se destacar, ou melhor, formular um novo imperativo para a moral, substituindo a ética tradicional, ou seja, a ética tradicional já não consegue enfrentar os problemas atuais<sup>24</sup>.

Para deixar a questão, ainda mais clara, entra-se na questão da técnica à luz de Hans Jonas, consoante refere Wellistony Carvalho Viana:

A técnica moderna representa para Jonas uma nova “caixa de Pandora” de onde saem seja *gift* (em inglês: presente), seja *gift* (em alemão: veneno), constituindo-se uma ameaça para a humanidade. O sujeito adquiriu com a técnica um poder jamais visto na história. O novo poder gerou mesmo uma mudança no agir do homem. A ação humana ultrapassa com a técnica moderna os limites do espaço e do tempo não conhecidos pelo *homo faber* primitivo, antigo ou medieval. A ação humana de um chinês pode hoje alcançar o brasileiro mais distante. Da mesma forma, uma intervenção biotecnológica pode causar efeitos em diversas gerações, ameaça que Jonas chama de “escravidão do homem futuro pelo homem presente”. A ameaça da técnica advém do fato de que o novo poder do Sujeito não foi acompanhado por uma nova sabedoria capaz de gerar também um novo comportamento. Como diz Jonas, deparamo-nos hoje com um vazio

---

<sup>21</sup> Há quem diga sobre Hans Jonas que “a fase de maior influência da filosofia alemã aconteceu na década de 20, como aluno de Heidegger, e durante a tese de doutorado. Com Bultmann, realiza estudos sobre a Gnose, evidenciando o desprezo pela matéria, em detrimento do espírito. Transpõe analogamente o nihilismo gnóstico para a modernidade, ressaltando nesta a crença na técnica e o esquecimento do divino. Transcende sugestivamente o significado da angustia do homem moderno para o âmbito da crença utópica na técnica. Os resultados das investigações realizadas durante dois decênios notabilizaram-no como teólogo e historiador da religião. Entretanto, a influência de Heidegger é decisiva, e seu projeto é impensável sem seus ensinamentos”. In: ZANCANARO, Op. cit., p. 21-22.

<sup>22</sup> ZANCARO, Op. cit., p. 20.

<sup>23</sup> FONSECA, Lilian Simone Godoy. Hans Jonas responsabiliza a técnica pela atual crise ambiental? **Revista Filosofia Aurora**, Curitiba, v. 24, n. 35, p. 465-480, jul./dez. 2012, p. 467-468.

<sup>24</sup> SANTOS, Op. Cit., p. 272.

ético causado pela exarcebção da Subjetividade moderna. O vazio significa nada mais que esvaziamento, isto é, tirou-se da Natureza aquele valor que lhe era próprio<sup>25</sup>.

E é, dentro dessa contextualização, que se consubstancia a necessidade de um novo paradigma no campo ético. Em adição, usufruindo da obra de Hans Jonas, aduzi-se sobre o princípio responsabilidade, tão destacado pelo filósofo alemão, que indica, especialmente, um novo projeto ético para a civilização tecnológica e, conseqüentemente, para a ética tradicional<sup>26</sup>. Ademais, é oportuno recordar que a ética tradicional é a antropocêntrica<sup>27</sup>.

Destarte que antropocentrismo “[...] advém de um vocábulo híbrido de composição Greco-latina, do grego: *antropos*, o homem; do latim: *centrum*, *centricum*, o centro [...]”<sup>28</sup>. Nesse diapasão, em suma, seguindo a teoria antropocêntrica o homem se coloca no centro do universo.

Então, a ética clássica não contempla a responsabilidade humana, pelo contrário, direciona-se para o aspecto individual, revelando-se inservível para enfrentar os desafios desses novos tempos<sup>29</sup>.

No entanto, entender Hans Jonas é justamente, refletir divergentemente da ética tradicional, pois o que o filósofo destaca é uma relação no mundo pautado pela responsabilidade. Desse modo, para Hans Jonas a responsabilidade refere-se ao horizonte da humanidade, incluindo um futuro ilimitado, sendo responsável pelas pessoas que até não se originaram e, que, por esse motivo não podem reivindicar um ambiente ecologicamente saudável<sup>30</sup>.

Em contrapartida, lamentavelmente,

A “situação limite” a que chegamos – no tocante à crise ambiental – está associada de forma direta à postura filosófica – incorporada nas nossas práticas cotidianas – de

---

<sup>25</sup> VIANA, Wellistony Carvalho. A técnica sob o “Princípio da Responsabilidade” de Hans Jonas. **Pensando Revista de Filosofia**, v. 1, n. 2, 2010, p. 110.

<sup>26</sup> GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Hans Jonas: Por que a técnica moderna é um objeto para a ética. **Natureza Humana**, 1 (2), p. 407-420, 1999, p. 407.

<sup>27</sup> JONAS, Hans. **El principio de responsabilidad**: ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Barcelona: Editora Herder, 1995, p. 29.

<sup>28</sup> ABREU, Ivy de Souza; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. Antropocentrismo, ecocentrismo e holismo: uma breve análise das escolas de pensamento ambiental. Disponível em: [http://www.derechocambiosocial.com/revista034/escolas\\_de\\_pensamento\\_ambiental.pdf](http://www.derechocambiosocial.com/revista034/escolas_de_pensamento_ambiental.pdf). Acesso em: 18/04/2014.

<sup>29</sup> OLIVEIRA, Jacqueline Orofino da Silva Zago de. Ética e meio ambiente a partir das contribuições de Hans Jonas. **Revista Jurídica do MPE-TO**, ano 6, n. 11, setembro de 2013, p. 125.

<sup>30</sup> JONAS, Op. cit., p. 83.

dominação do ser humano em face do mundo natural, adotada desde a ciência moderna, de inspiração cartesiana, especialmente pela cultura ocidental [...]»<sup>31</sup>.

Nesse pormenor, pontua-se a necessidade da responsabilidade aplicada a novas técnicas, eliminando a consciência individual e colocando em destaque uma consciência contrária a antropocêntrica, a consciência responsável<sup>32</sup>. Por sua vez, Hans Jonas destaca, ainda, o perigo da técnica moderna, caracterizada pela imprevisibilidade e irreversibilidade dos efeitos<sup>33</sup>, com isso, Hans Jonas faz uma séria crítica à técnica. Sob o manto de tal aceção, se chega ao entendimento de Oswaldo Giacoia Junior:

[...] A técnica moderna está interiormente instalada para o emprego em larga escala e, nesse processo, torna-se talvez demasiado grande para a extensão do palco sobre o qual ela se passa – a terra – e para o bem-estar dos próprios atores – os homens. Isso, pelo menos, é certo: ela e suas obras se propagam sobre o globo terrestre; seus efeitos cumulativos se estendem possivelmente sobre inúmeras gerações futuras. Com aquilo que aqui e agora fazemos, e na maioria das vezes com os olhos sobre nós mesmos, influenciamos maciçamente a vida de milhões em outros lugares e futuramente, que não tiveram nenhuma voz naquilo que fazemos. Sacamos hipotecas sobre a vida futura por proveitos e necessidades presentes e de curto prazo – e, no que concerne a isso, por necessidades na maioria das vezes autogeradas. Talvez não possamos evitar, de todo, agir dessa maneira ou semelhantemente. Porém, se esse é o caso, então temos que empregar a mais extrema atenção em fazê-lo com honestidade em relação a nossos descendentes, ou seja, de maneira que as chances de eles se libertarem daquele hipoteca não fique antecipadamente comprometida. O ponto relevante aqui é que a ingerência da dimensão remotas, futuras e globais em nossas decisões cotidianas, prático-mundanas é uma novidade ética, de que a técnica nos encarrega; e a categoria ética que é principalmente chamada ao primeiro plano por esse novo fato se chama responsabilidade. Que esta se coloque, como jamais outrora, no ponto central do palco ético, inaugura um novo capítulo na história da ética, que reflete as novas ordens de grandeza do poder, que a ética doravante tem que ter em conta [...]»<sup>34</sup>.

Sob esse aspecto se observa como evidente, a preocupação em torno do “sucesso” da técnica, vendo que está apostando, especialmente, o futuro da humanidade<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, p. 37.

<sup>32</sup> OLIVEIRA, Op. cit., p. 126.

<sup>33</sup> VIANA, Op. cit., p. 111.

<sup>34</sup> GIACOIA JÚNIOR, Op. Cit., p. 412.

<sup>35</sup> SANTOS, Op. cit., p. 272.

Entendendo essa perspectiva, parte-se para a ideia que a responsabilidade proposta por Hans Jonas, não deve ficar restrita às questões puramente filosóficas, pelo contrário, pode-se introduzir essa base filosófica, praticamente, na Parceria Público-Privada.

### 3 INTRODUZINDO A IDEIA DE RESPONSABILIDADE NA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Antes de qualquer argumentação é necessário entender que a perspectiva de Hans Jonas, em especial, seu imperativo ético, pretende realizar uma contribuição para reformulação de princípios, tanto do lado filosófico, quanto incentivo educativo, com vistas à contenção humana<sup>36</sup>. Logo, Jonas, insiste em uma condição que possibilitaria a continuidade da raça humana.

E é justamente a partir dessa perspectiva levantada que se abre espaço para discutir a necessidade de uma ética cosmocêntrica<sup>37</sup>. De todo modo, a situação ambiental vivenciada como já falada, reside na ética antropocêntrica que ocasiona situações degradantes ao planeta, portanto a humanidade se depara com os efeitos de sua própria ação, levando o planeta a conhecer consequências insustentáveis, dentre elas:

Derrubada de florestas, alterações climáticas, derramamentos de dejetos em rios, lagos e mares, acidentes nucleares, destruição dos ecossistemas naturais e até vazamentos ao mar de água contaminada com elementos radioativos como ocorreu no Japão ano de 2011 [...]<sup>38</sup>.

Assim, a sociedade presente, pode ser muito bem intitulada de sociedade de risco, como propõe Ulrich Beck, sociólogo alemão<sup>39</sup>. No entanto, parte do pressuposto que a base filosófica de Hans Jonas pode ser conectada a função da Parceria Público Privada, sendo que esta função seria o desenvolvimento de projetos

---

<sup>36</sup> SANTOS, Op. cit., p. 288.

<sup>37</sup> SANTOS, Op. cit., p. 276.

<sup>38</sup> HORITA, Fernando Henrique da Silva; MONASSA, Clarissa Chagas Sanches. O princípio da fraternidade como instrumento de proteção ambiental na sociedade de risco. In: CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio; SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; PADILHA, Norma Sueli (coord.). **Direito Ambiental no século XXI: Efetividades e Desafios**. São Paulo: Editora Clássica, v.2, 2013, p. 37.

<sup>39</sup> Para Beck a atual sociedade é de risco, pois o planeta expressa a acumulação de riscos (ecológicos, financeiros, militares, terroristas, bioquímicos e informacionais), como algo onipresente, ou seja, os riscos tem uma presença muito forte no mundo atual. In: BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 261.

que, inicialmente, não seriam atraentes economicamente, por outro lado, poderiam ser compreendidos como de grande relevância social<sup>40</sup>.

É certo que Hans Jonas destaca a responsabilidade, além disso, menciona que essa responsabilidade deve ser usufruída na técnica, obtendo desse modo, uma defesa veemente de uma nova ética<sup>41</sup>. Logo, essa base ética deve ser praticada e, conseqüentemente utilizada, não só na filosofia, mas em outros campos do conhecimento jurídico, como no aspecto prático da Parceria Público-Privada.

Um exemplo que poderia ser dado, envolvendo responsabilidade humana e Parceria Público-Privada são as atividades que integram o saneamento ambiental, na qual se constitui como serviço público<sup>42</sup> revestido de grande relevância social<sup>43</sup>, ou seja, a possibilidade de acontecer parcerias, com sensu de responsabilidade ambiental, entre o setor público e privado é existente.

Infelizmente, são poucos os casos de empresas com projetos sustentáveis na seara da Parceria Público-Privada e são mínimos os Estados<sup>44</sup> da Federação que desenvolvem essa prática responsável preocupada com o meio ambiente<sup>45</sup>. Isso, sabendo que o meio ambiente se contempla como um direito fundamental, tendo como titular toda a coletividade<sup>46</sup>. Isto posto, entende-se que

---

<sup>40</sup> OLIVEIRA, Op. cit., p. 22-23.

<sup>41</sup> SANTOS, Op. cit., p. 287.

<sup>42</sup> Floriano de Azevedo Marques Neto explica que: "O saneamento ambiental compreende serviços públicos, por várias razões. Primeiro, porque, do ponto de vista econômico, trata-se de atividades cuja prestação depende de infra-estruturas não duplicáveis de forma economicamente viável. As redes de adução de água ou as estruturas de destinação final de resíduos, para ficarmos em dois exemplos, envolvem pesados investimentos que caracterizam, prima face, monopólios naturais". In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 2, maio/junho/julho de 2005, Salvador/BA, p. 24.

<sup>43</sup> Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto: "Do ponto de vista social é fato que o poder público, meramente na esfera local, não pode se desincumbir de tais atividades. Sobremodo, no ambiente urbano, o impacto da não prestação condizente dos serviços de limpeza e de coleta e afastamento de esgotos é grandíssimo, a ponto de desorganizar a urbe (imagina-se o impacto antiurbanístico causado pela necessidade de cada indivíduo resolver, por seus próprios meios e iniciativa, o destino dos seus resíduos e despojos)". In: *Ibid.*, p. 24.

<sup>44</sup> Daniel Allan Miranda Borba ilustra que: "Um Estado avançado nas questões ambientais é o Acre, com diversos incentivos fiscais às empresas e cooperativas para a produção sustentável, conforme o Decreto 4.196/01 (que regulamenta a Lei 1.358/00), que se destina às empresas, cooperativas e Associações de Produtores, oferecendo de redução à isenção total do ICMS; e a Lei 1.361/00, que se destina aos empreendimentos ligados às atividades de indústria de base florestal e extrativista, agroindústrias, entre outros". In: BORBA, Daniel Allan Miranda. *As parcerias público-privadas na proteção ambiental*. **Revista de Estudos Internacionais**, v. 2 (2), 2011, p. 77-78.

<sup>45</sup> *Ibidem.*, p. 67.

<sup>46</sup> BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 23-24.

[...] o País tem que crescer, e, para tanto, precisa reformar e ampliar a sua infraestrutura, para o que, no entanto, continua sem os recursos suficientes e com a capacidade de endividamento esgotada. Busca-se uma saída para esse impasse: para crescer e sair da crise financeira o Estado tem que investir em infra-estrutura, mas não tem como financeiramente realizar tais investimentos<sup>47</sup>.

Portanto, deixa-se claro que a parceria entre o setor privado e público é de fundamental importância, principalmente para o desenvolvimento do país. Entretanto, se deve tomar atenção merecida que essas parcerias podem atingir também um foco responsável como proposto por Hans Jonas, desenvolvendo a sustentabilidade ambiental e social<sup>48</sup>, como as parcerias que ocorreram em Londres na Inglaterra:

Segundo informações obtidas pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) junto ao *International Financial Services* de Londres, no período de pouco mais de 10 anos desde a introdução do instrumento, o governo britânico assinou mais de 500 projetos de PFI, que ultrapassam os US\$ 70 bilhões em investimentos. Mais de um terço do valor total dos contratos refere-se a investimentos na área de transportes, especialmente nos serviços de recuperação e manutenção do Metrô de Londres, considerado a maior PPP do mundo. Também significativos foram os investimentos na área de saúde, defesa, educação, trabalho e previdência, presídios e meio ambiente<sup>49</sup> (Grifo nosso).

Claro que caberia ao Poder Público fiscalizar e regulamentar a atuação dos envolvidos no presente projeto, procurando situações que seriam de interesse a ambas as partes, tanto do Poder Público como do Privado<sup>50</sup>.

Indo um pouco mais além, parecem ser imprescindíveis mecanismos que se direcionam para uma proposta ambiental mais ampla, ou seja, que não se referem somente a proteção ambiental, mas que envolvam questões de recuperação do meio ambiente natural<sup>51</sup>. Nesse diapasão, conforme o entendimento de Daniel Allan Miranda Borba:

Um exemplo seria o uso dos dados do Instituto Nacional de Pesquisa Espaciais (INPE), órgão do Ministério da Ciência e Tecnologia, em projetos de PPP na

---

<sup>47</sup> ARAGÃO, Op. cit., p. 2.

<sup>48</sup> MENEZES, Op. cit., p. 237.

<sup>49</sup> SILVA, Altamiro Manoel da; TAWARAYA, Rosa Maria Mazzardo; SIGWALT, Sandra Rosane Clausen. **Projetos de Parceria Público-Privada como sistema de cooperação financeira e organizacional entre o setor privado e a administração pública.** Pesquisa apresentada ao curso de Pós-graduação Lato Sensu da FAE Business School, Curitiba/PR, 2004, p. 14.

<sup>50</sup> OLIVEIRA, Op. cit., p. 22-23.

<sup>51</sup> BORBA, Op. cit., p. 77.

Amazônia, pois a Floresta Amazônica ilustra a necessidade de implementar práticas efetivas de proteção ambiental via parcerias entre o setor público e o privado<sup>52</sup>.

Assim, a ideia de se alargar a teoria de Hans Jonas da responsabilidade colocando-a nos caminhos da Parceria Público-Privada se encaixa perfeitamente numa tentativa de superar a ética antropocêntrica, abandonando a ideia de o homem ser o centro do mundo e, colocar em prática um compromisso zelado pelo futuro da humanidade, a ética responsável como um todo<sup>53</sup>.

### CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, o artigo tentou-se desvendar a base filosófica de Hans Jonas, investigando e aprofundando a ética, a técnica e a responsabilidade em si. Assim, o propósito da investigação era justamente repensar a teoria de Hans Jonas colocando-a em uma perspectiva do direito administrativo, em especial, na questão da Parceria Público-Privada.

Cumprе assinalar que o outro enfoque textual era a sustentabilidade, pensar no que a base filosófica do pensador Alemão poderia contribuir para implementação de uma preocupação ambiental em questões envolvendo as parcerias entre o ente público e o privado.

Assim, a primeira parte do trabalho foi descobrir o universo da Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004 que institui normas gerais para licitação e contratação de Parceria Público-Privada no âmbito da administração pública. E foi exatamente nesse viés que a investigação preocupou-se nos fatos que levam a vantagem, a importância e o conceito desse instituto.

Longo em seguida, foi desenvolvido um convite ao pensamento do filósofo contemporâneo alemão, Hans Jonas, que trabalha a questão da ética, da técnica e do princípio responsabilidade, tão primordial em tempos necessários para acarretar a preservação e preocupação com a problemática ambiental.

Na terceira e última parte, foi elaborado a sugestão do presente, envolvendo a colaboração de Hans Jonas para o desenvolvimento sustentável por meio das Parcerias Público-Privadas. De todo modo, colocou-se em destaque: a responsabilidade que todos acarretam; a importância de abandonar a ética tradicional, intitulada de antropocêntrica que coloca o homem praticamente como

---

<sup>52</sup> BORBA, Op. cit., p. 77-78.

<sup>53</sup> BENTES, Hilda Helena Soares. Prometeu Liberto: Nova ética para o homem da técnica segundo Hans Jonas. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 9, n. 18, p. 169-187, Julho/Dezembro de 2012, p. 184-185.

centro do universo; a primordialidade de se referir na técnica humana em um contexto de Sociedade de Risco um envolvimento ético responsável.

Enfim, o estudo tentou-se oportunizar um novo conteúdo no conceito de responsabilidade proposto por Hans Jonas, envolvendo tanto a preocupação ambiental, quanto as Parcerias Público-Privada, como a construção do saber jurídico entre o Direito Administrativo e a Filosofia do Direito, vindo que obviamente a preocupação e o estudo ambiental em torno de sugestões e propostas não se finalizam com a presente investigação.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Ivy de Souza; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. Antropocentrismo, ecocentrismo e holismo: uma breve análise das escolas de pensamento ambiental. Disponível em: [http://www.derechocambiosocial.com/revista034/escolas\\_de\\_pensamento\\_ambiental.pdf](http://www.derechocambiosocial.com/revista034/escolas_de_pensamento_ambiental.pdf). Acesso em: 18/04/2014.

ARAGÃO, Alexandre. As parcerias públicas-privadas-PPP's no direito positivo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 2, maio/junho/julho de 2005, Salvador/BA.

ALVARENGA, José Eduardo de. Parcerias Público-Privadas: breves comentários. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 2, maio/junho/julho de 2005, Salvador/BA.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BENTES, Hilda Helena Soares. Prometeu Liberto: Nova ética para o homem da técnica segundo Hans Jonas. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 9, n. 18, p. 169-187, Julho/Dezembro de 2012.

BORBA, Daniel Allan Miranda. As parcerias público-privadas na proteção ambiental. **Revista de Estudos Internacionais**, v. 2 (2), 2011.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

FONSECA, Lilian Simone Godoy. Hans Jonas responsabiliza a técnica pela atual crise ambiental? **Revista Filosofia Aurora**, Curitiba, v. 24, n. 35, p. 465-480, jul./dez. 2012.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Hans Jonas: Por que a técnica moderna é um objeto para a ética. **Natureza Humana**, 1 (2), p. 407-420, 1999.

HORITA, Fernando Henrique da Silva; MONASSA, Clarissa Chagas Sanches. O princípio da fraternidade como instrumento de proteção ambiental na sociedade de risco. In: CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio; SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; PADILHA, Norma Sueli (coord.). **Direito Ambiental no século XXI: Efetividades e Desafios**. São Paulo: Editora Clássica, v.2, 2013.

ILKIU, Ivan M; SILVA, Marcelo Rodrigues; COSTA, Ilton Garcia. Terceiro Setor: Soluções para um Estado Engessado?. In: COSTA, Ilton Garcia; FREITAS, Paulo H. Souza (org.). **Terceiro Setor, Ongs: Questões Críticas**. São Paulo: Editora Verbatim, 2012, v.1.

JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

\_\_\_\_\_. **El principio de responsabilidad**: ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Barcelona: Editora Herder, 1995.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 2, maio/junho/julho de 2005, Salvador/BA.

MENEZES, Ana Maria Ferreira. Desenvolvimento econômico sustentável e seu financiamento: uma análise da parceria público-privada. **Revista Desenhahia**, v. 2, n. 3, set., Salvador: Desenhahia, Solisluna, 2005.

OLIVEIRA, Jacqueline Orofino da Silva Zago de. Ética e meio ambiente a partir das contribuições de Hans Jonas. **Revista Jurídica do MPE-TO**, ano 6, n. 11, setembro de 2013.

OLIVEIRA, João Ferreira de; DOURADO, Luiz Fernandes; VELOSO, Tereza Christina Mertens Aguiar; SOUSA, Ana Maria Gonçalves de. A reforma da Educação Superior e os mecanismos de parceria público-privada. **Perspectiva**, Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 323-348, jul./dez. 2005.

OLIVEIRA, Leandro Francisco. **Parcerias Públicas-Privadas**: Aspectos principais no âmbito federal. Trabalho de conclusão de especialização em Direito Público e Tributário da Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2010.

SANTOS, Robinson dos. O problema da técnica e a crítica à tradição na ética de Hans Jonas. **Dissertatio**, UFPel, n. 30, p. 269-291, 2010.

SILVA, Altamiro Manoel da; TAWARAYA, Rosa Maria Mazzardo; SIGWALT, Sandra Rosane Clausen. **Projetos de Parceria Público-Privada como sistema de cooperação financeira e organizacional entre o setor privado e a administração pública**. Pesquisa apresentada ao curso de Pós-graduação Lato Sensu da *FAE Business School*, Curitiba/PR, 2004.

SOUTO, Rita de Cássia Costa. **Parcerias Público-Privadas**: reflexões sobre o instituto no direito brasileiro. Dissertação apresentada à Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

VIANA, Wellistony Carvalho. A técnica sob o "Princípio da Responsabilidade" de Hans Jonas. **Pensando Revista de Filosofia**, v. 1, n. 2, 2010.

ZANCANARO, Lourenço. **O conceito de responsabilidade em Hans Jonas**. Tese de doutorado em Educação da Faculdade de Educação da Universidade Estadual de Campinas, Campinas/SP, 1998.

---

# OS DESAFIOS DA JUSTIÇA:

## PARTICIPAÇÃO, REFORMA E NOVOS MODELOS<sup>1</sup>

---

Luis María Palma<sup>2</sup>

### INTRODUÇÃO

Neste artigo, vou me referir às organizações judiciais desde abordagem sistêmico, tendo em conta os desafios que surgem para elas a partir de um estágio caracterizado pela mudança constante e acelerada.

No entendimento de que, para estar em sintonia com essa exigência é essencial a interação contínua com a sociedade civil e a mudança cultural baseada no diálogo e envolvimento de agentes, vou considerar especialmente três aspectos fundamentais no processo de modernização judicial: eficiência, independência e segurança jurídica.

---

<sup>1</sup> Versão em espanhol publicada em livro *Desenvolvimento & Sustentabilidade. Desafios e Perspectivas*, pp. 393-415, Oksandro Gonálves, Daniel Wunder Hachem y Ana Claudia Santano (Coordenadores), ISBN 978-85-5544-0002-1, Editora Ithala, Curitiba, Paraná, Brasil, setembro 2015; on line: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2900587](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2900587), última visita: 01 junho de 2017.

<sup>2</sup> Presidente da E-Justicia Latinoamérica. Vice-Presidente para América Central e do Sul da International Association for Court Administration (IACA). Diretor do International Institute for Justice Excellence (IIJE). Decano da Faculdade de Pós-Graduação (Universidade de Belgrano –UB-). Diretor do Centro de Estudos sobre a Justiça -CEJUS- (Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires-UBA-). Advogado. Doutor em Ciência Política (UB). Doutor em Sociologia (UB). Dout. em Direito Internacional Privado (Universidade Notarial Argentina –UNA-). Posdoutor em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Curitiba, PR, Brasil. Editor da International Journal for Court Administration (IJCA). Membro da Associação Argentina de Direito Internacional (AADI). Consultor da Agência para o Desenvolvimento Internacional do Governo dos Estados Unidos da América (USAID). Consultor do Programa Eurosocial (Comissão Europeia). Consultor do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Professor Visitante na Universidade da Flórida (Frederic G. Levin College of Law, Gainesville, Flórida, EUA), Universidade de El Salvador (San Salvador, El Salvador), Universidade Paris Dauphine, Paris, França, Universidade Estadual de Tbilisi Tbilisi, Georgia). Professor de "Gestão do Tribunal, Justiça e Sociedade" (Master de Magistratura (UBA). Professor de "A Administração do Poder Judiciário e Aptidão Gerencial do Juiz" (Master de Magistratura e Direito Judicial, Universidade Austral). Professor de "Problemas Econômicos Internacionais e Latinoamericanos" (Master de Política Econômica Internacional, UB). Professor de "Avaliação Institucional e Qualidade de funções jurisdicionais" (Escola Judicial do Conselho da Magistratura do Poder Judiciário da Nação Argentina). Ex-Coordenador Geral do Comissão Nacional de Gestão Judicial (Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina) Ex-Coordenador do Programa Integral de Reforma Judicial (Ministério da Justiça e Direitos Humanos da Nação Argentina). Ex-Coordenador Geral do Programa "Casas de Justiça" (Ministério da Justiça e Direitos Humanos - Conselho de Ministros - Banco Mundial). Ex-Secretário do Mesa Permanente de Justiça do Diálogo Argentino.

Mais tarde, vou descrever várias atividades no domínio da modernização judicial que são desenvolvidas nos sistemas de justiça de meu país, a Argentina.

Em seguida, vou analisar um modelo de organização judiciária que é consistente com as exigências dos tempos, em busca da eficiência e melhoria contínua dos serviços, e em linha com os aspectos acima mencionados: a administração dos tribunais.

Finalmente, vou expressar minhas conclusões, tentando antecipar os caminhos que acho conveniente transitar para atingir uma cada vez melhor justiça.

### 1 CENÁRIO

O profundo selo tecnológico do processo de globalização, que impacta em tempo real e para além da distância, é especialmente percebido na reflexão jurídica<sup>3</sup> e na criação de normas, através da presença crescente de raciocínio econômico que em esta atividade tem lugar<sup>4</sup>.

O cenário global é também caracterizado por um aumento acentuado no número e diversidade de demanda social de justiça, enquanto as organizações públicas não melhoram notavelmente os seus serviços para atendê-la.<sup>5</sup>

O contexto mencionado representa uma exigência inevitável para órgãos públicos, incluindo os judiciais: a modernização constante para alcançar uma maior eficiência nos serviços e, assim, o melhor atendimento das necessidades de uma sociedade global emergente em contínua mudança e complexidade.

### 2 ABORDAGEM SISTÊMICO

A justiça é aqui analisada como um sistema<sup>6</sup>, ou seja, como um todo é ordenado com base em seus componentes, conjunto de partes interdependentes

---

<sup>3</sup> Vide Hayakawa, Shinichiro, "Private Law in the Era of Internet", em Basedow, Jürgen & Kono, Toshikuyi (Editors), *Legal Aspects of Globalization. Conflicts of Laws, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000, pp. 27-28.

<sup>4</sup> A lei regula a vida econômica, mas também é influenciada por ela. Vide Siehr, Kurt, "Ökonomische Analyse des Internationalen Privatrechts", *Festschrift Karl Firsching*, München, Deutschland, 1985, p. 269. A globalização tem reforçado essa influência recíproca.

<sup>5</sup> Vide Palma, Luis María, "Globalización, Estado y Justicia. ¿Hacia un Nuevo Paradigma?", *Diario ElDial.Com* –<http://www.eldial.com>, Año XIV, N° 3265, Suplemento de Derecho de la Alta Tecnología, p. 5, miércoles 11 de mayo de 2011 – [eldial.com](http://www.eldial.com), DC15B7; on-line: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2901584](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2901584); última visita: 01 de junho de 2017.

<sup>6</sup> Vide Passos de Freitas, Vladimir y Palma, Luis María, *La Justicia como Sistema*, Documento de Trabajo, N° 303, Universidad de Belgrano, Departamento de Investigaciones, ISSN 1850-2512 (impreso), ISSN 1850-2547 (on-line), Buenos Aires, febrero de 2015, p. 7; on-line:

conceptuales- reais ou relacionadas em termos de um fim. Estes componentes formam um todo complexo ou unitário, e tomar o seu sentido último em que eles são membros dessa<sup>7</sup>.

A partir desta perspectiva, são componentes do sistema judicial<sup>8</sup>:

## 2.1 ACCESO À JUSTIÇA

É constituído pelas diferentes vias de acesso à justiça, que não estão limitadas aos tribunais<sup>9</sup>. Elas procuram alcançar uma solução justa, não só através dos tribunais, mas, eventualmente, por a utilização de formas desjudicializadas para resolução de conflitos, como a mediação ea arbitragem, entre outras<sup>10</sup>.

## 2.2 CAPACITAÇÃO

A educação continuada é um instrumento de suma importância para o funcionamento do sistema<sup>11</sup>, e para a melhoria contínua de seus diversos setores: as reformas requeridas só vai dar os resultados esperados a partir da ação de agentes devidamente treinados<sup>12</sup>.

[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2897625](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2897625); última visita: 01 de junho de 2017..

<sup>7</sup> Vide Palma, Luis María, *Justicia y Desarrollo en América Latina* (tesis doctoral de Ciencia Política, Universidad de Belgrano); on-line: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2900998](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2900998) pp. 19-24; última visita: 01 de junho de 2017.; também do autor, *Justicia y Reforma en la Argentina Democrática* (tesis doctoral de Sociología, Universidad de Belgrano); on-line: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2901002](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2901002); última visita: 01 de junho de 2017.

<sup>8</sup> Vide Palma, Luis María, "Administração e Gestão Judiciária em um Mundo Globalizado. Desafios para a América Latina", en *Estado, Direito e Políticas Públicas - Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*, pp. 47-49, Luis Alberto Blanchet, Daniel Wunder Hachem y Ana Claudia Santano, ISBN 978-85-61868-77-2, Editora Ithala, Curitiba, Paraná, Brasil, 2014; on-line: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2900556](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2900556); última visita: 01 de junho de 2017.

<sup>9</sup> Vide Clarke, Thomas M. e Flango, Victor, E., "Case Triage for the 21st Century, en National Center for State Courts, *Future Trends on State Courts 2011*, p. 146; on-line: <http://ncsc.contentdm.oclc.org/cdm/singleitem/collection/ctadmin/id/1847/rec/1>; última visita: 01 de junho de 2017.

<sup>10</sup> Vide Highton, Elena, *Prólogo*, em Álvarez, Gladys Stella, *La Mediación y el Acceso a Justicia*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, abril de 2003, p. 10.

<sup>11</sup> Vide Palma, Luis María, "Capacitar para la "Autogestión", *Revista Ope Legis*, Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Entre Ríos, N° 3, diciembre de 2005, p. 14; on-line: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2901545](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2901545); última visita: 01 de junho de 2017.

<sup>12</sup> Vide Palma, Luis María "La Capacitación Judicial y sus Nuevos Caminos", *Diario ElDial.Com* – <http://www.eldial.com>, año X, N° 2433, Suplemento de Administración de Justicia y Reformas Judiciales, martes 18 de diciembre de 2007, p. 1; on-line: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2899375](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2899375); última visita: 01 de junho de 2017.

### 2.3 GESTÃO

Inclui a organização das unidades judiciais, a distribuição interna de tarefas que são executadas nelas, seu funcionamento e o desempenho de agentes<sup>13</sup>.

### 2.4 ADMINISTRAÇÃO

Abrange a organização como um todo, e as pessoas que trabalham nela e com ela<sup>14</sup>. Contempla a formulação e administração do orçamento, o financiamento do sistema, eo uso de indicadores<sup>15</sup>. A partir destes elementos, é possível compreender melhor o status do sistema, realizar diagnósticos, identificar os problemas, determinar as possíveis causas, desenvolver e implementar soluções, avaliar e, se necessário, antecipar tendências<sup>16</sup>.

### 2.5 INFRAESTRUTURA

Consiste no ambiente físico em que são fornecidos os serviços, e também os insumos necessários, juntamente com a tecnologia da informação e comunicação (TIC).

### 2.6 NORMAS

As regras de organização e funcionamento são uma área de grande importância para o conhecimento e a modernização do sistema de justiça.

### 2.7 CONSTRUÇÃO DE CONSENSO

Os serviços de justiça devem ser informados através de todos os meios disponíveis. Também deve assim ser promovida a discussão e formulação de

---

<sup>13</sup> Vide Garavano, Germán C., Chayer, Héctor, Lynch, Horacio María et al, *Propuestas para la Reforma del Sistema de Justicia. Plan Nacional de Reforma Judicial*, Nueva Justicia Siglo XXI, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Ministerio de Justicia de la Nación, noviembre de 1999, Capítulo 3º, p. 135.

<sup>14</sup> Vide Garavano, Germán C. et al, *op. cit.*, Capítulo 4º, p. 191 e seguintes.

<sup>15</sup> Os indicadores representam fatos ou fenômenos estatísticos, e podem facilitar a visualização das tendências futuras. Vide Greco, Orlando, *Diccionario de Economía*, Valletta Ediciones, tercera edición, Florida, Provincia de Buenos Aires, 2006, p. 292.

<sup>16</sup> Vide Pastor Prieto, Santos (con la colaboración de Liliana Maspóns), *Cifrar y Descifrar. Manual para Generar, Recopilar, Difundir y Homologar Estadísticas e Indicadores Judiciales*, Volumen 2, "Indicadores Judiciales para las Américas", Centro de Estudios de Justicia de las Américas –CEJA-, Santiago de Chile, 2004, pp. 13-14.

propostas de mudança na justiça, em fóruns internos e trans-setoriais do diálogo social, cívico e inter-setorial. Só então é possível aumentar a confiança do público no sistema, desenhar em idéias para a melhoria e, com isso, contribuir para a coesão social.

## 2.8 COOPERAÇÃO

Os agentes, órgãos e jurisdições devem manter uma comunicação fluida para facilitar, coordenar e cooperar no desenvolvimento de suas atividades, ajudar a criar sinergias e otimizar os serviços que prestam.

## 3 CONCEITOS FUNDAMENTAIS

### 3.1 EFICIÊNCIA

Para o tratamento do assunto, é inicialmente necessário diferenciar os significados de duas palavras que são utilizadas indistintamente: eficácia e eficiência.

A eficácia é o cumprimento do objetivo para o desenvolvimento de uma ação<sup>17</sup>. Assim, o sistema judiciale, é eficaz se atinge o resultado de resolver o conflito, reforçar ou restabelecer a lei ou colocar freio a o corrente ou potencial abuso de poder.

Mas é desejável que este resultado é conseguido de forma eficiente, isto é, através da utilização otimizada dos recursos disponíveis. A eficiência implica alcançar o resultado esperado com o mais alto desempenho, "produzindo" mais com o menor custo. Consiste em atingir a meta com consequências mínimas não intencionais, e custos mais baixos.

A eficiência é alcançada quando os recursos são utilizados da melhor maneira possível<sup>18</sup> para satisfazer os desejos e necessidades das pessoas<sup>19</sup>. Através

---

<sup>17</sup> Vide Greco, Orlando, *op. cit.*, p. 218.

<sup>18</sup> Vide Furubotn, Eirik G., "Economic Efficiency in a World of Frictions", *European Journal of Law and Economics*, Vol. 8, Kluwer Academic Publishers, The Netherlands, 1999, pp. 187-188. O critério de eficiência deve ser interpretado como um dispositivo que separa alternativas desejáveis de outras alternativas menos desejáveis. Tudo tomada de decisão está sujeita a informações incompletas e incerteza. Os resultados dependem da qualidade da informação disponível e, portanto, o que é conseguido é fortemente influenciado pela estrutura de informação existente.

<sup>19</sup> Vide Samuelson, Paul, Nordhaus, William D., *Economía*, McGraw Hill, 18ª edición, Madrid, España, 2005, p. 13.

de condução eficiente, a empresa utiliza os seus recursos limitados da melhor maneira possível<sup>20</sup>.

Ao vincular os dois termos, surge que o comportamento eficaz pode ou não ser eficiente, mas só pode ser eficiente se é eficaz: quando há eficácia o resultado é alcançado, com ou sem uma utilização óptima dos recursos.

Se se aplica esta relação ao sistema judicial, por exemplo, um conflito pode ser resolvido dentro do prazo legal, ou excedendo o tempo definido<sup>21</sup>: ambas soluções podem ser eficazes, porque fazem justiça, mas apenas a primeira poderá ser eficiente. Mas se o conflito não é resolvido, não haverá eficácia nem, por conseguinte, eficiência.

### 3.2 INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

Pode ser conceituada como a ausência de interferência entre o juiz e outros atores, (autoridades políticas, organizações internacionais) públicas ou privadas (partes interessadas, mídia, grupos económicos, organizações da sociedade civil, opinião pública e publicada)<sup>22</sup>. Ela deriva sua existência do estado de direito, em que as relações entre governantes e governados são regidas por normas jurídicas<sup>23</sup>.

A independência judicial é garantida através dos mecanismos de seleção de juizes, à estabilidade durante suo bom comportamento e à inviolabilidade da sua remuneração<sup>24</sup>. O gozo desta garantia requer correspondentemente, em os juizes, a imparcialidade no exercício da função e a observância da uma conduta ética.

Podem ser distinguidas como espécies de independência: i) pessoal, conjunto de características da posição ou estatuto constitucional do juiz que o torna

---

<sup>20</sup> Erin O'Hara e Larry Ribstein afirmam que, no contexto regulamentar, a eficiência de uma lei depende da medida em que serve ou atende às necessidades de partes ou de transacções sujeitas a ele, em termos de benefícios e custos ele traz. Vide O'Hara, Erin & Ribstein, Larry, "From Politics to Efficiency in Choice of Law", *George Mason University School of Law, Law and Economics Working Paper Nº 00-04*, 66 pp., January 2000, p. 6; on-line: [http://papers.ssm.com/paper.taf?abstract\\_id=199849](http://papers.ssm.com/paper.taf?abstract_id=199849); última visita: 01 de junho de 2017.

<sup>21</sup> Vide Pastor Prieto, Santos, *Ah, de la Justicia! Política Judicial y Economía*, Editorial Civitas, primera edición, Madrid, España, 1993, pp. 42-43.

<sup>22</sup> Vide Palma, Luis María, *Justicia y Reforma...* p. 53.

<sup>23</sup> Vide Diez-P, Luis María, "Notas de Derecho Comparado sobre la independencia judicial", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 34, Madrid, 1992, pp. 19 -20.

<sup>24</sup> Vide Hamilton, Alexander, Madison, James and Jay, John, *The Federalist Papers, LXXVIII, Judiciary Department*, p. 465, New American Library, New York, 1961. Para Hamilton, o mandato de juizes durante bom comportamento é a melhor ferramenta que pode usar qualquer governo para garantir a administração sereno e imparcial das leis.

immune a influência ou pressão dos órgãos políticos<sup>25</sup>; ii) colectiva, baseada na protecção conjunta do Poder Judiciário na frente dos outros órgãos do governo; iii) interna, que protege o juiz no sistema judicial, no qual não existem hierarquias, mas instâncias; iv) externa, em frente aos poderes políticos e outros actores, tais como a mídia, sindicatos, sociedade.

A independência judicial pode ser afetada se o judiciário é financeiramente dependente dos poderes políticos. Mas, mesmo na ausência de auto-suficiência orçamental, a independência pode ser uma realidade se assim se verifica quando os juízes fazem justiça<sup>26</sup>.

### 3.3 SEGURANÇA JURÍDICA

Conforme expresso Julio H. G. Olivera, a segurança jurídica pode ser caracterizada como certeza sobre o conteúdo e eficácia do Direito, directamente relacionada com a justiça, tanto como condição e como consequência da mesma<sup>27</sup>. É a certeza que a partir do estado deve ser dada a cada indivíduo em termos de respeito pela sua pessoa e direitos, que não podem ser alterados sem a observância dos procedimentos normais, com base na Constituição e as leis<sup>28</sup>.

A segurança jurídica está intimamente ligada ao estado de direito, isto é, com o respeito à lei por governantes e funcionários públicos: todos os agentes do governo são responsáveis perante a lei, limitados no exercício da sua responsabilidades e pelo sistema de controlos e contrapesos.

É essencial o papel que os órgãos estaduais têm quanto à existência, fortalecimento e consolidação da segurança jurídica, que exige coerência na criação, divulgação, aplicação e execução das normas ao longo do tempo e além de mudanças políticas. Se tal cumprimento é verificado e é de conhecimento público, pode-se dizer que há segurança jurídica. E através dela contribui para a coesão social, na medida em que as pessoas acreditam e confiam em seu sistema político e legal<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Vide Day O'Connor, Sandra, "La Importancia de la Independencia Judicial", palestra, Bahrein, 15-17 Setembro de 2003, on-line, <http://www.enj.org>; última visita: 01 de junho de 2017.

<sup>26</sup> Vide Palma, Luis María, *Justicia y Reforma...*, p. 55.

<sup>27</sup> Vide Olivera, Julio H. G., "Globalización, Crecimiento Económico y Bienes Públicos", *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, segunda época, Año XLIX - Nº 42, 2004, p. 312.

<sup>28</sup> Vide Palma, Luis María, *Justicia y Reforma...*, p. 60.

<sup>29</sup> Vide Peces-Barba, Gregorio, "La Constitución y la Seguridad Jurídica", *Claves de Razón Práctica*, Nº 138, pp. 4-8, Madrid, diciembre de 2003. Citado por Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición, 2004, p. 586.

A geração de tal confiança tem no sistema judicial de um jogador-chave: é a partir de sua performance que vemos o grau real de cumprimento das regras por parte de todos, e a extensão eo alcance dos direitos individuais, coletivos e sociais.

A segurança jurídica será maior quando o sistema judicial cumpre a sua função de forma mais independente, eficaz e eficiente para a proteção, o reconhecimento ea restauração dos direitos, resolução de conflitos e de controlo das decisões de outras autoridades públicas.

### 4 UM CASO: REFORMA DO JUDICIÁRIO NA ARGENTINA DEMOCRÁTICA

Através da abordagem sistêmico oportunamente descrito, vou me referir a diferentes atividades de modernização realizadas no meu país, Argentina, durante o período de governação democrática que começou no 10 de dezembro de 1983<sup>30</sup>.

Tais mudanças foram realizadas por meio de um processo que, caracterizado primeiro pelo desenvolvimento de iniciativas individuais ou sectoriais, foi seguido pelo aumento do diálogo e da participação, levando à formulação e implementação gradual de políticas públicas nas vinte e cinco jurisdições do sistema judicial<sup>31</sup>.

A crescente atitude favorável ao maior envolvimento de agentes ocorreu após do colapso político institucional, social e econômico que a Argentina sofreu em dezembro de 2001. Neste contexto, o Governo Nacional ea Igreja Católica Argentina, com a assistência de Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), fez um apelo ao diálogo cívico por meio de reuniões para formular políticas públicas<sup>32</sup>.

Foi então criada a Mesa Permanente de Justiça do Diálogo Argentino, que decorreu entre Fevereiro de 2002 e Fevereiro de 2006, e obteve resultados extremamente valiosos no domínio da construção de consensos para a modernização do sistema judicial.

Este fórum teve a participação de um grande número de representantes institucionais de praticamente todas as jurisdições, cortes e tribunais supremos, outros órgãos judiciais, ministérios públicos, associações profissionais e comerciais, organizações da sociedade civil, instituições educacionais, especialistas

---

<sup>30</sup> Um tratamento mais detalhado pode ser encontrado em Palma, Luis María, *Justicia y Reforma...*, p. 174 e seguintes.

<sup>31</sup> Argentina é um Estado federal, no qual vinte e cinco judiciários coexistem: o nacional, os correspondentes aos vinte e três províncias e da Cidade Autônoma de Buenos Aires.

<sup>32</sup> Vide Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Evaluación del Diálogo Argentino*, PNUD, Buenos Aires, octubre de 2004, p. 12.

independentes e público geral<sup>33</sup>. Ao intervir neste espaço, os agentes da justiça reforçaram a sua consciência, e aprenderam uns dos outros a escutar e compartilhar experiências, e assim aumentaram a sua pró-atividade e se estabeleceram como líderes na reforma do sistema de justiça<sup>34</sup>.

Como resultado do trabalho da Mesa Permanente de Justiça do Diálogo Argentino, foram conduzidas reuniões para a construção de cenários futuros, e também desenvolvidos muitos projetos depois implementados pelos participantes ou usados como fontes para a construção de políticas sectoriais.

Mencionarei a seguir alguns dos resultados relevantes da reforma judicial de Argentina durante o período de governação democrática, que continuam a produzir efeitos positivos sobre o presente e para o futuro.

#### 4.1 ACCESO À JUSTIÇA

**Mediação.** Este é um dos grandes avanços alcançados, pois possibilitou a ampliação do acesso à justiça, criando novas formas de obtenção de soluções justas e celeras, além de contribuir para o menor congestionamento no trabalho dos tribunais<sup>35</sup>. Foram criados centros para a prestação desses serviços, e assim inaugurado o caminho para a introdução de métodos alternativos em quase todas as jurisdições.

**Comissão Nacional de Acesso à Justiça**<sup>36</sup>. Destina-se a trabalhar na melhoria e diversificação do acesso com cortes supremas e tribunais superiores de Argentina. Graças à colaboração da Comissão foi possível a criação e implementação de casas de justiça (Tierra del Fuego e Catamarca), o desenvolvimento da mediação civil e família (La Pampa e Santiago del Estero), o treinamento de pessoal em lidar com casos de violência doméstica (Mendoza), e mapeamento de acesso à justiça, que inclui informações atualizadas sobre os

---

<sup>33</sup> Eu servi sucessivamente como relator e secretário da Mesa Permanente de Justiça do Diálogo Argentino.

<sup>34</sup> Vide Argenjus, *La Cultura del Diálogo. La experiencia de la Mesa Permanente de Justicia del Diálogo Argentino*, Editorial La Ley, Buenos Aires, abril de 2011, p. 4.

<sup>35</sup> Este foi o resultado de uma iniciativa que veio de membros da magistratura. Desenvolvimento e implementação foram possíveis graças à ação conjunta do Poder Judiciário e do Poder Executivo, que foi encarregado de implementar o Plano Nacional de Mediação. O Plano foi elaborado por uma comissão *ad hoc*, em que os juízes tiveram um papel de liderança. Vide Álvarez, Gladys Stella, *La Mediación y el Acceso a Justicia*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, abril de 2003, p. 227.

<sup>36</sup> Criada pela Corte Suprema de Justiça da Nação, Acordada 37/2007, del 17 de diciembre de 2007. Online, <http://www.csjn.gov.ar/accjust/docs/index.jsp>; última visita: 01 de junho de 2017.

métodos de acesso à justiça implementados em todas as jurisdições de informação Argentina<sup>37</sup>.

**Oficina de Violência Doméstica (OVD).** Foi criada pela Corte Suprema de Justiça<sup>38</sup>, com o objectivo de facilitar o acesso à justiça para as pessoas afetadas de forma permanente, 24 horas por dia, todos os dias do ano (fins de semana e feriados incluídos). A oficina depende da vice-presidência da Corte Suprema<sup>39</sup>. A fim de combater e prevenir a violência doméstica e garantir a segurança de suas vítimas em todo o país, a Corte Suprema concluiu acordos de cooperação com os tribunais superiores, procuradorias, o governo da Cidade Autônoma de Buenos Aires, e agências das Nações Unidas, avaliando a sua plena implementação a nível provincial<sup>40</sup>.

**Recepção de Queixas de Violência Familiar em Córdoba.** O Tribunal Superior de Córdoba ordenou a criação de oficinas de violência doméstica<sup>41</sup>.

**Proteção das Vítimas de Violência Doméstica e Mulheres em Santiago del Estero.** O Superior Tribunal de Justiça de Santiago del Estero tem implementado a Oficina de Proteção de Vítimas de Violência Doméstica e Mulheres (OVfYM), que fornece serviços 24 horas por dia, todos os dias do ano<sup>42</sup>.

**Oficina da Mulher (OM)**<sup>43</sup>. A oficina é responsável por assegurar a integração do gênero no planejamento institucional e processos internos para alcançar a equidade no setor. Trabalha sobre a actualização de um mapa do gênero e um banco de dados de jurisprudência. O Tribunal Superior de Justiça de Córdoba criou uma oficina semelhante<sup>44</sup> para coordenar as atividades relacionadas com a igualdade de gênero por meio de treinamento, assistência técnica, pesquisa e colaboração com instituições acadêmicas<sup>45</sup>.

---

<sup>37</sup> On-line, <http://www.csjn.gov.ar/accjust/docs/cuadro.jsp>; última visita: 01 de junho de 2017. Foi essencial a iniciativa do querida e admirada juiz da Corte Supremade Justiá, Carmen Argibay (1939-2014).

<sup>38</sup> Vide Corte Suprema de Justicia de la Nación, Acordada 39/2006, 27 de diciembre de 2006.

<sup>39</sup> On-line, <http://www.csjn.gov.ar/ovd/ovdhome.jsp>; última visita: 01 de junho de 2017.

<sup>40</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Informe de Gestión - Presidencia del Dr. Ricardo Lorenzetti - Período 2007-2009*, p. 12-13. Presentado en el Acto de Inauguración del Año Judicial, el 15 de febrero de 2010.

<sup>41</sup> On-line, [http://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/paginas/violencia\\_familiar\\_info.aspx](http://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/paginas/violencia_familiar_info.aspx); última visita: 01 de junho de 2017.

<sup>42</sup> On-line, [http://www.jussantiago.gov.ar/jusnueva/violencia/index\\_violencia2.php](http://www.jussantiago.gov.ar/jusnueva/violencia/index_violencia2.php); última visita: 01 de junho de 2017.

<sup>43</sup> Criada pela Corte Suprema de Justiça da Nação, Acordada N° 13/2009, 23 de abril de 2009. On-line, <http://www.csjn.gov.ar/om/index.html>; última visita: 01 de junho de 2017.

<sup>44</sup> Vide Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Acuerdo Reglamentario N° 1019 "A", 23 de septiembre de 2010.

<sup>45</sup> On-line, [http://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/paginas/oficina\\_mujer.aspx](http://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/paginas/oficina_mujer.aspx); última visita: 01 de junho de 2017.

**Oficina Multipuertas.** Foi criada por iniciativa da Câmara Nacional de Apelações Cíveis e do Ministério da Justiça e Direitos Humanos, para a prestação de serviços de aconselhamento e encaminhamento gratuitos para a resolução de conflitos jurídicos ou sociais<sup>46</sup>.

**Casas de Justiça.** Estes são centros de aconselhamento, assistência jurídica, encaminhamento e prestação de mecanismos para a resolução de disputas eficaz, rápida e gratuita. Foram colocados em operação em Buenos Aires, Catamarca, Rio Negro, Santiago del Estero e Tierra del Fuego<sup>47</sup>.

**Assistência a Vítimas de Crimes em Chaco.** O Superior Tribunal de Justiça de Chaco criou a Mesa Permanente para o Cuidado e Aconselhamento à Vítima e Cidadania (MAAP VI.CI)<sup>48</sup>.

**Extensionismo Jurídico.** Este é um serviço de consultoria jurídica voluntária oferecido pelas organizações da sociedade civil, às vezes de forma independente, e às vezes com apoio externo, público, privado e voluntários individuais em Mendoza, Buenos Aires, Córdoba, Corrientes, Formosa, Jujuy, Misiones, San Juan, San Luis, Santa Fe, Santiago del Estero e Tucumán<sup>49</sup>.

## 4.2 CAPACITAÇÃO

**Seminários de Formação.** Os conteúdos da gestão judicial são oferecidos por escolas e centros de treinamento, a fim de ensinar as técnicas para formulação de diagnóstico e aplicação prática dos conhecimentos adquiridos.

**Treinamento por videoconferência.** Entre agosto de 2004 e julho de 2011, a Rede Federal de Capacitação da Justiça Argentina<sup>50</sup> ofereceu ações de formação gratuitas através de sessenta e seis videoconferências, com a participação de quatro mil duzentas juizes, funcionários, empregados e advogados. As videoconferências foram registradas de forma analógica ou digital, para sua posterior utilização em novas actividades de formação judiciária. A tarefa foi realizada em coordenação com o Conselho Federal de Tribunais Superiores e Tribunais de Justiça das Províncias Argentinas e da Cidade Autônoma de Buenos Aires (JUFEJUS), a

---

<sup>46</sup> Esta oficina foi agraciada com o Prêmio Interamericano de Acesso à Justiça, concedido pela Federação Interamericana de Advogados (FIA), XLIII Conferência, realizada no México em junho de 2007.

<sup>47</sup> Em Rio Negro e Tierra del Fuego as atividades de desenho e implementação foram realizadas com a cooperação técnica da Fundação Libra; <http://www.fundacionlibra.org.ar>; última visita: 01 de junho de 2017.

<sup>48</sup> On-line, <http://www.justiciachaco.gov.ar/index.asp>; última visita: 01 de junho de 2017.

<sup>49</sup> FAVIM, organização da sociedade civil estabelecida na província de Mendoza, concebeu e realizou esta iniciativa, e contou em certas jurisdições com apoio externo, público, privado e voluntário.

<sup>50</sup> Criada como um resultado do trabalho da Mesa Permanente de Justiça do Diálogo Argentino.

Associação dos Magistrados e Oficiais de Justiça Nacional (AMFJN), a Federação Argentina Magistrados e a Função Judicial (FAM), e a Rede de Escolas Judiciais das Províncias Argentinas e da Cidade Autónoma de Buenos Aires (REFLEJAR).

**Formação em Métodos Alternativos em Chaco.** O Centro de Estudos Judiciários da Província ofereceu junto com a Universidade Nacional de La Rioja, o Diploma em Resolução de Conflitos, que foi concluído pela maioria dos juizes de paz na província<sup>51</sup>.

### 4.3 GESTÃO

**Gestão da Qualidade.** É realizada com base na aplicação da norma ISO 9001/2000 e 2008, e visa a melhoria contínua dos serviços judiciais e transparência, através da participação dos agentes, planejamento de trabalho, a formação contínua, o trabalho em equipe e a utilização das tecnologias da informação e das comunicações<sup>52</sup>. Foi implementada em mais de setenta unidades judiciais argentinas.

**Comissão Nacional de Gestão Judicial (CNGJ)**<sup>53</sup>. Criada pela Corte Suprema de Justiça, a comissão realiza uma tarefa de sensibilização, assistência técnica e treinamento para melhorar a formação em gestão do pessoal, e facilitar a sua aplicação de acordo com as especificidades de cada sector<sup>54</sup>.

**Gestão Judicial Associada em Mendoza.** Vem sendo implementada desde 2008, com o objectivo de libertar os juizes das tarefas administrativas e funcionais que não são apropriadas para sua função judicial. Para isso foi criada a figura do administrador do tribunal, dependente da Suprema Corte da Justiça, que coordena a tarefa de processamento dos casos de cinco tribunais civis.

**Oficinas Judiciais em Chubut.** Foram criadas em 2006 para a implementação do Código de Processo Penal<sup>55</sup>. Foi atribuída a essas unidades, apoiadas pelo uso de ferramentas tecnológicas, a gestão do processo de gestão, a organização e distribuição dos casos, a determinação das datas e horários de audiências preliminares e de julgamentos.

<sup>51</sup> On-line, <http://www.justiciachaco.gov.ar/pjch/version2/cej/index.asp>; última visita: 01 de junho de 2017.

<sup>52</sup> É característico a este respeito o excelente trabalho realizado pelo Instituto Argentino de Normalização e Racionalização (IRAM), on-line <http://www.iram.org.ar/>; última visita: 01 de junho de 2017.

<sup>53</sup> On-line, <http://www.cjg.gov.ar/gestion-judicial.html>; última visita: 01 de junho de 2017.

<sup>54</sup> Eu cumpri o papel de coordenador geral da comissão entre dezembro de 2007 e dezembro de 2009.

<sup>55</sup> Em as ciudades de Esquel, Trelew, Puerto Madryn, Sarmiento y Comodoro Rivadavia; on-line, <http://defensachubut.gov.ar/defgral/?q=node/787>; última visita: 01 de junho de 2017.

**Gestão da Procuradoria da Cidade Autônoma de Buenos Aires.** Foi projetado um modelo de gestão integrada<sup>56</sup>, com três objetivos principais: 1) aumentar a confiança da comunidade através da transparência das ações; 2) criar mais e melhores canais de acesso à justiça; 3) melhorar e modernizar a gestão para aumentar as taxas de resolução de conflitos<sup>57</sup>.

O novo modelo de procuradoria inclui: 1) Unidade de Intervenção Precoce (UIT), que leva intervenção no início de cada caso avaliado e decidido sobre as suas características. 2) Unidade Comum de Processamento (UTC), agindo em coordenação com a UIT e os equipas de procuradores. Esta estrutura centraliza e agiliza as tarefas de apoio à pesquisa. 3) Equipas de Procuradores, compostos por seis procuradores para os casos penais e de contravenções, os que conduzem as pesquisas, libertados de tarefas administrativas e procedimentos burocráticos.

#### 4.4 ADMINISTRAÇÃO

**Unidade de Transformação e Desenvolvimento Institucional de Mendoza (UtyDI).** Criada em Maio de 2007 pela Suprema Corte de Justiça, é responsável pela concepção, projecção e implementação de novas mudanças e reformas institucionais para assegurar e melhorar o serviço de Justiça.

**Política de Pessoal.** Em Córdoba, por decisão do Tribunal Superior de Justiça foi estabelecida uma política de recursos humanos que define o processo de seleção para a entrada do pessoal judicial<sup>58</sup>. Em Salta foi implementado o concurso público para a seleção do pessoal administrativo do sistema judiciário<sup>59</sup>.

**Programa "Poder Judiciário em Mudança" em Santiago del Estero.** Ele é executado a partir de março de 2005 pelo Superior Tribunal de Justiça, com a participação de diferentes setores, dentro de uma prática de diálogo e coordenação com os poderes políticos, com a participação de representantes de organizações profissionais e associações, instituições de ensino e organizações sociais. As áreas que o compõem são sete: 1) acesso à justiça; 2) gestão; 3) capacitação; 4) reforma administrativa; 5) reforma do sistema legal; 6) infraestrutura; 7) construção de consenso e materiais<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> On-line, <http://www.mpf.jusbaires.gov.ar/lang/es/al-habitante/fiscalias-2/zona-c-unidad-fiscal-sudeste/>; última visita: 01 de junho de 2017.

<sup>57</sup> Vide *Nuevo Diseño Organizacional del Ministerio Público Fiscal*, Buenos Aires, 2008, p. 7 y siguientes.

<sup>58</sup> Vide Tribunal Superior de Justicia, Acordada N° 572, 11 de agosto de 2000.

<sup>59</sup> Vide Corte de Justicia, Acordada N° 9530, 27 de enero de 2006.

<sup>60</sup> Para a formulação e desenvolvimento deste programa ambicioso e abrangente tem sido tomado como fonte o desenho do Programa Integral de Reforma Judicial (PREJUD) do Ministério da Justiça e Direitos Humanos da Nação, executado entre 2000 e 2006.

**Modernização e Administração em La Rioja.** Desde 2007, no âmbito do Plano de Modernização da Administração da Justiça foram criados o Gabinete de Controlo de Gestão e Planeamento, a Escola de Formação Judiciária, o Programa de Formação e Renda de Estagiários Universitários, e a Oficina de Notificações. A Lei dos Serviços da Reforma e Modernização do Judiciário introduziu a figura do administrador, dotada de autonomia funcional oficial, cuja missão é otimizar a função judicial, apoiando a área administrativa responsável<sup>61</sup>.

**Reengenharia de Processos e Indicadores em Chubut.** Em linha com a implementação do Código de Processo Penal, procura realizar uma visão institucional do serviço de justiça, com a concepção de novos processos de trabalho e modelos organizacionais, bem como a utilização de indicadores para medir o desempenho e resultados.

#### 4.5 INFRAESTRUTURA

**Cidade Judicial de Salta.** Foi colocada em operação em 1 de Fevereiro de 2006, concentrando-se as unidades de trabalho do Judiciário e da Procuradoria, possibilitando maior eficiência na organização e prestação de serviços, e uma economia considerável de custos de aluguer.

**Edifícios Judiciais em Chaco.** Desde 2007 foram inauguradas unidades edilicias que fazem parte do Complexo Judiciário, projetado e planejado para construir infraestrutura usando recursos de aplicação da lei de autarquia e da percepção da taxa de justiça. As obras incluem edifícios para juizes de paz em bairros distantes da capital, e necrotérios judiciais em outros locais.

**Tecnología en Formosa.** O Poder Judiciário de Formosa é um pioneiro no uso do software livre desde 2001, através do qual foram projetados sistemas de gestão específicos para diferentes jurisdições e departamentos judiciais, a fim de alcançar a conectividade em toda a província.<sup>62</sup>

**Modernização tecnológica em Santa Fe.** A Corte Suprema de Justiça tem uma política activa no sector<sup>63</sup> para simplificar o gerenciamento, com vista à futura implementação do registro digital<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Vide La Rioja, Ley N° 8861, art. 22.

<sup>62</sup> On-line

[http://www.jusformosa.gov.ar/index.php?option=com\\_content&view=article&id=400:prensa&catid=46:prensa&Itemid=84](http://www.jusformosa.gov.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=400:prensa&catid=46:prensa&Itemid=84); última visita: 01 de junho de 2017.

<sup>63</sup> On-line <http://www.justiciasantafe.gov.ar/portal/index.php/es/Informacion-General/Firma-Digital>; última visita: 01 de junho de 2017.

<sup>64</sup> Vide Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, Acuerdo del 5 de septiembre de 2006.

#### 4.6 NORMAS

**Métodos Alternativos.** Têm sido promulgadas leis que garantam a utilização de meios alternativos em a Cidade de Buenos Aires e as provincias de Buenos Aires, Chaco, Chubut, Córdoba, Corrientes, Entre Ríos, Formosa, Misiones, Río Negro, Salta, San Juan, San Luis, Santa Fe, Santiago del Estero, Tierra del Fuego e Tucumán.

**Regras Processuais.** Foram postos em prática códigos de processo penal de La Pampa, Chaco e Chubut, procedimento de flagrante em Mendoza, eo código processual civil e comercial de La Pampa.

#### 4.7 CONSTRUÇÃO DE CONSENSO

**Programa "Justiça em Mutação".** Tem sido inestimável a tarefa de sensibilização e modernização realizada a partir do Programa "Justiça em Mutação: Sociedade Civil, Advogados e Juízes. Um Novo Projeto para a Administração da Justiça"<sup>65</sup>. O objetivo foi promover a conscientização por parte dos líderes do sistema judicial argentino das melhores práticas para a modernização realizadas nos Estados Unidos. Para fazer isso, foram desenvolvidos dois tipos de atividades: visitas de especialistas norte-americanos para a Argentina a fim de divulgar e explicar experiências de reforma, e viagens anuais de líderes argentinos para os EUA, a fim de fazer contato contato direto com as melhores práticas de modernização do sistema judicial<sup>66</sup>.

**Conferências Nacionais de Juízes.** Estas reuniões são organizadas pela Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, a Associação dos Magistrados e Oficiais de Justiça Nacional (AMFJN), o Conselho Federal de Tribunais Superiores e Tribunais de Justiça das Províncias Argentinas e da Cidade Autônoma de Buenos Aires (JUFEJUS) ea Federação Argentina da Magistratura e a Função Judiciária (FAM)<sup>67</sup>. As conferências são fóruns de discussão, construção de consensos e elaboração de políticas para o sistema judicial da Argentina. Os participantes são os juizes de todas as jurisdições. Entre 2006 e 2014 foram organizados seis conferências, com a participação de entre quinhentos e seiscentos juizes da Argentina em cada uma.

---

<sup>65</sup> Criado no final de 2000, na sequência de uma iniciativa conjunta da Fundação Libra, o Ministério da Justiça e Direitos Humanos, o Conselho da Magistratura do Poder Judiciário da Nação e do Consórcio Argenjus, sob os auspícios da Embaixada dos Estados Unidos em Buenos Aires.

<sup>66</sup> Entre 2000 e 2014, no âmbito deste programa visitaram Argentina 45 especialistas americanos, e 111 líderes argentinos viajaram para os EUA.

<sup>67</sup> On-line, <http://www.cij.gov.ar/nota-91-Una-tradicion-que-comenzo-en-Santa-Fe.html>; última visita: 01 de junho de 2017.

**Centro de Informação Judicial (CIJ)**<sup>68</sup>. É a Agência de Notícias do Poder Judicial da Nação, estabelecida pela Corte Suprema de Justiça a fim de fornecer gratuitamente, para a comunidade e os meios de comunicação, os dados oficiais produzidos pelos tribunais argentinos. As informações acessíveis são resoluções, vídeos de audiências públicas realizadas pela Corte Suprema, entrevistas e informações de todas as jurisdições argentinas. Seus conteúdos são atualizados permanentemente.

**Governo Aberto.** A Corte Suprema de Justiça concebeu e implementou esta iniciativa para promover a participação dos cidadãos na administração da justiça através da Internet, ea transparência das ações do governo<sup>69</sup>. Desta forma, o Tribunal permite o acesso a ferramentas digitais, incluindo as redes sociais como Facebook e Twitter), e as partes interessadas possuem assim transmitir pedidos de informação, sugestões e opiniões.

#### 4.8 COOPERAÇÃO

**Programa Integral de Reforma Judicial (PREJUD).** Criado no Ministério da Justiça e Direitos Humanos, o PREJUD deu serviços de cooperação técnica às jurisdições da Argentina entre 2000 e 2006. Diferentes iniciativas e projetos concebidos serviram como fontes de reformas implementadas ou em implementação em muitas jurisdições, com a participação ativa dos atores da justiça<sup>70</sup>.

**Reuniões de Juízes e Funcionários.** As Reuniões de Juízes e Funcionários que aplicam Práticas de Empresa para Melhorar o Serviço de Justiça<sup>71</sup> foram organizadas regularmente em diferentes jurisdições de Argentina. Eles têm produzido um efeito multiplicador muito importante através do diálogo e intercâmbio de experiências para a introdução de reformas no funcionamento das unidades judiciais.

**Acordo de Cooperação Técnica CSJN-Argenjus.** Em 7 de Maio de 2004, a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina (CSJN) e o Consórcio Argenjus (Argentina-Justiça)<sup>72</sup> assinaram um acordo de cooperação técnica, a fim de alcançar a melhoria da organização e funcionamento do Poder Judiciário da Nação<sup>73</sup>. A

---

<sup>68</sup> On-line, <http://www.cij.gov.ar/inicio.html>. El CIJ fue puesto en funcionamiento el 22 de octubre de 2008.

<sup>69</sup> On-line, <http://www.cij.gov.ar/gobiernoabierto/#>; última visita: 01 de junho de 2017.

<sup>70</sup> Como o programa já mencionado "Poder Judiciário em Mudança", em Santiago del Estero.

<sup>71</sup> As reuniões foram realizadas em diversas jurisdições argentinas graças à iniciativa do querido e incansável líder, Ariel Pelayo Labrada (1929-2014), ex-juiz em Matéria Civil e Comercial do Departamento Judicial de Pergamino, província de Buenos Aires.

<sup>72</sup> On-line, <http://www.argenjus.org.ar>; última visita: 01 de junho de 2017.

<sup>73</sup> On-line, [http://www.diariojudicial.com/contenidos/2004/05/07/noticia\\_0004.html](http://www.diariojudicial.com/contenidos/2004/05/07/noticia_0004.html); última visita: 01 de junho de 2017.

participação de atores de várias jurisdições tornou possível o desenvolvimento de produtos da cooperação para também ser aplicados em eles.

**Rede de Escolas Judiciais das Províncias Argentinas e da Cidade Autônoma de Buenos Aires (REFLEJAR)**<sup>74</sup>. Este é um exemplo valioso de cooperação na educação continuada através de uma ampla gama de cursos, que podem ser acessados para o desenvolvimento remoto através do campus virtual de a rede<sup>75</sup>.

## 5 JUSTIÇA, MODERNIZAÇÃO E EFICIÊNCIA: A ADMINISTRAÇÃO DO TRIBUNAL

### 5.1 ASPECTOS GERAIS

A administração dos tribunais tem o objetivo de criar e fornecer a infraestrutura necessária aos juizes para que possam prestar os serviços dos tribunais, de acordo com a lei<sup>76</sup>.

Portanto, é essencial para o desempenho de um funcionário especialmente treinado, o "administrador judicial", "diretor-executivo" ou "CEO"<sup>77</sup>, que deve organizar todas as atividades em apoio dos tribunais, cumprindo assim um papel essencial como colaborador para os juizes.

Alexander B. Aikman observa que, enquanto as funções judiciárias são encaminhadas para a resolução de casos, as funções administrativas estão relacionadas com a viabilidade dos tribunais como órgãos governamentais<sup>78</sup>.

Nos sistemas judiciais em que o modelo de administração tribunais tiver sido implementado (Estados Unidos, Canadá, Grã-Bretanha, Austrália, Nova Zelândia, etc.) é aceito que os tribunais precisam de profissionais para gerenciar as atividades administrativas, sob a direção dos juizes.

---

<sup>74</sup> Criada por JUFEJUS com apoio do Projeto EUROsociAL, Projeto Regional para a Coesão Social na América Latina através da Administração da Justiça, Novembro de 2007.

<sup>75</sup> On-line, <http://reflejar.jufejus.org.ar/>; última visita: 01 de junho de 2017.

<sup>76</sup> Vide Aikman, Alexander B., *The Art and Practice of Court Administration (Public Administration and Public Policy)*, Kindle Edition, posições 148-150, Auerbach Publications, Taylor & Francis Groups, Kindle Edition, Boca Raton, Florida, EUA.

<sup>77</sup> Vide Foster, Richard (with Layton, Theresa), "Making the Marriage Work: The Components of a Successful Relationship between the Chief Justice and the CEO, *Journal of Judicial Administration*, 24-2, Australasian Institute of Judicial Administration (AIJA) - Thomson-Reuters, Melbourne, Australia, December 2014, p. 110, abstract on-line: <http://www.aija.org.au/JJA/JJA%20Abstracts.pdf>; última visita: 01 de junho de 2017.

<sup>78</sup> Vide Aikman, *op. cit.*, posições 3344-3345.

Algumas das iniciativas de modernização realizadas na Argentina são provenientes deste modelo organizacional, no que respeita à separação do trabalho judicial (ou investigação) e de administração ou de apoio. Assim pode ser visto, especialmente, nos modelos de Gestão Judicial Associada de Mendoza e da Procuradoria da Cidade Autônoma de Buenos Aires.

## 5.2 HABILIDADES E ATIVIDADES NECESSÁRIAS

O administrador ou diretor-executivo é essencialmente um colaborador dos juízes, que deve satisfazer ou coordenar seu apoio para que eles podem se concentrar em cumprir a sua missão de fazer justiça.

A fim de exercer as suas funções, o funcionário deve ter habilidades de liderança, conhecimentos de gestão e inteligência emocional<sup>79</sup>, que lhe permitem actuar com eficiência, sob a supervisão do presidente do tribunal, em constante comunicação e cooperação com ele<sup>80</sup>.

A relevância do desempenho do administrador pode ser avaliada de acordo com a abordagem sistêmico, considerando as tarefas que deve coordenar ou cumprir:

1. **Acesso à Justiça.** Fornecer informações sobre o sistema, os casos o processo, representação, etc.<sup>81</sup>
2. **Capacitação.** Assegurar a formação de juízes, funcionários e colaboradores para o desempenho mais eficiente<sup>82</sup>, cumprindo um comportamento ético<sup>83</sup> e respeitoso com eles, e aqueles que têm acesso aos tribunais<sup>84</sup>.

---

<sup>79</sup> Vide Goleman, Daniel, *Emotional Intelligence: 10th Anniversary Edition*, Random House Publishing Group. Kindle Edition. New York, New York, October 2005, p. 276. A inteligência emocional é o conjunto de habilidades que permitem às pessoas para apreciar e expressar suas emoções de uma forma equilibrada, incluindo habilidades pessoais, entusiasmo, perseverança e capacidade de motivar a si mesmas. A inteligência emocional gira em torno da relação entre os sentimentos, caráter e instintos morais.

<sup>80</sup> Vide Foster, "Making...", p. 111.

<sup>81</sup> Vide National Center For State Courts (NCSC) – Bureau of Justice Assistance, United States Department of Justice, *Trial Court Performance Standards. With Commentary*, National Center for State Courts, Williamsburg, Virginia, 1990, p. 7; on-line: <http://ncsc.contentdm.oclc.org/cdm/ref/collection/ctadmin/id/335>; última visita: 01 de junho de 2017.

<sup>82</sup> Vide National Association for Court Management (NACM), *The Court Administrator. A Manual*, Williamsburg, Virginia, 1992, p. 5; on-line: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/court\\_admin.pdf/\\$file/court\\_admin.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/court_admin.pdf/$file/court_admin.pdf); última visita: 01 de junho de 2017.

<sup>83</sup> Vide Aikman, *op. cit.*, posição 3290.

<sup>84</sup> Vide National Center For State Courts, *op. cit.*, p. 9.

3. **Gestão.** Atribuir tarefas e responsabilidades aos agentes, avaliar o desempenho, gerenciar o fluxo de casos e analisar a carga de trabalho pendente<sup>85</sup>.
4. **Administração.** Efectuar a selecção de pessoal, elaborar e administrar o orçamento, determinar diretrizes claras para aquisições, desenvolver capacidades para fornecer informações para os tomadores de decisão, etc.<sup>86</sup>
5. **Infraestrutura.** Organizar e administrar o espaço<sup>87</sup>, proporcionar o ambiente necessário para o trabalho de agentes e acesso de usuários, definir ações para melhorar a gestão através do uso de tecnologia e verificar o seu funcionamento, fornecer acesso remoto à informação<sup>88</sup>, etc.
6. **Normas.** Estudar o sistema judicial, aconselhar os decisores sobre o seu funcionamento e problemas organizacionais, e fazer recomendações para melhorias.<sup>89</sup>
7. **Construção de Consenso.** Servir como um canal de informação para os meios de comunicação e ao público<sup>90</sup>.
8. **Cooperação.** Servir como oficina de apoio em comitês judiciais<sup>91</sup>, e estabelecer ligações com outras agências públicas para promover e desenvolver a cooperação<sup>92</sup>.

### 5.3 MELHORIA CONTÍNUA, PARTICIPAÇÃO E CONSENS

Deve ser lembrado que qualquer iniciativa para a mudança exige a participação ativa e formação de consenso com os principais interessados. Sem ele, é susceptível de gerar problemas e o fracasso das melhorias pretendidas<sup>93</sup>.

Mas a responsabilidade de tomar decisões reside unicamente com os líderes dos tribunais: o pessoal identifica problemas e desenvolve soluções: ou seja, não participa na tomada de decisões, mas para pensar sobre as decisões<sup>94</sup>.

<sup>85</sup> Vide National Association for Court Management, *op. cit.* p. 5.

<sup>86</sup> Vide National Association for Court Management, *op. cit.* p. 5.

<sup>87</sup> Vide National Center For State Courts, *op. cit.*, p. 8.

<sup>88</sup> Vide Aikman, *op. cit.*, posição 3292.

<sup>89</sup> Vide National Association for Court Management, *op. cit.* p. 6.

<sup>90</sup> Vide National Center For State Courts, *op. cit.*, p. 11; Aikman, *op. cit.*, posições 6180-6182.

<sup>91</sup> Vide National Association for Court Management, *op. cit.* p. 6.

<sup>92</sup> Vide Aikman, *op. cit.*, posições 4758-4761.

<sup>93</sup> Vide Ostrom, Brian J., Ostrom, Charles W., Hanson, Roger E., Kleiman, Matthew, *The Mosaic of Institutional Culture and Performance: Trial Courts as Organizations*, Research Report 212083, pp. 213-214, National Institute of Justice, National Center for State Courts, Williamsburg, Virginia, November, 2005; on-line: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/212083.pdf>; última visita: 01 de junho de 2017.

#### 5.4 VANTAGENS

Alexander B. Aikman afirma que a administração dos tribunais é importante porque os tribunais são importantes. Quando eles funcionam bem, o sistema democrático de governo é preservado e melhorado<sup>95</sup>.

De acordo com Dale R. Lefever, a administração soa tribunais tem efeitos positivos na área da independência judicial<sup>96</sup>, porque contribui para um melhor funcionamento das unidades e do conhecimento geral da organização, que, operando de forma eficiente, satisfazem o que as pessoas esperam elas<sup>97</sup>.

Norman Meyer<sup>98</sup> acredita que o modelo ajuda a melhorar de forma abrangente a qualidade da justiça, porque um sistema bem gerenciado pode e deve apoiar a prestação de um fórum justo para a resolução de litígios. E inclui, além de eficiência, o nível mais elevado na operação e os resultados do trabalho judicial. Esta melhoria resultante pode ser vista nos seguintes setores: 1) a governança global e liderança; 2) gestão do fluxo de casos; 3) administração de recursos humanos, treinamento e desenvolvimento; 4) gestão de registros; 5) tecnologia; 6) espaço físico e segurança; 7) administração financeira (orçamento, contratos, fundos e banca).

Barry Mahoney<sup>99</sup> enfatiza que uma administração judicial eficiente cria e mantém uma infra-estrutura organizacional e de comunicação que suporta um funcionamento judicial globalmente eficaz, e para uma tomada de decisão bem informada. O público pode ver as melhorias resultantes, que correspondem a tempos de processamento e decisão, o aumento e variedade de serviços, atendimento e infra-estrutura.

---

<sup>94</sup> Vide Aikman, *op. cit.*, posições 6459-6461.

<sup>95</sup> Vide Aikman, *op. cit.*, posições 253-254.

<sup>96</sup> Vide Lefever, R. Dale, "The Integration of Judicial Independence and Judicial Administration: The Role of Collegiality in Court Governance", em National Center for State Courts, *Future Trends on State Courts 2010*, p. 72; on-line: <http://ncsc.contentdm.oclc.org/cdm/singleitem/collection/judicial/id/305/rec/9>; última visita: 01 de junho de 2017.

<sup>97</sup> Vide Canadian Judicial Council, *Alternative Models for Court Administration*, September 2006, p. 116; on-line: [http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news\\_pub\\_other\\_Alternative\\_en.pdf](http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news_pub_other_Alternative_en.pdf); última visita: 1º de junho de 2015.

<sup>98</sup> Norman Meyer é vice-presidente para a América do Norte da International Association for Court Administration (IACA), administrador do Tribunal de Falências dos Estados Unidos para o Distrito de Novo México, EUA. Entrevista, 25 de novembro de 2014.

<sup>99</sup> Barry Mahoney é presidente emérito do The Justice Management Institute (JMI), Arlington, Virginia, EUA. Entrevista, 03 de dezembro de 2014.

## CONCLUSÃO

Através deste trabalho, eu tentei refletir sobre os desafios que um mundo em mudança constante coloca para sistemas de justiça a fim de melhorar os seus serviços.

Destaquei a importância do diálogo e participação como veículos para realizar a modernização desejada, com base no respeito pela independência e segurança jurídica.

Ao descrever a experiência de Argentina, tentei narrar a evolução de um processo que, num contexto de governação democrática, apesar -ou talvez por causa- de uma grave crise política e social, foi reforçado e ganhou impulso renovado, graças ao consenso construído e a pró-atividade dos atores. Embora algumas das mudanças foram para melhorar e ampliar os serviços existentes, outros construíram novas formas de fazer justiça.

Com relação a este último, finalmente eu descrevi um modelo de outras latitudes que, através de uma maior eficiência, ajuda a melhorar a democracia, reforça a independência, proporciona maior previsibilidade e aumenta a qualidade dos serviços.

Tendo em conta os constantes desafios que enfrentam os sistemas judiciais, nenhuma resposta que fornecem será definitiva. Será, portanto, essencial uma atitude positiva da mudança e da participação, para planejar e implementar, com informações claras e transparentes e de forma organizada, políticas públicas a fim de proporcionar para os povos a justiça que necessitam.

## REFERÊNCIAS

Aikman, Alexander B., *The Art and Practice of Court Administration (Public Administration and Public Policy)*, Auerbach Publications, Taylor & Francis Groups, Kindle Edition, Boca Raton, Florida, EUA, 2007.

Álvarez, Gladys Stella, *La Mediación y el Acceso a Justicia*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, abril de 2003.

Argenjus, *La Cultura del Diálogo. La experiencia de la Mesa Permanente de Justicia del Diálogo Argentino*, Editorial La Ley, Buenos Aires, abril de 2011.

Canadian Judicial Council, *Alternative Models for Court Administration*, September 2006; on-line: [http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news\\_pub\\_other\\_Alternative\\_en.pdf](http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news_pub_other_Alternative_en.pdf); última visita: 01 de junho de 2017.

Clarke, Thomas M. y Flango, Victor, E., "Case Triage for the 21st Century, en National Center for State Courts, *Future Trends on State Courts 2011*, p. 146; on-line:

<http://ncsc.contentdm.oclc.org/cdm/singleitem/collection/ctadmin/id/1847/rec/1>; última visita: 01 de junho de 2017.

Corte de Justicia de Salta, Argentina, Acordada N° 9530, 27 de enero de 2006.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Acordada 17/06, 30 de mayo de 2006.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Acordada 39/2006, 27 de diciembre de 2006.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Acordada 37/2007, 17 de diciembre de 2007; on-line, <http://www.csjn.gov.ar/accjust/docs/index.jsp>; última visita: 01 de junho de 2017.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Acordada N° 13/2009, 23 de abril de 2009; on-line, <http://www.csjn.gov.ar/om/index.html>; última visita: 01 de junho de 2017.

Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, Argentina, Acuerdo del 5 de septiembre de 2006.

Day O' Connor, Sandra, "La Importancia de la Independencia Judicial", Palestra, Bahrein, 15-17 Setembro de 2003, on-line, <http://www.enj.org>; última visita: 01 de junho de 2017.

Diez-Picazo, Luis María, "Notas de Derecho Comparado sobre la independencia judicial", Revista Española de Derecho Constitucional, N° 34, Madrid, 1992, pp. 19-20.

Foster, Richard (e withn, Theresa), "Making the Marriage Work: The Components of a Successful Relationship between the Chief Justice and the CEO", *Journal of Judicial Administration*, 24-2, Australasian Institute of Judicial Administration (AIJA) - Thomson-Reuters, Melbourne, Australia, December 2014, p. 110, abstract on-line: <http://www.aija.org.au/JJA/JJA%20Abstracts.pdf>; última visita: 01 de junho de 2017.

Foster, Richard, "Towards Leadership: The Emergence of Court Administration in Australia", en *International Journal for Court Administration –IJCA–*, Tenth Issue, Vol. 5, N° 1, February 2013; on-line: [http://www.iaca.ws/files/ijca\\_tenth\\_edition/ijca-tenth\\_issue\\_vol5no1.pdf](http://www.iaca.ws/files/ijca_tenth_edition/ijca-tenth_issue_vol5no1.pdf); última visita: 01 de junho de 2017.

Furubotn, Eirik G., "Economic Efficiency in a Word of Frictions", *European Journal of Law and Economics*, Vol. 8, pp. 179-197, Kluwer Academic Publishers, The Netherlands, 1999.

Garavano, Germán C., Chayer, Héctor, Lynch, Horacio María et al, *Propuestas para la Reforma del Sistema de Justicia. Plan Nacional de Reforma Judicial*, Nueva Justicia Siglo XXI, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Ministerio de Justicia de la Nación, Buenos Aires, noviembre de 1999.

Goleman, Daniel, *Emotional Intelligence: 10th Anniversary Edition*, Random House Publishing Group, Kindle Edition, New York, New York, October 2005.

Greco, Orlando, *Diccionario de Economía*, Valletta Ediciones, tercera edición, Florida, Provincia de Buenos Aires, 2006.

Hamilton, Alexander, Madison, James and Jay, John, *The Federalist Papers*, New American Library, New York, 1961.

Hayakawa, Shinichiro, "Private Law in the Era of Internet", em Basedow, Jürgen & Kono, Toshikuyi (Editors), *Legal Aspects of Globalization. Conflicts of Laws, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*, Kluwer Law International, The Hague–London–Boston, 2000, pp. 27-33.

Lefever, R. Dale, "The Integration of Judicial Independence and Judicial Administration: The Role of Collegiality in Court Governance", em National Center for State Courts, *Future Trends on State Courts 2010*; on-line: <http://ncsc.contentdm.oclc.org/cdm/singleitem/collection/judicial/id/305/rec/9>; última visita: 01 de junho de 2017.

Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *Nuevo Diseño Organizacional del Ministerio Público Fiscal*, Buenos Aires, 2008.

National Association for Court Management (NACM), *The Court Administrator. A Manual*, Williamsburg, Virginia, 1992; on-line: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/court\\_admin.pdf/\\$file/court\\_admin.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/court_admin.pdf/$file/court_admin.pdf); última visita: 01 de junho de 2017.

National Center For State Courts (NCSC) – Bureau of Justice Assistance, United States Department of Justice, *Trial Court Performance Standards. With Commentary*, National Center for State Courts, Williamsburg, Virginia, 1990; on-line: <http://ncsc.contentdm.oclc.org/cdm/ref/collection/ctadmin/id/335>; última visita: 01 de junho de 2017.

O'Hara, Erin & Ribstein, Larry, "From Politics to Efficiency in Choice of Law", *George Mason University School of Law, Law and Economics Working Paper N° 00-04*, 66 pp, January 2000; on-line: [http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=199849](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=199849); última visita: 01 de junho de 2015.

Olivera, Julio H. G., "Globalización, Crecimiento Económico y Bienes Públicos", *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, segunda época, Año XLIX - N° 42, 2004, pp. 309-312.

Ostrom, Brian J., Ostrom, Charles W., Hanson, Roger E., Kleiman, Matthew, *The Mosaic of Institutional Culture and Performance: Trial Courts as Organizations*, Research Report 212083, National Institute of Justice, National Center for State Courts, Williamsburg, Virginia, November 2005; on-line: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/212083.pdf>; última visita: 01 de junho de 2017.

Palma, Luis María, "Administração e Gestão Judiciária em um Mundo Globalizado. Desafios para a América Latina", en *Estado, Direito e Políticas Públicas - Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*, pp. 39-60, Luis Alberto Blanchet, Daniel Wunder Hachem y Ana Claudia Santano, ISBN 978-85-61868-77-2, Editora Ithala, Curitiba, Paraná, Brasil, 2014; on-line: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2900556](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2900556); última visita: 01 de junho de 2017.

Palma, Luis María, "Capacitar para la "Autogestión", *Revista Ope Legis*, Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Entre Ríos, N° 3, pp. 14-16, diciembre de 2005; on-line: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2901545](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2901545); última visita: 01 de junho de 2017.

Palma, Luis María, "Globalización, Estado y Justicia. ¿Hacia un Nuevo Paradigma?", *Diario ElDial.Com* –<http://www.eldial.com>, Año XIV, N° 3265, Suplemento de Derecho de la Alta Tecnología, miércoles 11 de mayo de 2011 – [eldial.com](http://www.eldial.com), DC15B7; on-line: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2901584](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2901584); última visita: 01 de junho de 2017.

Palma, Luis María, *Justicia y Desarrollo en América Latina* (tesis doctoral de Ciencia Política, Universidad de Belgrano); on-line: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2900998](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2900998); última visita: 01 de junho de 2017.

Palma, Luis María, *Justicia y Reforma en la Argentina Democrática* (tesis doctoral de Sociología, Universidad de Belgrano); on-line: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2901002](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2901002); última visita: 01 de junho de 2017.

Palma, Luis María “La Capacitación Judicial y sus Nuevos Caminos”, *Diario ElDial.Com* – <http://www.eldial.com>, Año X, N° 2433, Suplemento de Administración de Justicia y Reformas Judiciales, martes 18 de diciembre de 2007; on-line: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2899375](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2899375); última visita: 01 de junho de 2017.

Passos de Freitas, Vladimir y Palma, Luis María, *La Justicia como Sistema*, Documento de Trabajo, N° 303, Universidad de Belgrano, Departamento de Investigaciones, ISSN 1850-2512 (impreso), ISSN 1850-2547 (on-line), Buenos Aires, febrero de 20157; on-line: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2897625](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2897625); última visita: 01 de junho de 2017.

Pastor Prieto, Santos, *Ah, de la Justicia! Política Judicial y Economía*, Editorial Civitas, primera edición, Madrid, España, 1993.

Pastor Prieto, Santos (con la colaboración de Liliana Maspóns), *Cifrar y Descifrar. Manual para Generar, Recopilar, Difundir y Homologar Estadísticas e Indicadores Judiciales*, Volumen 2, “Indicadores Judiciales para las Américas”, Centro de Estudios de Justicia de las Américas –CEJA-, Santiago de Chile, 2004.

Peces-Barba, Gregorio, “La Constitución y la Seguridad Jurídica”, *Claves de Razón Práctica*, N° 138, pp. 4-8, Madrid, diciembre de 2003. Citado por Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición, 2004.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Evaluación del Diálogo Argentino*, PNUD, Buenos Aires, octubre de 2004.

Samuelson, Paul, Nordhaus, William D., *Economía*, McGraw Hill, 18° edición, Madrid, España, 2005.

Siehr, Kurt, “Ökonomische Analyse des Internationalen Privatrechts”, *Festschrift Karl Firsching*, München, Deutschland, 1985.

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Argentina, Acordada N° 572, 11 de agosto de 2000.

---

# CULTURA COMO PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y PAZ SOCIAL

---

Romina Florencia Cabrera<sup>1</sup>

## INTRODUCCIÓN

La cultura se manifiesta como toda actividad realizada por el hombre. La expresión de su ser y la sublimación de sus deseos, llevaron a crear todo tipo de manifestaciones que repercutieron en la sociedad, creando tradición y evolución. La civilización avanzó, desde el origen de nuestra historia hasta la actualidad, desarrollando el intelecto y las habilidades, para lograr creaciones que perduren en el tiempo y se transmitan de generación en generación. Un mundo que se preocupa por mejorar la realidad y avanzar, respetando los Derechos Humanos Fundamentales, y sobre todo los valores, puede lograr la paz social, uniendo a sus miembros; logrando verdadera convicción en convivir en armonía con los semejantes y el ambiente.

## 1 DESARROLLO: NACIONES UNIDAS (ONU), VALORES CULTURALES. UNESCO

La UNESCO fue creada en 1945 para responder a la firme idea de las naciones, forjada por dos guerras mundiales en menos de una generación, de que

---

<sup>1</sup> Abogada egresada de la UNLP (Argentina). Investigadora-Docente en la UBA (Invitada de la Especialización en Derecho Informático), y en la USAL (Maestría en Ciencia de la Legislación). Estudios de Posgrado sobre Recursos Humanos (UNLP), en Diplomacia Digital (DiploFoundation, Ginebra, Suiza), y sobre Seguridad (ASCASEPP). Miembro del Observatorio Iberoamericano de Protección de Datos; del Instituto de Derecho Constitucional y Político de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, y de otras instituciones Científico -Académicas. Reconocimiento Internacional de Dignísima Jurista por la Universidad de Trujillo, Perú. Directora Internacional de Seguridad Informática. Directora de la Dirección Internacional de Seguridad Internacional de procedimientos policiales y ASCASEPP (Asociación de Capacitación de Seguridad Pública y Privada, registrada en el Registro Nacional de Asociaciones del Ministerio del Interior, Madrid, España, bajo el Número 591967). Autora de diferentes publicaciones, entre ellas "La ciencia jurídica y el cambio social: El rol de los Colegios de Abogados frente a los nuevos desafíos del ejercicio profesional", "El dilema ético del ejercicio profesional. Dificultades y desafíos", "Las redes sociales y el impacto en la vida cotidiana", "La internet como Derecho Humano", etc. Miembro asociada de E-Justicia Latinoamérica a partir de junio de 2016. Miembro de E-Justicia Latinoamérica y Lac, ICANN.

los acuerdos políticos y económicos no son suficientes para construir una paz duradera. La paz debe cimentarse en base a la solidaridad moral e intelectual de la humanidad.

La UNESCO refuerza los vínculos entre naciones y sociedades para:

- Que toda niña y niño tenga acceso a una educación de calidad en tanto que un derecho humano fundamental y prerequisite para el desarrollo humano
- Que haya un entendimiento intercultural mediante la protección del patrimonio y el apoyo a la diversidad cultural. La UNESCO creó el concepto de 'Patrimonio Mundial' para proteger lugares de un valor universal excepcional.
- Que continúe el progreso y la cooperación científica y se refuercen los vínculos entre países con iniciativas como el sistema de alerta temprana para tsunamis, los acuerdos transfronterizos de gestión de recursos hídricos refuerzo
- Que la libertad de expresión sea protegida ya que es una condición esencial para la democracia, el desarrollo y la dignidad humana.

El mensaje de la UNESCO nunca ha sido tan importante como hoy en día. Hay que desarrollar políticas integrales que sean capaces de responder a la dimensión social, medioambiental y económica del desarrollo sostenible. Esta nueva forma de pensar el desarrollo sostenible fortifica los principios fundacionales de la Organización. En un mundo globalizado, los intercambios y el mestizaje deben de ser oportunidades para construir la paz en la mente de las mujeres y los hombres<sup>2</sup>

## **2 ÓRGANOS RECTORES DE LA UNESCO**

La Conferencia General se compone de los representantes de todos los Estados Miembros de la Organización. Se reúne cada dos años, con la participación de los Estados Miembros y de los Miembros Asociados. Igualmente se invita a participar, en calidad de observadores, a Estados no miembros, organizaciones intergubernamentales, organizaciones no gubernamentales y fundaciones. Cada Estado Miembro tiene un voto, independientemente de cuál sea la envergadura o la importancia de su aporte al presupuesto.

---

<sup>2</sup> Unesco, Oficina de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Sitio Web: <http://es.unesco.org/about-us/introducing-unesco> . Fecha de Consulta del Sitio: 24/1/2017.

La Conferencia General determina la orientación y la línea de conducción general de la UNESCO. Ella adopta un Programa y un presupuesto para la UNESCO para los dos años siguientes. Elige a los miembros del Consejo Ejecutivo y designa, cada cuatro años, al Director General. Los idiomas de trabajo de la Conferencia General son inglés, árabe, chino, español, francés y ruso.

El Consejo Ejecutivo, es, en cierto modo, el consejo de administración de la UNESCO. Prepara el trabajo de la Conferencia General y vela por que las decisiones se ejecuten adecuadamente. Las funciones y responsabilidades del Consejo Ejecutivo emanan esencialmente de la Constitución y de los reglamentos o directivas establecidos por la Conferencia General. Este reglamento se complementa con las resoluciones de la Conferencia General. Cada dos años, la Conferencia General encarga tareas específicas al Consejo. Otras atribuciones emanan de acuerdos concluidos entre la UNESCO y la Organización de las Naciones Unidas, las instituciones especializadas y otras organizaciones intergubernamentales.

Sus 58 miembros son elegidos por la Conferencia General. La selección respeta la diversidad de culturas y el origen geográfico que representa cada país; se trata de arbitrajes complejos para lograr que haya equilibrio entre las diversas regiones del mundo, lo cual refleja la universalidad de la Organización. El Consejo Ejecutivo se reúne dos veces al año.<sup>3</sup>

### **3 EDUCACIÓN PARA EL SIGLO XXI**

La educación transforma vidas y ocupa el centro mismo de la misión de la UNESCO, consistente en consolidar la paz, erradicar la pobreza e impulsar el desarrollo sostenible.

La UNESCO considera que la educación es un derecho humano para todos, a lo largo de toda la vida, y que el acceso a la instrucción debe ir acompañado de la calidad. La UNESCO es la única organización de las Naciones Unidas que dispone de un mandato para abarcar todos los aspectos de la educación. De hecho, se le confió la coordinación de la Agenda de Educación Mundial 2030 en el marco del Objetivo de Desarrollo Sostenible 4. La hoja de ruta para la consecución de este objetivo es el Marco de Acción de Educación 2030 (FFA, por sus siglas en inglés).

Ocultar texto

La UNESCO ejerce el liderazgo mundial y regional en materia de educación, refuerza los sistemas educativos en el mundo entero y responde a los

---

<sup>3</sup> Óp. Cit. 1.

desafíos mundiales mediante la enseñanza, con la igualdad de género como principio subyacente.

Su labor abarca el desarrollo educativo, del prescolar a la educación superior e incluso más allá. Entre los temas figuran la ciudadanía mundial y el desarrollo sostenible; los derechos humanos y la igualdad de género; la salud, el VIH y el SIDA, y el fomento de la enseñanza técnica y la formación profesional.<sup>4</sup>

#### **4 FAVORECER A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

La UNESCO es el organismo de las Naciones Unidas que tiene el mandato de promover “la libre circulación de ideas por medio de la palabra y de la imagen”, por lo que fomenta la creación de medios de comunicación libres, independientes y pluralistas difundidos a través de cualquier plataforma o formato. El desarrollo de los medios favorece la libertad de expresión y contribuye al fortalecimiento de la paz, el desarrollo sostenible, los derechos humanos y la lucha contra la pobreza.

Por estos motivos, la Organización milita a favor de la libertad de prensa y de la seguridad de los periodistas, y apoya el periodismo independiente basado en la ética profesional y los principios de autorregulación.

Para la UNESCO, unos medios de comunicación pluralistas y diversificados permiten al público tomar decisiones basadas en información y datos fidedignos. Es por ello que hoy en día contribuimos a la puesta en marcha de medios de comunicación comunitarios y promovemos la igualdad de género en los medios. La UNESCO ha desarrollado iniciativas en el campo de la alfabetización mediática y de la información, así como en la formación de periodistas, para dotar a los individuos de autonomía en su papel tanto de productores informados como de consumidores de información.

Los proyectos de creación de medios de comunicación que se ajustan a nuestros principios pueden obtener el apoyo de nuestro Programa Internacional para el Desarrollo de la Comunicación (PIDC), que también trata de fomentar el desarrollo de medios basado en el conocimiento.

La labor de la Organización en este campo es parte de su misión en defensa de la libertad de expresión como derecho humano inalienable establecido en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

---

<sup>4</sup> Óp. Cit. 1.

## 5 PROTEGER EL PATROMONIO Y FOMENTAR LA CREATIVIDAD

En el mundo interconectado en el que vivimos, es fácil constatar que la cultura tiene el poder de transformar las sociedades. Sus diversas manifestaciones, que abarcan desde los más preciados monumentos históricos y museos hasta los ritos tradicionales y el arte contemporáneo, enriquecen nuestro día a día de múltiples maneras. El patrimonio constituye una seña de identidad y favorece la cohesión de las comunidades que no asimilan bien los cambios rápidos o que sufren el impacto de la crisis económica. La creatividad contribuye a la edificación de sociedades abiertas, inclusivas y pluralistas. El patrimonio y la creatividad contribuyen a la construcción de sociedades del conocimiento dinámicas, innovadoras y prósperas.

La UNESCO está convencida de que ningún progreso puede ser duradero si no tiene una componente cultural fuerte. De hecho, únicamente se conseguirán resultados sostenibles, inclusivos y equitativos si se aborda la cuestión del desarrollo dándole prioridad al ser humano y basándose en el respeto mutuo y el diálogo entre las diferentes comunidades. No obstante, la cultura ha sido excluida de los debates sobre el desarrollo hasta hace poco tiempo.

Para asegurarse de que los planes y estrategias de desarrollo tienen en cuenta la cultura, la UNESCO ha adoptado una táctica basada en tres ejes: Además de encabezar la defensa de la cultura y el desarrollo a nivel mundial, también colabora con la comunidad internacional para establecer acuerdos y marcos reglamentarios y lleva a cabo actividades en el terreno para ayudar a los gobiernos y a los actores locales en la conservación del patrimonio, el fortalecimiento de las industrias creativas y el fomento del pluralismo cultural.

Los reputados convenios culturales de la UNESCO constituyen una plataforma mundial única para la cooperación internacional y establecen un órgano de gobierno cultural completo basado en los derechos humanos y los valores comunes. Estos tratados internacionales tratan de proteger y conservar el patrimonio cultural y natural de nuestro planeta como los yacimientos arqueológicos, el patrimonio subacuático, los fondos de los museos, el patrimonio inmaterial –las tradiciones orales, por ejemplo– y otras formas de patrimonio. También fomentan la creatividad, la innovación y el afloramiento de sectores culturales dinámicos.

- Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (2005)
- Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (2003)
- Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural (2001)

- Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático (2001)
- Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural(1972)
- Convención sobre la Protección de los Derechos de Autor y Derechos Conexos (1952, 1971)
- Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales (1970)
- Convención de la Haya para la Protección de Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (1954)<sup>5</sup>

## **6 APRENDER A CONVIVIR**

- En nuestras sociedades cada vez más diversas, la UNESCO lleva a cabo a diario su misión humanista, que consiste en fomentar el entendimiento mutuo para construir una paz duradera.
- La paz duradera es el fruto de una combinación compleja de prácticas cotidianas locales y de ciertos vínculos que los individuos y las comunidades mantienen y que representan para ellos las condiciones sostenibles para vivir juntos con dignidad y prosperidad.
- Una paz duradera, no obstante, se basa en una compleja red de prácticas cotidianas integradas en contextos locales y de encuentros más efímeros que mantienen los individuos y comunidades con la convicción de que la urdimbre de ambas cosas es la base para vivir juntos con dignidad y prosperidad.
- En momentos en que desafíos y amenazas tales como la desigualdad, la exclusión, la violencia o sectarismo se ven agravados por tensiones y conflictos locales y ponen en peligro la cohesión de la humanidad, aprender a vivir con los demás toma una importancia vital.
- Las competencias interculturales no son innatas, sino que se adquieren por medio de la educación y la experiencia. Por eso es importante tener acceso a recursos educativos de calidad, formales o no, que permitan conseguir las aptitudes interculturales necesarias para tener éxito en el mundo complejo y heterogéneo en el que vivimos.

---

<sup>5</sup> Óp. Cit. 1.

- La UNESCO trabaja a diario, desde la Sede y en el terreno, para ayudar a los Estados Miembros y al conjunto de sus colaboradores a comprender y afrontar mejor los desafíos cada vez más complejos de nuestras sociedades. En particular a través del Programa “Gestión de las Transformaciones Sociales” y del Programa para una Cultura de Paz y no Violencia (página web en inglés), que incluyen, entre otras cosas, iniciativas a favor de la democracia y la ciudadanía mundial, el diálogo intercultural, la educación para la paz y los derechos humanos, y la construcción de la paz.
- Además, como el deporte no entiende de fronteras geográficas ni de barreras sociales, la UNESCO impulsa el desarrollo y la práctica de actividades deportivas, así como la lucha contra el dopaje, con el objetivo de favorecer la integración social en contextos políticos y culturales diferentes. Asimismo, la Organización actúa para que la educación y la sanidad no sean el privilegio de una minoría.
- ***“No es suficiente estar conectados con los demás. También debemos compartir nuestras soluciones, experiencias y sueños en una gran comunidad cimentada con los derechos humanos y las libertades fundamentales”.***
- Irina Bokova, Directora General de la UNESCO
- Conferencia Internacional de las Comisiones Nacionales para la UNESCO, Viena (Austria), 31 de mayo de 2012<sup>6</sup>

## 7 CONSTRUIR SOCIEDADES DEL CONOCIMIENTO

- El conocimiento y la información tienen un impacto significativo en las vidas de las personas. El intercambio de conocimiento e información, en particular a través de las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC), tiene el poder de transformar las economías y las sociedades. La UNESCO trabaja para crear sociedades del conocimiento integradoras y para mejorar las competencias de las comunidades locales aumentando el acceso, la preservación y el intercambio de información y conocimiento en todos sus ámbitos de competencia. Las sociedades del conocimiento deben apoyarse en cuatro pilares: la libertad de expresión, el acceso universal a la información y al conocimiento, el respeto a la diversidad cultural y lingüística, y una educación de calidad para todos.
- El impulso de la Organización a la creación de estas sociedades se basa en la convicción de que el acceso universal a la información es clave para

---

<sup>6</sup> Óp. Cit. 1.

la consolidación de la paz, el desarrollo económico sostenible y el diálogo intercultural. La UNESCO promueve la "apertura" del contenido, la tecnología y los procesos a través de la sensibilización, la formulación de políticas y el refuerzo de las capacidades. Estas soluciones incluyen el acceso abierto a la información científica, los recursos educativos abiertos, el Software Libre y de Código Abierto, la Plataforma de capacitación Abierta, la educación a distancia y el autoaprendizaje. Estos recursos permiten a investigadores e innovadores compartir y utilizar datos más fácilmente. Asimismo, proporcionan a estudiantes y docentes de todo el mundo un acceso sin precedentes al conocimiento y la información.

- Con el fin de cumplir su objetivo de promover la paz y el diálogo intercultural, la UNESCO apoya la preservación del patrimonio documental mediante el fortalecimiento de los marcos existentes de conservación, y hace hincapié en la conservación a largo plazo de la información digital y digitalizada. La UNESCO alienta igualmente el multilingüismo y el respeto por la diversidad cultural en el ciberespacio. Promueve la producción de contenido local en idiomas diferentes y contribuye a los debates internacionales sobre la gobernanza de Internet a través de su participación en el Foro para la Gobernanza de Internet (FGI) y la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI).
- Para progresar con éxito en un mundo que evoluciona constantemente y resolver los problemas cotidianos de manera eficaz, los individuos, las comunidades y los países deben dotarse de ciertas competencias que les permitan buscar información, evaluarla de manera crítica y transformarla en conocimientos nuevos. Cuando se dominan las competencias básicas en materia de información, se tiene acceso a nuevas oportunidades que aumentan nuestra calidad de vida. La alfabetización informacional está estrechamente ligada a otras competencias como son los conocimientos básicos en Tecnología de la Información y de la Comunicación, y la alfabetización digital y mediática.<sup>7</sup>

## **8 UN PLANETA, UN OCEANO**

Preservar la biodiversidad terrestre y marina de nuestro planeta es esencial para nuestro bienestar. Sin embargo, las técnicas de explotación insostenibles son una amenaza para las especies animales y vegetales. Los avances tecnológicos, las políticas y los recursos financieros no son suficientes, por sí solos,

---

<sup>7</sup> Óp. Cit. 1.

para alcanzar el objetivo del desarrollo sostenible. Debemos cambiar nuestra forma de pensar y actuar.

La UNESCO es la impulsora del Decenio de las Naciones Unidas de la Educación para el Desarrollo Sostenible (DEDD, 2005-2014), que pretende movilizar recursos educativos de todo el mundo que contribuyan a diseñar un porvenir más sostenible. La Educación para el Desarrollo Sostenible (EDS) debe permitirnos afrontar los desafíos mundiales presentes y futuros de manera constructiva y creativa. De esta forma conseguiremos unas sociedades más sostenibles y mejor adaptadas a su entorno.

El cambio climático tiene consecuencias humanas y sociales importantes. Más de 30 programas de la UNESCO en los ámbitos de la ciencia, la educación, la cultura y la comunicación contribuyen a la investigación, la educación y la transmisión de información sobre el cambio climático. Además, se intentan comprender las implicaciones éticas que tiene este fenómeno para las generaciones presentes y futuras.

La Comisión Oceanográfica Intergubernamental de la UNESCO (COI-UNESCO) trabaja para mejorar nuestra relación con el océano mediante el fomento de la investigación y la difusión del conocimiento científico, y a través de la educación pública para entender estos cambios medioambientales sin precedentes. La Comisión se esfuerza en promover la cooperación internacional con el objetivo de aumentar nuestro conocimiento de la naturaleza, el océano y las zonas costeras, y aplicarlo a la gestión, el desarrollo sostenible, la protección del ecosistema marino y la toma de decisiones.

Gracias al apoyo de la Convención del Patrimonio Mundial, los espacios naturales más impresionantes obtienen reconocimiento internacional, además de asistencia técnica y financiera para hacer frente a amenazas como la tala indiscriminada para hacer cultivos, la introducción de especies exóticas o la caza furtiva.

En el marco de los esfuerzos realizados a escala global para proteger las diferentes formas del patrimonio cultural, la UNESCO adoptó en 2001 la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático. Este tratado internacional expone los principios éticos para la protección del patrimonio cultural sumergido, establece un marco de colaboración entre Estados y plantea una serie de reglas científicas prácticas para la conservación y la investigación de este tipo de patrimonio.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Óp. Cit. 1.

## **9 LA CIENCIA AL SERVICIO DE UN FUTURO SOSTENIBLE**

Los avances en las diferentes esferas de la ciencia nos permiten encontrar soluciones para los nuevos desafíos económicos, sociales y medioambientales, y favorecen el desarrollo sostenible y las sociedades más verdes. Como ningún país es capaz de alcanzar el desarrollo sostenible por sí solo, la cooperación científica internacional contribuye no sólo al progreso del conocimiento, sino también a la construcción de la paz.

La UNESCO asesora a los países en sus inversiones en ciencia, tecnología e innovación (CTI), en la elaboración de políticas científicas a nivel nacional, en la reforma de sus sistemas científicos y en el refuerzo de sus sistemas de supervisión y evaluación de resultados a través de indicadores de CTI y de estadísticas que tienen en cuenta las especificidades nacionales.

Pero las políticas científicas no bastan. Se deben consolidar los sistemas de enseñanza en ciencia e ingeniería y la capacidad investigadora para que los países puedan encontrar soluciones adaptadas a sus propios problemas y fortalecer su presencia internacional en los diferentes campos de la ciencia y la tecnología.

Acercar la ciencia a la sociedad y ayudar a los ciudadanos a comprender mejor la ciencia para que contribuyan en su desarrollo es fundamental para construir sociedades en las que los individuos tengan los conocimientos necesarios para elegir de manera pertinente sus opciones profesionales, personales y políticas, y para que puedan participar en el apasionante mundo de la investigación. Además, la sabiduría indígena conseguida tras una larga y estrecha interacción con la naturaleza sirve para complementar los sistemas de conocimiento basados en la ciencia moderna.

La ciencia y la tecnología dotan de capacidades a las sociedades y los ciudadanos, pero también tienen implicaciones éticas. La UNESCO trabaja con sus Estados Miembros para favorecer la toma de decisiones razonadas en la utilización de la ciencia y la tecnología, especialmente en el ámbito de la bioética.

El agua es necesaria para la vida. Por eso, debe garantizarse su suministro en todas las comunidades del mundo para asegurar la paz y el desarrollo sostenible. Comprender científicamente el ciclo del agua, su distribución y las características de los acuíferos en superficie y subterráneos, incluso a nivel urbano, contribuirá a una gestión racional del agua dulce que permitirá responder convenientemente a las necesidades humanas sin perjudicar el medioambiente.

El estudio científico de la historia de la Tierra y de sus recursos minerales, de los ecosistemas y de la biodiversidad, y la interacción del ser humano con los

ecosistemas son imprescindibles para ayudarnos a comprender cómo gestionar nuestro planeta para asegurarnos un futuro pacífico y sostenible.<sup>9</sup>

## 10 PREVENCIÓN DEL EXTREMISMO

**No basta con *combatir* el extremismo violento: debemos *prevenirlo***, y para ello se necesita lo que se conoce como “poder de persuasión”, en sus diversas formas, a fin de prevenir una amenaza que se alimenta de interpretaciones distorsionadas de la cultura, de odio y de ignorancia. Nadie nace siendo un extremista violento: los extremistas violentos se hacen y se fomentan. Para atajar el proceso de radicalización hay que partir de los derechos humanos y el Estado de derecho, el diálogo más allá de todas las diferencias, el empoderamiento de todas las jóvenes y todos los jóvenes, y empezando lo antes posible, en las aulas escolares.

Los Estados Miembros de la UNESCO aprobaron una decisión histórica (**decisión 197 EX/46**) con el fin de aumentar la capacidad de la UNESCO para brindar apoyo a los Estados en la elaboración de estrategias para prevenir el extremismo violento. Asimismo, la UNESCO se ha comprometido a aplicar el **Plan de Acción del Secretario General de las Naciones Unidas para Prevenir el Extremismo Violento**, prestando especial atención a varias prioridades directamente relacionadas con la labor de la UNESCO: i) la educación, el desarrollo de competencias y la facilitación del empleo; ii) el empoderamiento de los jóvenes; iii) la comunicación estratégica, Internet y los medios sociales; y iv) la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres.

**La UNESCO empodera a los jóvenes de ambos sexos para que desarrollen su potencial como agentes de un cambio positivo, mediante una singular labor intersectorial en torno a los ejes siguientes:**

### 10.1 LA EDUCACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA PREVENIR EL EXTREMISMO VIOLENTO

La UNESCO procura brindar apoyo a los países para la puesta en práctica de programas de educación que contribuyan a aumentar la resiliencia de los jóvenes ante los mensajes de extremismo violento y a promover un sentido positivo de identidad y pertenencia. Esta labor se lleva a cabo en el marco de la iniciativa sobre la educación para la ciudadanía mundial.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Óp. Cit. 1.

<sup>10</sup> Óp. Cit. 1.

## 10.2 PARTICIPACIÓN Y EMPODERAMIENTO DE LOS JÓVENES

El equipo de la UNESCO encargado de los jóvenes se centra en crear un entorno propicio para el empoderamiento y la participación democrática de la juventud, a fin de contribuir a que los jóvenes de ambos sexos tengan la oportunidad de convertirse en ciudadanos mundiales activos.

## 10.3 COALICIONES PARA LA PREVENCIÓN DEL EXTREMISMO VIOLENTO EN LOS MEDIOS Y EN INTERNET

La UNESCO está movilizando a diversos interesados – especialmente jóvenes, encargados de la formulación de políticas, investigadores y representantes de los medios de comunicación – con objeto de adoptar medidas eficaces, tanto en Internet como fuera de ella, para prevenir y combatir el extremismo violento y la radicalización en Internet.

## 10.4 CELEBRAR LA DIVERSIDAD CULTURAL

La UNESCO trabaja para implicar a los jóvenes en la protección del patrimonio en todas sus formas y la promoción de la diversidad cultural a fin de fomentar unas sociedades más justas, inclusivas y pacíficas, por medio de la campaña “Unidos para el patrimonio” (#Unite4Heritage) y los programas educativos sobre patrimonio y creatividad.

## **11 DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO. ECOSOC. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES**

El Derecho Internacional Público Contemporáneo, impone a los Estados obligaciones en materia de derechos humanos, las cuáles van más allá de los vínculos convencionales que aquellos hayan adquirido en virtud de su voluntad soberana de ratificar o adherir a tratados internacionales. Los más importantes principios y reglas relativas a la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales forman parte, para el actual derecho internacional, de obligaciones “erga omnes” que todos los Estados deben respetar .<sup>11</sup>

El Consejo Económico y Social, uno de los órganos principales de las Naciones Unidas, posee entre sus funciones la tarea inicial de realizar

---

<sup>11</sup> Fabián Salvio: “El desarrollo de la protección internacional de los derechos humanos a partir de las declaraciones Universal y Americana”; en: “Relaciones Internacionales N 13”; ed. IRI, pp. 77 – 96; La Plata, Argentina, 1997.

recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y la efectividad de tales derechos y libertades . El artículo 68 de la Carta de las Naciones Unidas ha configurado la llave maestra por medio de la cual el Consejo Económico y Social ha abierto la puerta hacia la protección de los derechos humanos: la citada disposición da posibilidad al ECOSOC de crear comisiones para el desempeño de sus funciones. Así, al poco tiempo de sus actividades, el Consejo Económico y Social creó en 1946 la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas . La función inicial de la Comisión de Derechos Humanos (cuyo primer presidente fue el francés René Cassin) consistió en la confección de un proyecto de Declaración Universal de Derechos Humanos. El trabajo de los miembros de la Comisión tropezó con la dificultad inicial de las diferentes posturas ideológicas en su seno . El proceso formativo llevado adelante por la Comisión de Derechos Humanos, concluyó en una propuesta a la Asamblea General, la cual aprobó el 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos, por 48 votos a favor, 8 abstenciones, 2 ausentes y ningún voto en contra . Por su parte, en el ámbito regional, la Organización de los Estados Americanos nace de la IX Conferencia Interamericana, llevada a cabo en la ciudad de Bogotá, Colombia. La Carta original de la OEA no abundaba en normas sobre protección de las personas, "... poseía muy pocas disposiciones relativas a los derechos humanos, y todas estaban redactadas en términos muy generales ..." . En la misma IX Conferencia Interamericana, los Estados participantes adoptaron la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre . Si bien, se pretendía ya en 1948 aprobar un tratado, las diferencias de opinión entre los Estados, sólo pudieron aceptar una Declaración .<sup>12</sup>

La comunidad internacional, representada en la Organización de Naciones Unidas y en la Organización de los Estados Americanos, comenzaba a dar los primeros pasos de un proceso progresivo e irreversible, en dirección hacia la adopción de standards de protección internacional de los derechos humanos, la creación de obligaciones jurídicas, la consagración de normas internacionales, y el establecimiento de órganos para la substanciación de trámites o casos, cuando aquellos derechos y libertades fundamentales son violados, intentando la búsqueda de la reparación del daño causado.<sup>13</sup>

## 12 CONTENIDOS DE AMBAS DECLARACIONES

Existen grandes similitudes entre el contenido de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Estas congruencias pueden basarse en dos hechos: en primer lugar, son

---

<sup>12</sup> Óp. Cit.10

<sup>13</sup> Óp. Cit.10

contemporáneas y han sido adoptadas con pocos meses de diferencia; y en segundo término, el derecho internacional se hallaba todavía impregnado de un alto contenido eurocentrista y occidental. Por ello, no es extraño que varios de los debates que se llevaron a cabo en ocasión de la adopción de una de ellas, se hayan repetido en el momento de la aprobación de la otra. Aún así, hay algunas diferencias que señalaremos a lo largo del presente acápite. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y su contemporánea de las Naciones Unidas, se limitan a enunciar una serie de derechos y garantías de los individuos que los Estados están obligados a respetar y proteger. Ninguna define qué son los derechos humanos, ni tampoco proceden a la creación de órganos de tutela, ni de mecanismos para la defensa de los derechos contenidos en ellas. Las dos declaraciones, consagran los derechos a la vida, la libertad y la seguridad de las personas; al reconocimiento de la personalidad jurídica; el derecho de igualdad ante la ley y a no ser discriminados en el goce de los derechos humanos consagrados; el derecho de libertad religiosa y de culto; el derecho a la nacionalidad; el derecho a la libertad de investigación, de opinión y expresión; el derecho a la protección de la honra, la reputación personal, la vida privada, y a la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia; a constituir y a recibir protección para la familia<sup>18</sup> ; el derecho a la propiedad ; derecho a la protección de la maternidad y la infancia; el derecho de residencia y tránsito; y el derecho de asilo .<sup>14</sup>

Los derechos que tienen que ver con la administración de justicia y las garantías en los procesos, tienen consagración expresa de ambas declaraciones, las cuales contemplan el derecho a la justicia o a la igualdad ante la ley; la protección contra la detención arbitraria y a la presunción de inocencia . Los derechos políticos, también se encuentran desarrollados; así, encontramos el derecho al sufragio y a la participación en el gobierno ; y los derechos de reunión y de asociación pacíficas . Los derechos humanos derivados de la relación laboral y previsional también están contemplados: el derecho al trabajo, a una justa retribución, al descanso y al aprovechamiento del tiempo libre; y a gozar los beneficios de la seguridad social que les proteja por causa de desocupación, vejez o incapacidad . Asimismo, las dos declaraciones consagran el derecho a la preservación de la salud y el bienestar social; el derecho a la educación; y a gozar de los beneficios de la cultura . Veremos ahora, algunas diferencias o características propias de cada una de las dos declaraciones: La resolución que da nacimiento a la Declaración Americana, señala que "... en repetidas ocasiones, los Estados Americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacionales de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana . Esta afirmación, es significativa, toda vez que, al considerar a los derechos humanos como atributos inherentes a la persona, marcan una barrera que ningún

---

<sup>14</sup> Óp. Cit.10

Estado puede atravesar, bajo ningún pretexto o circunstancia excepcional . La Declaración Americana - como su nombre lo indica - posee todo un capítulo referido a los deberes; los cuales se dirigen a contemplar deberes respecto de la sociedad; para con los hijos y los padres; de instrucción; de sufragio; de obediencia a la ley; de servir a la comunidad y a la Nación; de asistencia y seguridad sociales; de pagar impuestos; de trabajar; y de abstenerse de actividades políticas en país extranjero . En este aspecto, la Declaración Universal sólo señala en el artículo 29 que toda persona tiene deberes respecto de la comunidad. Finalmente, la Declaración Americana contempla el derecho a peticionar a las autoridades, el cual no aparece mencionado en la Declaración Universal . En cuanto a la Declaración Universal de Derechos Humanos, ésta parte de la premisa que postula que todos los seres humanos nacen libres e iguales, en dignidad y derechos; y como consecuencia de ello, consagra el derecho a gozar de todos los derechos establecidos sin discriminación alguna por ningún motivo o condición . La Declaración Universal, asimismo, contiene expresamente el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre; y el derecho a no ser sometido a torturas o a penas crueles, inhumanas o degradantes; también, contempla el derecho para hombres y mujeres a casarse, a partir de la edad núbil . Visto entonces el contenido de las Declaraciones Universal y Americana, pasaremos a analizar su influencia en otros instrumentos internacionales, así como también los mecanismos de protección que surgen de aquellas.<sup>15</sup>

Es importante destacar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos hace mención expresa a la Declaración Americana, en su preámbulo (tal como hemos mencionado anteriormente), pero además en las disposiciones relativas a las normas de interpretación del Pacto de San José de Costa Rica, que señala expresamente que ninguna disposición de la Convención Americana puede ser interpretada en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y “otros actos internacionales de la misma naturaleza” .<sup>16</sup>

## CONCLUSIONES

Los Derechos Humanos, basados en la dignidad y el respeto a la persona humana, según la Convención de Viena, deben ser respetados en todo tiempo y lugar, según la regla del derecho internacional del *ius cogenes*. Toda sociedad que quiera avanzar de manera seria y formal, debe adaptar su legislación y principalmente su modo de vida, a los estándares mínimos de Derechos Humanos. El respeto entre todos los semejantes, se logra mediante la adopción y aceptación natural de los derechos civiles, y sobre todo, de otro ser humano, a pesar de

---

<sup>15</sup> Óp. Cit.10.

<sup>16</sup> Óp. Cit.10.

nuestras diferencias: de eso se trata la convivencia y la paz social, tolerar al semejante, y lograr proyectos individuales y colectivos, en un contexto social determinado.

El intercambio cultural y científico, permite la difusión de proyectos y manifestaciones tanto artísticas como tecnológicas, fomentando la innovación y la creatividad, y formando un patrimonio, del cual las generaciones presentes y futuras aprenderán y gozarán.

Un país que no fortalece su Educación, no proyecta a largo plazo, no planifica estratégicamente sus recursos tanto naturales, culturales, técnicos y sobre todo humanos, porque de ese conocimiento nacerán los futuros líderes y miembros de la comunidad internacional, para guiar a este planeta conocido a su próximo destino.

La UNESCO está convencida de que ningún progreso puede ser duradero si no tiene una componente cultural fuerte. De hecho, únicamente se conseguirán resultados sostenibles, inclusivos y equitativos si se aborda la cuestión del desarrollo dándole prioridad al ser humano y basándose en el respeto mutuo y el diálogo entre las diferentes comunidades. No obstante, la cultura ha sido excluida de los debates sobre el desarrollo hasta hace poco tiempo.

Para asegurarse de que los planes y estrategias de desarrollo tienen en cuenta la cultura, la UNESCO ha adoptado una táctica basada en tres ejes: Además de encabezar la defensa de la cultura y el desarrollo a nivel mundial, también colabora con la comunidad internacional para establecer acuerdos y marcos reglamentarios y lleva a cabo actividades en el terreno para ayudar a los gobiernos y a los actores locales en la conservación del patrimonio, el fortalecimiento de las industrias creativas y el fomento del pluralismo cultural.

Los reputados convenios culturales de la UNESCO constituyen una plataforma mundial única para la cooperación internacional y establecen un órgano de gobierno cultural completo basado en los derechos humanos y los valores comunes. Estos tratados internacionales tratan de proteger y conservar el patrimonio cultural y natural de nuestro planeta como los yacimientos arqueológicos, el patrimonio subacuático, los fondos de los museos, el patrimonio inmaterial –las tradiciones orales, por ejemplo– y otras formas de patrimonio. También fomentan la creatividad, la innovación y el afloramiento de sectores culturales dinámicos.

Además, construir el concepto de paz social y tolerancia, conlleva a la cooperación internacional y al esfuerzo de todos los estados miembro, para alcanzar tales objetivos, y sobre todo recuperar los valores sociales, tan menoscabados últimamente. La diversidad cultural, y el respeto a otras etnias y religiones, como opiniones políticas o costumbres diversas, nos eleva como seres humanos, capaces

de aceptar al otro, creando nuevos lazos y compromisos sociales, emocionales y hasta espirituales; esa riqueza del aprender de otro ser o grupo, logra crecimiento personal y le otorga fortaleza no solo a los individuos, sino a las instituciones de un sistema democrático. El mismo debe respetar garantías constitucionales y Derechos Fundamentales, tan menoscabados en muchos sectores en la actualidad.

Se deben fomentar las capacidades y la transferencia de conocimiento y tecnología a través de Tratados y organismos especializados, como también ongs y la sociedad civil, donde un modelo de múltiples partes interesadas ( como propone la Gobernanza de Internet), promueva los valores democráticos y permita la participación de todos los sectores, fomentando la libertad de expresión, y logrando una igualdad real, estructural, para la sociedad integrada y diversa. Las Tecnologías de la Información y la Comunicación contribuyen a lograr este propósito, en un gobierno abierto ( transparente ), electrónico, donde los ciudadanos se sientan protagonistas del cambio y la transformación social, creando verdaderas comunidades de compromiso, conocimiento y aprendizaje. Aprovechar las Tics para el beneficio gubernamental y el bien común, es un gran avance que ningún gobierno debería descartar, más en este mundo interconectado y digital.

- El impulso de la Organización a la creación de estas sociedades se basa en la convicción de que el acceso universal a la información es clave para la consolidación de la paz, el desarrollo económico sostenible y el diálogo intercultural. La UNESCO promueve la "apertura" del contenido, la tecnología y los procesos a través de la sensibilización, la formulación de políticas y el refuerzo de las capacidades. Estas soluciones incluyen el acceso abierto a la información científica, los recursos educativos abiertos, el Software Libre y de Código Abierto, la Plataforma de capacitación Abierta, la educación a distancia y el autoaprendizaje. Estos recursos permiten a investigadores e innovadores compartir y utilizar datos más fácilmente. Asimismo, proporcionan a estudiantes y docentes de todo el mundo un acceso sin precedentes al conocimiento y la información.
- Con el fin de cumplir su objetivo de promover la paz y el diálogo intercultural, la UNESCO apoya la preservación del patrimonio documental mediante el fortalecimiento de los marcos existentes de conservación, y hace hincapié en la conservación a largo plazo de la información digital y digitalizada. La UNESCO alienta igualmente el multilingüismo y el respeto por la diversidad cultural en el ciberespacio. Promueve la producción de contenido local en idiomas diferentes y contribuye a los debates internacionales sobre la gobernanza de Internet a través de su participación en el Foro para la Gobernanza de Internet (FGI) y la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI).

Para progresar con éxito en un mundo que evoluciona constantemente y resolver los problemas cotidianos de manera eficaz, los individuos, las comunidades y los países deben dotarse de ciertas competencias que les permitan buscar información, evaluarla de manera crítica y transformarla en conocimientos nuevos. Cuando se dominan las competencias básicas en materia de información, se tiene acceso a nuevas oportunidades que aumentan nuestra calidad de vida. La alfabetización informacional está estrechamente ligada a otras competencias como son los conocimientos básicos en Tecnología de la Información y de la Comunicación, y la alfabetización digital y mediática.

Preservar la biodiversidad terrestre y marina de nuestro planeta es esencial para nuestro bienestar. Sin embargo, las técnicas de explotación insostenibles son una amenaza para las especies animales y vegetales. Los avances tecnológicos, las políticas y los recursos financieros no son suficientes, por sí solos, para alcanzar el objetivo del desarrollo sostenible. Debemos cambiar nuestra forma de pensar y actuar.

La UNESCO es la impulsora del Decenio de las Naciones Unidas de la Educación para el Desarrollo Sostenible (DEDD, 2005-2014), que pretende movilizar recursos educativos de todo el mundo que contribuyan a diseñar un porvenir más sostenible. La Educación para el Desarrollo Sostenible (EDS) debe permitirnos afrontar los desafíos mundiales presentes y futuros de manera constructiva y creativa. De esta forma conseguiremos unas sociedades más sostenibles y mejor adaptadas a su entorno.

Los conceptos de no discriminación y de prevención de las conductas extremas nos llevarán a una sociedad más avanzada en materia de Protección y Promoción de los DDHH, y sobre todo, a una manera más sensible y humana de vivir la vida: todos tenemos derecho a las mismas oportunidades y a acarrear los deberes; nacemos y morimos libres (de hecho, nadie elige ninguna de las dos acciones).

Mientras estemos conviviendo en este Mundo Conocido, tratemos de gozar de las maravillas que nos ofrece la Madre Tierra, respetando a los demás y al medio ambiente, tratando de recuperar los valores perdidos, y los sentimientos más profundos de nuestro ser, ya sea con nuestros semejantes o con nosotros mismos. Creo que un futuro mejor y más amable es posible, donde la paz social sea una realidad y no una utopía, donde el bien sea moneda corriente, y donde el Amor, la Esperanza, La Fe , La Solidaridad y la Justicia , sean nuestros mejores amigos.

---

# CONCEPÇÃO CONSTITUCIONAL DE CIDADANIA:

## A CIDADANIA COMO DIREITO HUMANO

---

Flávio Pierobon<sup>1</sup>

### INTRODUÇÃO

Quando do convite que me foi feito pelo ilustre jurista Dr. Rogério Cangussu, ladeado pelo meu inefável professor do mestrado em Ciências jurídicas, na Faculdade de Direito da UENP/PR, Dr. Ilton Garcia (pessoas por quem nutro o mais sincero e honrado carinho e a mais elevada estima), para enviar um texto em homenagem ao Dr. Melitón Torres, de pronto pensei que seria o momento de voltar os meus olhos para um tema que já havia estudado quando do início da minha carreira como docente, a cidadania.

Pelo convite pude voltar a trabalhar este tema que é do meu grande interesse e tema de que me ocupei muito logo que iniciei minhas atividades como docente. O desenvolvimento deste trabalho me permitiu revistar alguns trabalhos que já havia desenvolvido, alguns já publicados, outros esquecidos. Bem por isso, assim como pela satisfação de fazer parte de um projeto que envolva nomes tão relevantes como os que estão presentes nesta obra, fico imensamente feliz em poder contribuir, mesmo que de forma tão singela para a elaboração da presente obra.

A cidadania foi durante muito tempo o objeto de minhas pesquisas, e assim foi porque entendia que na cidadania desembocava a solução para grande parte dos problemas políticos no Brasil e também por entender que a própria Constituição brasileira fez da cidadania um tema central, a ponto de dar-lhe o patamar de fundamento do existencial do Estado brasileiro. Ainda penso assim, mas meu objeto de estudo agora está um pouco deslocado para outros temas da ciência e da filosofia do direito.

A cidadania é um fenômeno histórico, que teve seu início, provavelmente, na Grécia Antiga se desenvolvendo, posteriormente, em Roma. Particularmente no que tange a Atenas, salienta-se que a cidadania não concebia o princípio da igualdade, pois apenas parte da população é que a detinha e, dentre os poucos

---

<sup>1</sup> Advogado, professor de Direito Constitucional da Faculdade Arthur Thomas, da UNOPAR e da Anhaquera educacional na modalidade EAD, mestre em Ciência Jurídica pela UENP.

considerados cidadãos, havia uma dedicação quase que exclusiva para o exercício da cidadania. Contudo, após o domínio romano de grande parte da Europa, foi a concepção romana que determinou a nova face da cidadania na antiguidade. A cidadania nos moldes romanos imperou até o advento da Idade Média, onde praticamente não houve cidadania.

A cidadania ressurgiu com o Estado Moderno como o *status* do indivíduo dentro de um determinado ordenamento jurídico (território), esta característica da cidadania aparece totalmente ligada aos interesses burgueses da época, que desenvolvem uma cidadania apenas para atender ao ideal liberal da revolução, onde quase todo o patrimônio jurídico que o indivíduo possuía se limitava aos direitos civis, baseados principalmente na liberdade de contratar. Ao conceber a cidadania, os teóricos do século das luzes a viam apenas como uma participação política eleitoral. O indivíduo exercia a sua cidadania pelo simples ato de votar.

Se o século XVIII foi fundamental para afirmação de direitos civis e políticos, estes não foram suficientes para gerar uma integração social e, mais do que isso, foi incapaz de fazer dos grupos sociais entidades de relevância social, o que causou, por vezes, um problema de legitimidade estatal, enfraquecendo o conceito de cidadania que surgiu no auge das revoluções burguesas, onde escritos como o de Sieyès apontavam para um desdobramento da cidadania num conceito amplo e generalizado, mas que não ultrapassou uma simples liberdade de votar e ser votado, concepção esta que marcou séculos e alterou-se apenas após a metade do Século XX.

Junta-se a estes dissabores de ordem econômica, social e política, os graves acenos contra a pessoa humana que decorreram das duas guerras mundiais, o que acabou por fazer com que no século XX houvesse um rompimento de paradigmas no que tange a análise da cidadania. Assim, o século passado incrementa a cidadania com valores de ordem social, onde a cidadania passa a significar a necessidade de diminuição das desigualdades sociais. Além da concepção social que se inclui a cidadania, os direitos humanos começam a atribuir à cidadania uma concepção mais humanitária, o que é, por sua própria natureza, de cunho universalizante. Pode-se dizer que um dos grandes legados do século passado foi o de atribuir a cidadania aspectos de direitos fundamentais e dentre estes, os direitos fundamentais sociais.

No entanto, em que pese toda a conjuntura mundial e a consequente amplitude que se possa dar a um estudo acerca da cidadania, o presente trabalho tem o intuito de analisar mais pormenorizadamente a posição da cidadania dentro do sistema constitucional brasileiro, posto com a Constituição de 1988.

O presente trabalho está dividido em dois capítulos apenas, o primeiro esboça uma construção transnacional do conceito de cidadania, fazendo-se um

recorte para a evolução do conceito de cidadania apenas a partir do século XX e, com isso faz, conscientemente, um recorte histórico para deixar de lado as possíveis concepções de cidadania na antiguidade, esta abordagem é feita por mim em outro trabalho que ainda não foi publicado<sup>2</sup>. Analisando as declarações de direitos de 1789 e 1948, com o fim de demonstrar a mudança da concepção da cidadania, deixa-se evidente a mudança de paradigma quanto ao conceito de cidadania, o que fica evidente ao abordar de forma mais aprofundada a própria declaração de 1948, no que se faz remissões a outras declarações importantes do século XX.

No segundo e último capítulo faz-se uma imersão para o texto constitucional da constituição brasileira de 1988, analisando os dispositivos constitucionais em que a cidadania é citada e buscando evidenciar o verdadeiro âmbito de proteção do direito/dever de cidadania no sistema jurídico brasileiro.

Por fim, pode-se afirmar que cidadania é mais do que votar, mas para ser este algo mais, é necessário que seja desenvolvida como um múnus do cidadão e não como uma mera concepção contemporânea da cidadania moderna.

## 1 A CIDADANIA A PARTIR DO SÉCULO XX

A finalidade do presente capítulo pode ser separada em dois objetivos que serão analisados concomitantemente. O primeiro tem a explícita ideia de estabelecer um recorte histórico da evolução da cidadania, analisando para tanto, alguns documentos internacionais que demonstram a afirmação dos direitos humanos no cenário internacional e que são influenciadores diretos de várias constituições em todo o mundo, incluindo a Constituição brasileira de 1988, mas a análise destes documentos terá caráter bastante sintético, pois se presta apenas à fundamentação de uma Constituição brasileira que nasceu sob o estigma de ser cidadã, influenciada, em grande parte, pelos tratados internacionais que cuidam dos direitos humanos.

O segundo objetivo decorre diretamente do primeiro, mas tem ideal mais restrito, pretende demonstrar que a cidadania, acompanhando esta tendência mundial humanitária, ganhou novo *status* no século XX.

Este novo *status* ficou caracterizado na forma como a cidadania foi albergada na Constituição, mas também deu novos rumos para uma conceituação mundial de cidadania que a partir da metade do século passado, começa a ser vislumbrada dentro de um cenário mundial e não mais apenas estatal, no qual a cidadania passa a ser estudada sob uma concepção humanitária que se atenta a um “princípio da solidariedade ética” (COMPARATO, 2005, p.57).

---

<sup>2</sup> Trata-se do trabalho: A construção histórica do conceito de cidadania e o seu reflexo no conceito jurídico de cidadania, artigo que está em desenvolvimento e que será igualmente publicado.

Desta forma, se a cidadania na antiguidade e no período moderno teve sua variação, muito mais se pode dizer do século XX, onde a humanização ganhou força, principalmente no pós-guerra, e com isso, fez do século passado, palco para a alteração de alguns conceitos básicos firmados há mais de dois séculos, e que a partir de então, começaram a ser interpretados e desenvolvidos sob o viés do humanismo.

O início do século XX é caracterizado por um ideal de socialização do direito, que vem, na verdade, se desenvolvendo desde o século XIX, no entanto, esta revolução, social e filosófica, contra os ideais liberais se dá com justas razões, pois as revoluções burguesas do século XVIII tiveram condão, quase exclusivo, de estabelecer o ideal liberal burguês, que atendia unicamente a uma pequena parte da sociedade. Desta forma, se os direitos políticos passaram -a partir do século XVIII-, a acenar para toda a sociedade, o efetivo exercício do poder político ficou à mercê de uma pequena parte endinheirada da coletividade (BONAVIDES, 2004, p. 44).

Assim, o direito que se põe no pós-revolução francesa, tem um caráter anti-absolutista, e que por isso, supervaloriza os direitos individuais -que são direitos de defesa-, no entanto, esta proteção contra as arbitrariedades dos governantes do Estado, que atomizou o indivíduo, não foi capaz de protegê-los dos abusos econômicos dos patrões, levando diversas classes a verdadeira miséria e exclusão social (COMPARATO, 2005, p. 52-53).

As garantias individuais e os direitos políticos tinham “pouco valor” para o empregado que estava submetido a condições de emprego subumanas. Desta forma, se os revolucionários do século XVIII estavam oprimidos politicamente, não o estavam economicamente, enquanto que os revolucionários do século XX, detinham garantias políticas e civis, mas estavam economicamente oprimidos (SILVA, 1998, p. 163).

Por outro lado, no que tange a uma análise da constitucionalização dos direitos humanos (CANOTILHO, 2002, p. 372), o século passado serviu para inflamar uma “nova” dimensão<sup>3</sup> dos direitos fundamentais: os direitos de segunda dimensão (direitos sociais), inerentes ao princípio da igualdade. O primeiro quarto do século XX demonstrou claramente este ideal socializante. A Constituição mexicana de 1917 e a alemã 1919 promulgada em Weimar, demonstram bem a preocupação e a atenção aos direitos sociais que começam, a partir de então, a figurar nas Constituições estatais. Estas alterações se tornaram, depois, significativas para uma nova

---

<sup>3</sup> Há autores que desdenham desta classificação dos direitos fundamentais em dimensões, no entanto adota-se aqui a classificação de Paulo Bonavides (2004 p.564) entre outros. Por outro lado, o século XX desencadeou já no seu término, os direitos fundamentais de terceira dimensão, ligados ao valor solidariedade, que alçam no meio jurídico interesses de caráter difusos como v.g a proteção ao meio ambiente.

conceituação mundial de cidadania, principalmente no pós-guerras. No que tange as influências estatais, os ideais socialistas, mesmo que derrotados em sua luta contra o capitalismo, exercem ainda influência direta nas diversas constituições no mundo, sendo clara a sua presença no sistema constitucional brasileiro que se estabeleceu no final do século passado.

Em 1918, um documento de ordem internacional pôs-se a proteger os direitos do povo trabalhador, trata-se da Declaração do Povo Trabalhador e Explorado. Esta declaração que fora proveniente do III congresso pan-russo dos Sovietes (Capítulo II), tem caráter e finalidades bem definidas, qual seja, implantar o socialismo e acabar com a sociedade de classes, desta forma, levadas por ideais socialistas, principalmente embasadas nas teorias de Marx, Lênin e Engels (SILVA, 1998, 165), caracteriza-se pela socialização do Estado, pela queda da propriedade privada e com o aumento das atribuições do Estado, que deixa de ser *gendarme* para ser providência.

Ainda sob este viés, Flávia Piovesan (2006) tem lição acerca da importância da Declaração:

A declaração dos Direitos do Povo Trabalhados e Explorado da República Soviética Russa de 1918, bem como as Constituições sociais do início do século XX (ex: Constituição de Weimar de 1919, Constituição mexicana de 1917), primou por conter um discurso social da cidadania, em que a igualdade era o direito basilar e um extenso elenco de direitos econômicos, sociais e culturais era previsto

Esta declaração, mesmo não sendo tão aclamada quanto outras do meio do século XX, tem a sua importância histórica, principalmente porque eleva a *status* de norma fundamental o direito a igualdade. Este igualitarismo vem de encontro a uma sociedade liberal burguesa que sobrevivia às custas de uma grande parte da população, população esta proveniente ainda de um grande êxodo dos campos, e que se vendia por qualquer preço em troca de serviço. De outro lado, havia uma minoria detentora do capital e que com isso, determinava as regras de mercado, sendo assim, os ideais provenientes do liberalismo burguês: do *laissez faire* e da mão invisível, fora competente para garantir liberdade econômica e comercial, no entanto, não foi capaz de impedir desigualdades sociais que marginalizavam grupos de pessoas, o que desencadeou uma tendência socializante do direito.

Neste sentido, as palavras de Carlos Weis (2006, p.27) demonstram bem a importância da Declaração de 1918 e, conseqüentemente, dos ideais socialistas para uma concepção atual dos direitos humanos, além de influenciar sobremaneira os debates na construção da Constituição brasileira de 1988:

Esta compreensão da posição dos direitos humanos na conformação jurídico-política dos Estados permanece nos tempos atuais, matizada pela introdução

de preocupações sociais nas políticas públicas, decorrentes da adoção do Estado social, inclusive pela Constituição Federal de 1988.

Como o objeto de estudo do presente trabalho volta-se para a cidadania, cabe ressaltar um trecho do Capítulo IV da Declaração, para demonstrar a atenção – necessária – que se deu para a participação política dos cidadãos, mesmo instituindo o trabalho obrigatório a todos os indivíduos (cap.II, 4º), os soviéticos vislumbraram a necessidade de gestão estatal, e como todo o “poder central e local pertencia a estes Soviéticos” (Cap. I) era a estes que caberia o exercício deste poder, neste sentido:

Esforçando-se ao mesmo tempo por criar a união realmente livre e voluntária, e, por isso, tanto mais completa e sólida, das classes trabalhadoras de todas as Nações da Rússia, o III Congresso limita-se a pôr os princípios essenciais da Federação das Repúblicas Soviéticas da Rússia, confiando aos operários e camponeses de cada Nação decidir livremente no seu próprio Congresso Nacional dos Soviéticos, plenamente competente, sobre se desejam, e, em caso afirmativo, em que condições, participar no Governo Federal e nas outras instituições federativas soviéticas. (sem grifo no original)

Assim, vários ordenamentos em todo o mundo começam a atentar-se para os direitos sociais, e com isso a cidadania que até então se pautava apenas pelo exercício de direitos políticos, começa a conceber também direitos econômicos, sociais e culturais. Neste sentido, as palavras de Marshal (2002, p. 39), que mesmo estando diante da realidade inglesa, desenha uma condição que se mostrava comum em quase toda Europa

Os direitos civis eram poderes legais cujo uso foi drasticamente prejudicado por preconceito de classes e falta de oportunidade econômica. Os direitos políticos deram poder potencial cujo exercício exigia experiência, organização e uma mudança de ideias quanto às funções próprias do Governo. Os direitos sociais compreendiam um mínimo e não faziam parte do conceito de cidadania. A finalidade comum das tentativas voluntárias e legais era diminuir o ônus da pobreza sem alterar o padrão de desigualdade no qual a pobreza era, obviamente, a consequência mais desagradável.

A importância de garantir ao cidadão condições de vida com um mínimo de dignidade começa a ser levada em consideração para que o indivíduo possa também a atentar-se para as questões públicas. Assim, os ideais sociais não estabeleceram uma nova concepção da cidadania, que necessariamente supera a primeira concepção que se baseia nos direitos políticos, mas vem, na verdade, jungir-se a estes, para dar início a uma cidadania composta de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, o que vale dizer que a cidadania comporta, a partir de então, novos debates, que englobam a possibilidade de uma cidadania cultural, de uma cidadania econômica e de uma cidadania de participação social, ao mesmo

tempo em que continua a se pensar numa cidadania política/eleitoral e de uma cidadania de direitos civis.

No entanto, foi com o advento da segunda Guerra mundial e as atrocidades que dela decorreram, que uma nova tendência da cidadania foi pensada, principalmente levada pelas tendências humanitárias que afloram no pós-guerra. Desta forma, os direitos inerentes a cidadania começam a ser analisados como um direito inerente ao ser humano e não mais ao cidadão de um determinado país, o que acabou por estabelecer, ao menos conceitualmente, concepções mundializadas da cidadania. Neste embate, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é de análise obrigatória, pois caracteriza-se num marco divisório do fim desta antiga concepção restritiva de cidadania para caracterizar o início de uma concepção mais abrangente.

### 1.1 A CIDADANIA E AS DECLARAÇÕES DE 1789 E DE 1948: OS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO E OS DIREITOS DO HOMEM<sup>4</sup> CIDADÃO

A declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 demonstra bem a alteração da cidadania na visão mundial, tendo por base a aproximação dos direitos humanos, principalmente os de natureza econômica, social e cultural, com os já proclamados direitos civis e políticos, sem com isso significar o abandono destes, mas acrescentando-os no conteúdo da cidadania. Esta análise comparativa entre a cidadania proclamada no século XVIII e a de uma outra “construída” quase dois séculos depois, na Declaração Universal dos direitos humanos de 1948, quer demonstrar principalmente, em que sentido a Constituinte acolheu a cidadania em 1988.

Quando de suas primeiras acepções, a cidadania aparece, assim como a nacionalidade, como uma preocupação local, algo que se dá apenas no interior de cada Estado, neste sentido, a cidadania apresentada nas revoluções burguesas, que se efetivaram nos séculos XVII e XVIII tinha exatamente este caráter interno, que se adequava plenamente ao discurso dos pensadores do Estado-nação.

No entanto, é importante que se diga que a Declaração francesa de direitos vislumbra uma aplicabilidade universal de seus preceitos (SILVA, 2002, p. 190), enquanto documento mundial que, pela generalidade de seus dispositivos, caberia a qualquer Estado, desde que concebido nas acepções modernas. Neste sentido, se verifica a cidadania *e.g.*, foi tratada como um direito que se exerce apenas *interna corporis*, ou seja, qualquer país do mundo pode instituir a cidadania nos termos em que foi tratada na Declaração (aspecto de universalidade), no entanto, a sua

---

<sup>4</sup> Leia-se direitos humanos, sem se distinguir homem de mulher.

aplicabilidade tem limite nas divisas territoriais de cada Estado. Por outro lado, a Declaração contemporânea de direitos tem intenções universalizadas para a aplicabilidade de seus preceitos, os direitos que se concebe nesta Declaração, são, segundo o preâmbulo da própria Declaração, pertencentes a “todos os membros da família humana”, sendo assim, ilimitáveis por barreiras geográficas ou políticas, mas ao contrário, aplicáveis num sentido universalizado a todas as pessoas. É neste sentido que se dá início a uma visão cosmopolita da cidadania. Assim, quando no artigo 29, §1º da Declaração Universal dos direitos humanos se concebe que “toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”, esta conduta descrita vale não apenas para os indivíduos em suas comunidades locais, mas tem maior abrangência para indicar a necessária determinação de deveres do indivíduo para com a comunidade mundial.

As diferenças temporais que separam estas duas Declarações são seculares, e se o momento que antecedeu cada uma tem alguma similaridade, são completamente diferentes as ideologias que se fazem presentes em uma e em outra.

A cidadania foi concebida na Declaração francesa, distante dos direitos individuais, pois no próprio título da Declaração se separa os direitos do homem dos direitos do cidadão. Desta forma, há no conteúdo da Declaração, direitos que são inerentes a todas as pessoas e direitos exclusivos dos cidadãos, ou seja, nem todos são cidadãos, desta forma, no que tange a cidadania, a Declaração do século XVIII deu um passo para frente e outro para trás.

As diferenças se mostram explícitas entre as duas declarações, e até mesmo nos artigos onde a Declaração Universal elenca os direitos individuais, que foram objetos quase exclusivos da primeira declaração (1789), há muitos pontos em que as Declarações se distanciam. É o caso da propriedade, *v.g.*, que na primeira Declaração (1789) tinha lugar de destaque e na segunda é concebida apenas como mais um dos direitos tutelados pela Declaração de 1948 (ARON, 2002, p. 33). Mais uma vez, enquanto a primeira separa os direitos do homem e do cidadão a segunda coloca a cidadania como um dos direitos humanos.

A separação entre o homem e o cidadão já foi abordada por José Afonso da Silva (2002, p. 138-139) que a respeito desta cisão se manifesta da seguinte maneira:

(...) a expressão Direitos do Homem denota o conjunto de direitos individuais, pois ela<sup>5</sup> é profundamente individualista, assinalando à sociedade um fim que é o de servir aos indivíduos, enquanto a expressão ‘Direitos do Cidadão’ significa

---

<sup>5</sup> Refere-se à Declaração dos Direitos do homem e do cidadão de 1789.

o conjunto dos direitos políticos de votar e ser votado, como institutos essenciais à democracia representativa.

Assim, como se disse atrás, a cidadania que se concebe no século XVIII e que fica patente na Declaração francesa, está ligada unicamente aos direitos políticos/eleitorais, assim “o cidadão era somente aquela pessoa que integrasse o corpo eleitoral” (SILVA, 2002, p. 139). Esta concepção está marcada no artigo 6º da Declaração que parece cuidar exclusivamente do exercício desta cidadania:

Art. 6º- A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Deve-se, contudo, salientar que o artigo 15 apresenta uma concepção contemporânea de cidadania, pois garante à sociedade o direito de pedir conta aos agentes públicos sobre a sua administração. No entanto, o problema que se verifica ao interpretar tal artigo relembra as discussões gregas acerca da cidadania, pois nem todos no século XVIII eram considerados cidadãos, pois se esta era vinculada diretamente aos direitos políticos e estes tinham ainda uma conotação censitária, poucos exerciam a cidadania, pois poucos eram os cidadãos.

Outra, no entanto, parece ser a posição da cidadania quando se analisa a Declaração do século XX, pois esta, já “embebida” de um significado humanitário realçou a cidadania como um direito inerente a todo ser humano, o que significa dizer, que esta passou de uma concepção meramente política -e estamental- do século XVIII, para um viés humanitário, onde fazer parte do gênero humano já concede garantias que são inalienáveis, qualificando o indivíduo a ser titular destes direitos.

É importante salientar que se a declaração francesa de direitos proclamou em sua totalidade apenas direitos inerentes a liberdade, ou seja, direitos civis e políticos, esta não foi a postura da Declaração Universal de 1948, neste sentido, pode-se perceber que os próprios artigos que tratam dos direitos inerentes ao exercício da cidadania, previstos tanto no bloco de dispositivos que tratam dos direitos civis e políticos quanto os que tratam dos direitos econômicos sociais e culturais. Assim, o artigo XXI fecha o bloco dos dispositivos que tratam dos direitos civis e políticos:

§1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.

§2. Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.

§3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

Da mesma forma, se verifica que há preceitos dentro da declaração de 1948 que tratam da cidadania também no bloco concernente aos direitos econômicos, sociais e culturais, assim está o artigo 22:

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Estes exemplos corroboram com o discurso da doutrina que elenca a Declaração como marco divisório inicial dos direitos humanos, pois ao ligar os direitos civis e políticos aos sociais econômicos e culturais, deu a cidadania uma roupagem mais ampla, onde a participação no corpo social é direito fundamental do ser humano.

A aproximação dos direitos de cidadania aos direitos humanos se verifica por várias vertentes, primeiro pela necessidade de regulamentação de direitos mínimos aos indivíduos, principalmente no pós-guerra, onde as atrocidades cometidas, principalmente as nazistas, chocaram o mundo. Segundo, pela abertura das divisas estatais, levada pelo fenômeno da globalização, que é tendente a impor posturas menos domésticas dos ordenamentos jurídicos em todo o mundo.

Somente a partir desta nova tendência mundial de aproximação dos direitos de cidadania dos direitos humanos é que se pode começar a tratar de concepções mais generalizadas da cidadania, levando até a algumas discussões acerca de uma cidadania global. Neste sentido, em trabalho onde que discute a possibilidade de uma cidadania global, a professora Flávia Piovesan assevera: “hoje pode-se afirmar que a realização plena e não apenas parcial dos direitos da cidadania envolve o exercício efetivo e amplo dos direitos humanos, nacional e internacionalmente assegurados” (2004, p. 266).

Desta forma, parece que se cumprem os objetivos propostos acima, quais sejam, o de demonstrar as influências de algumas<sup>6</sup> declarações internacionais do

---

<sup>6</sup> O presente trabalho não abordou ainda vários documentos internacionais que tratam dos Direitos humanos, viés sob o qual se desenvolve uma nova conceituação de cidadania, pois a abordagem ampla destes documentos não é objeto a que se propõe aqui, onde a verificação da Declaração Universal dos

século XX, como alteradores da cidadania posta como paradigma pelas revoluções burguesas do século XVIII, neste embate, verifica-se que o século passado foi realmente palco para um rompimento de paradigmas, principalmente no que tange a discussão acerca da cidadania. Neste sentido, verificou-se que a Constituição brasileira tem estrita ligação com os direitos humanos, que foram expressos de maneira mais contundente na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Será sobre estas assertivas que se desenvolverá o capítulo seguinte, que terá cumprido o seu objetivo se demonstrar, a contento, numa análise textual da Constituição e atentando-se para algumas conceituações doutrinárias da cidadania, que esta aparece na Constituição como reflexo direto da ligação do indivíduo com o ordenamento posto, significando muito mais do que um direito a participação na escolha dos representantes políticos de tempos e tempos, mas que requer do indivíduo uma atenção especial para seus deveres de cidadão, no entanto, ciente de seus vários direitos políticos, civis, econômicos, sociais e culturais, que se espalham pelos vários artigos da Constituição Federal.

## 1.2 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1948)

A Declaração Universal dos direitos humanos, proclamada em dezembro de 1948, traz como significado histórico o marco de divisão de uma antiga visão dos direitos do homem e ao mesmo tempo dá início a uma nova caminhada dos direitos humanos internacionais (WEIS, 2006, p. 21)

Se a Declaração do Povo Trabalhador e Explorado teve sua importância como balizador de uma tendência socializante do direito, a Declaração Universal fez mais, pois como uma declaração com expectativas Universais, abordou tanto a ideologia liberal quanto social, permitindo assim, que a declaração tivesse possibilidade de abrangência mundial. Neste sentido, Flávia Piovesan explicita que a Declaração marca o início de uma nova conceituação dos direitos humanos:

Seja por fixar a ideia de que os direitos humanos são universais, decorrentes da dignidade humana e não derivados das peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade, seja por incluir em seu elenco não só direitos civis e políticos, mas também sociais, econômicos e culturais, a declaração de 1948 demarca a concepção contemporânea dos direitos humanos.

O caráter inovador da Declaração é explícito, e mesmo havendo ainda discussões acerca da sua exigibilidade aos países signatários, a Declaração não perde a sua posição de vanguarda, no que tange a uma “conciliação” de ideologias

---

direitos humanos já expressa claramente a alteração da concepção de cidadania, concepção esta, que se constrói a partir do século passado.

que eram tidas como antagônicas, a ponto de separar o mundo em dois blocos, neste sentido, as palavras de Carlos Weis expressam bem a importância da Declaração de 1948 na conciliação de direitos tidos como liberais de um lado e de outro os direitos sociais

(...) importa salientar que a declaração foi o primeiro documento internacional a tratar dos direitos humanos, tanto civis e políticos quanto econômico sociais e culturais, de maneira indivisível, ainda que reconhecendo sua distinta natureza jurídica.

Contudo, a importância de se analisar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, para o presente trabalho, está na influência direta que esta Declaração exerce sobre a Constituição Federal brasileira e consequentemente sobre a caracterização da cidadania que pela Lei Maior brasileira foi albergada.

Assim, a constituinte não desconsiderou os tratados internacionais - principalmente os tratados assinados no século XX - que moldam a proteção dos direitos humanos e que são marcos divisórios da humanidade em busca da dignidade da pessoa humana para “todos os membros da família humana” (preâmbulo da declaração Universal dos direitos humanos).

Neste sentido, pode-se perceber que o preâmbulo da declaração demonstra desde já a atenção que destina à dignidade da pessoa humana, elevando-a a “fundamento de toda a liberdade, justiça e paz no mundo”. Neste mesmo sentido acenou a Constituição brasileira ao elevar a dignidade humana a fundamento do Estado brasileiro, o que significa dizer que a dignidade é a pedra de toque do ordenamento brasileiro, assim como é para a Declaração Universal.

Desta mesma maneira, a Declaração fez separação entre os direitos civis e políticos com os econômicos, sociais e culturais, que foram depois tratados especificamente em pactos diferentes em 1966. Esta separação se deu na Declaração reconhecendo a natureza diferenciada de cada uma destas concepções. Assim, as garantias trazidas do artigo III ao XXI da Declaração cuidam dos direitos civis e políticos, que têm natureza autoaplicável, ou seja, passíveis de tutela jurisdicional imediata, enquanto que os previstos do artigo XXII até os XXVIII atentam-se aos direitos econômicos, sociais e culturais, que têm natureza prestacional e, portanto, dependem do esforço político maior, com maior destinação de recursos para a sua realização. Neste mesmo sentido fez a Constituição brasileira, tratando no Título II, dos direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I) e no capítulo IV dos Direitos Políticos enquanto que os Direitos sociais estão previstos no título II, Capítulo II e os Direitos econômicos no Título VII.

Por este viés, verificam-se os aspectos formais da influência da Declaração na promulgação da Constituição, no entanto, a questão material não ficou menos

patente, pois a Constituição tem explícita atenção às liberdades, direitos e garantias que a Declaração concebe. E se a Constituição sofre esta influência, não menos pode-se falar da cidadania, que aparece na Constituição totalmente influenciada pelos valores advindos da Declaração Universal da ONU.

Neste sentido, se verifica dispositivos da Declaração que foram trazidos quase na íntegra para o interior da Constituição Federal assim está o artigo 3º da Declaração que compõe o caput do artigo 5º da Constituição, o artigo 5º da Declaração que está inserido em sua íntegra no artigo 5º, III da Lei Maior, entre outros que demonstram claramente a atenção da Constituição brasileira aos dispositivos da Declaração Universal dos direitos humanos.

É a partir da Declaração Universal que a cidadania rompe definitivamente com o antigo paradigma do século XVIII, a partir de então, os direitos humanos, passam a ser a nova baliza que determina a condição política do indivíduo dentro do Estado, a participação política/eleitoral passa a ser apenas mais um dos direitos inerentes a cidadania e não mais os únicos.

É importante salientar que esta influência dos diplomas legais internacionais de direitos humanos, conceberam no mínimo duas características novas à cidadania, e que serão abordadas abaixo. A primeira fez com que a cidadania ganhasse concepções universalizadas, o que configura reflexo direto da influência dos direitos humanos, que são por sua própria natureza universais. O segundo, e este afeta diretamente a cidadania brasileira, decorre do primeiro, mas no sentido de que, retira da cidadania o *status* meramente político que se firmou por dois séculos, desde as revoluções burguesas do século XVIII, e a concebe também com ideais econômicos, sociais e culturais.

## 2 A CIDADANIA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A evolução histórica da cidadania e a análise de alguns documentos internacionais, têm um condão bastante específico: demonstrar as influências doutrinárias e normativas em campo internacional que determinaram, em parte, o sentido em que a cidadania foi elencada na Constituição brasileira em 1988, e se este será o objeto de análise aqui, uma pesquisa dos dispositivos constitucionais se faz necessário. Para tanto, buscar-se-á também fazer uma análise de algumas abordagens conceituais que são atinentes a cidadania.

Desta forma, a cidadania posta na Constituição em 1988 não pode ser a mesma que existiu na Idade Antiga, nem mesmo é uma cidadania que decorre exclusivamente da ideia advinda das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, mas tem natureza mais ampla que se aproxima dos direitos fundamentais. Este viés

humanitário da cidadania é uma decorrência da construção doutrinária do pós-guerra, com o qual a Constituição brasileira está intimamente ligada.

A Constituição brasileira, desde a sua promulgação, ao contrário da Carta de 1967/69, que era extremamente autoritária, pauta-se pelo princípio democrático e pela atenção aos direitos fundamentais, tanto que foi chamada pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Deputado Ulisses Guimarães, de “Constituição Cidadã”. O caráter de cidadania que a atual Constituição possui decorre exatamente das diversas garantias, direitos e liberdades que a Constituição alberga e que dão ao cidadão destaque dentro do ordenamento brasileiro, ordenamento este que tem como núcleo a dignidade da pessoa humana (SARLET, 2007, p.69).

Desta forma, uma Constituição cidadã tem que ter -e no caso brasileiro realmente tem- atenção especial voltada para dignidade da pessoa humana, para o princípio democrático e, sobretudo, uma estrutura política voltada para a proteção dos direitos fundamentais em todas as suas facetas.

Assim, percebe-se que a cidadania tem lugar de destaque no direito constitucional pátrio, principalmente após a promulgação da atual Constituição. No entanto, seus estudos muitas vezes param em questões pontuais, o que faz com que a cidadania acabe sendo tratada -quase sempre- “apenas” na sua necessária relação com os direitos políticos/eleitorais.

A cidadania pode variar de país para país, principalmente no que tange ao regime político e a forma de governo adotada. Desta forma, o primeiro passo a ser dado é identificar de que cidadania a Constituição trata. Para este embate, as palavras de José Afonso da Silva são singulares ao determinar em que sentido, para o autor, a cidadania está albergada na Constituição Federal

*A cidadania está aqui num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXVII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular (sem grifo no original) (SILVA, 1998, p, 108).*

Note-se que a cidadania de plano não pode ser considerada apenas como direitos políticos, pois quer significar mais, quer significar atenção aos direitos fundamentais, ao princípio democrático e também -mas não exclusivamente- aos direitos políticos e eleitorais. A qualificação do cidadão na vida do Estado, não pode ter conotação exclusiva da participação na escolha dos representantes políticos, mas vai além para indicar um indivíduo que se integra politicamente, socialmente e juridicamente ao Estado.

Parece ser neste sentido que o verbete cidadania aparece no dicionário brasileiro de Direito Constitucional (DIMOLIUS, 2007, p.50)

Situação ou condição do indivíduo vinculado juridicamente à vida do Estado e participando da direção da sociedade política. Atualmente a cidadania indica um conjunto de práticas que outorgam ao indivíduo a qualidade de componente ativo da sociedade.

Assim, parece que ambas as conceituações acima tratam de uma cidadania bem ampla, onde o cidadão está vinculado juridicamente à vida do Estado e tem a seu favor, como direito de cidadania, o direito de integrar-se socialmente por meio de práticas que o qualificam como componente ativo da vida estatal.

Ainda a respeito de uma tentativa de conceituação da cidadania a qual possa ser posta como paradigma, é importante a distinção trazida por Will Kymlicka (2007), que mesmo não tomando como modelo a cidadania brasileira, como nas duas conceituações acima, traz considerações importantes que merecem atenção, mesmo deixando evidente que se trata de um autor de viés filosófico liberal. Para Kymlicka, o termo cidadania apresenta duas concepções bastante diferentes. A primeira é uma cidadania de uso cotidiano e a outra acepção é de cunho filosófico. Nesta a cidadania quer significar “um ideal normativo substancial de pertença e participação numa comunidade política. Ser cidadão, neste sentido, é ser reconhecido como um membro pleno e igual da sociedade, com direito de participar no processo político”. Para o filósofo político, nesta concepção filosófica a cidadania é de cunho eminentemente democrático, pois nas ditaduras e nas monarquias clássicas o indivíduo não é cidadão, mas sim súdito.

Desta forma, parte-se de pressuposto, apontado pelos autores, de que a cidadania é a vinculação jurídica do indivíduo à vida do Estado -e nisso não há novidade, pois sempre o fora-, no entanto, esta vinculação garante-lhe o direito de participar da vida estatal e se esta participação ainda remete o cidadão a um necessário direito de voto, não quer mais significar só isso, pois garante ao cidadão o direito a integração social e de participação direta na vida estatal, mesmo sem ser um dos representantes políticos eleitos –agora sim com uma característica “inédita”, ou seja, o cidadão brasileiro, a partir da Constituição de 1988, está legitimado a exercer sua cidadania pelos meios que a própria Constituição o disponibiliza.

Neste sentido, a Constituição proporciona vários meios para o exercício da cidadania e tais meios têm natureza fiscalizatória, natureza consultiva, natureza conciliatória e natureza de iniciativa social e comunitária (DIMOLIUS, 2007, p. 53 e 54).

Contudo, mesmo apresentando algumas características que se verificam na cidadania brasileira, há ainda alguns pontos nebulosos que se faz necessário abordar. Neste sentido, verifica-se a diferenciação entre nacionalidade e cidadania.

## 2.1 A POSIÇÃO DA CIDADANIA NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: A CIDADANIA ENQUANTO FUNDAMENTO

Ao analisar a Constituição Federal brasileira pode-se perceber que a palavra cidadania aparece em sete oportunidades. Esta afirmação deve ser ressaltada, pois uma Constituição que normalmente é taxada como sendo excessivamente prolixa, ao elencar a cidadania em apenas sete oportunidades, demonstra que a necessidade do seu estudo se dá muito mais pela importância de seu conteúdo prático do que pela presença irrefreada enquanto dispositivo constitucional.

Contudo, o destaque tem que ser dado para o artigo primeiro da Constituição, pois neste artigo está o motivo da cidadania ter ganhado tanta projeção a partir de 1988. A cidadania aparece neste título como um dos princípios fundamentais do Estado brasileiro (art. 1º, II), e figura, enquanto princípio fundamental do Estado, como um dos fundamentos do Estado, o que realça ainda mais a sua relevância. O “Título I” da Constituição elenca os princípios fundamentais do Estado brasileiro, que são as suas bases, os pilares sobre os quais se sustenta a República Federativa do Brasil.

Contudo, os princípios fundamentais significam muito mais do que um título de abertura da Constituição, neste sentido, as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p.63)

(...) o constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embaixadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode –e neste ponto parece haver consenso- denominar o *núcleo essencial da nossa Constituição formal e material*. (sem grifo no original).

Desta forma a cidadania juntamente com os demais fundamentos do Estado, com os objetivos fundamentais e com os princípios relativos as relações internacionais, devem ser entendidos como “núcleo formal e material” da Constituição o que significa dizer que é deste núcleo que deverá decorrer a criação e

o conteúdo das demais normas do ordenamento, uma norma que não o faça, nascerá sob o selo da ilegitimidade.

A cidadania figura na atual Constituição entre os fundamentos do Estado brasileiro:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Estes cinco incisos são as bases fundamentais do Estado, não para serem buscados como os objetivos fundamentais, mas sim como valores inafastáveis nas atividades estatais, desta forma, a busca em concretizar os objetivos fundamentais do Estado *v.g.* devem estar sempre atentas a estes fundamentos, haja vista, que estes são inerentes à estrutura Estado (BASTOS, 1999, p. 160).

Nas palavras de Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 157) “esses fundamentos devem ser entendidos como embasamentos do Estado; seus valores primordiais, imediatos, que em momento algum podem ser colocados de lado”. Estes fundamentos do Estado são também critério de interpretação dos dispositivos constitucionais, em caso de colisão de princípios, ou ainda quando os critério de solução de conflitos normativos restarem insuficientes (especificidade, hierarquia e cronologia), por muitas vezes deverá se recorrer a estes fundamentos para encontrar a solução, haja vista, serem, por determinação do poder constituinte originário, os princípios fundamentais do Estado brasileiro.

Neste sentido, a cidadania somente pode estar inculcada como fundamento do Estado se for para significar os valores construídos mundialmente, principalmente no decorrer do século XX, no que diz respeito aos direitos humanos fundamentais. Quer-se com isso dizer, que a Constituinte ao albergar a cidadania e ao elencá-la como fundamento do Estado, não o fez no sentido de inaugurar uma teoria constitucional, mas ao contrário, o fez acompanhando a tendência mundial de valorizar o indivíduo, elencando como direito de fundamental importância para existência humana a participação na vida política do Estado, o que significa dizer que os direitos do homem político estão inseridos aos direitos do homem (direitos humanos) (CANOTILHO, 2002, p.387 e 388).

Desta forma, não se pode conceber como fundamento do Estado brasileiro uma cidadania que tenha conotação restrita, que signifique “apenas” uma participação popular por meio do escrutínio universal. Note-se, que se a constituinte quisesse albergar este significado para a cidadania, o teria feito de maneira muito equivocada e repetitiva, pois ao albergar como fundamento do Estado o pluralismo político<sup>7</sup> e conceber um Estado democrático, já o fez de maneira tácita, além disso, a garantia de participação popular mediante voto, não precisa ser, necessariamente, um fundamento do Estado (formalmente), desde que este Estado se organize num regime político democrático e de forma republicana, pois implicitamente já terá dito que o exercício do poder público não cabe a apenas uma pessoa ou a um grupo, mas que o poder estatal pertence ao povo e é este quem o exerce. Ademais, o simples fato de a Constituição Federal elencar no parágrafo único do artigo primeiro que o poder emana do povo e que este o exercerá diretamente ou por meio de representantes, já encerra qualquer discussão. Desta forma, a cidadania contida como fundamento do Estado, não pode ser, por razões óbvias, uma cidadania apenas política/eleitoral, também o é, mas não exclusivamente, contém também em seu significado os direitos fundamentais.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou indiretamente acerca do exercício da cidadania, dando-lhe conotação totalmente inteirada com as novas tendências de direitos fundamentais, onde o homem não é súdito do Estado, como o fora na Idade Média, ao contrário, é cidadão pertencente a um ordenamento posto. A decisão do Tribunal constitucional brasileiro foi de seguinte maneira ementada:

Ninguém é obrigado a cumprir ordem ilegal, ou a ela se submeter, ainda que emanada de autoridade judicial. Mais: é dever de cidadania opor-se à ordem ilegal; caso contrário, nega-se o Estado de Direito." (HC 73.454, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 22-4-1996, Segunda Turma, DJ de 7-6-1996.)<sup>8</sup>

É de notar-se que para o Tribunal Constitucional brasileiro a cidadania aparece também como “dever de opor-se a ordem ilegal”, e a aponta não como um direito do cidadão, mas sim como um dever de cidadania, por parte do cidadão.

---

<sup>7</sup> O pluralismo político tem uma conotação constitucional diferente, quer significar uma abertura de espaço para diferentes ideologias políticas e por ser assim, está intimamente ligado ao princípio democrático. No entanto, inerente ao conceito de pluralismo político –e de democracia- tem de haver a necessidade de exercício deste pluralismo o que implica, muitas vezes, em eleições, pois o pluralismo albergado na Constituição não é meramente conceitual e/ou doutrinário, mas também prático.

<sup>8</sup> <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74517>

Este tipo de cidadania não é nem aquela cidadania que existia na Grécia antiga onde o cidadão abdicava de seus direitos particulares e vivia inteiramente para o corpo político, nem mesmo a cidadania que se percebe na formação do Estado Moderno, onde o cidadão é chamado para participar da vida estatal apenas para escolher representantes políticos. A cidadania que atribui ao cidadão o dever de opor-se a ordem jurídica ilegal e inconstitucional tem vertentes contemporâneas, liga-se a uma cidadania que tem vinculação direta com os direitos humanos, pois o indivíduo é o núcleo que fundamenta a existência de qualquer Estado.

A cidadania, que tem como aspecto primeiro a relação do indivíduo com um ordenamento jurídico, ganha outras acepções quando vista por um viés humanitário, esta relação com o ordenamento jurídico tem de significar participação política, mas também participação no corpo social e a participação na manutenção do Estado.

Desta forma, a cidadania contida no artigo primeiro da Constituição traz consigo o estrito caráter da cidadania no ordenamento brasileiro, pois nesta posição - princípio fundamental- a cidadania não é objeto do Estado, mas sim um núcleo -ao lado dos demais fundamentos do Estado- que irradia suas conformações para todo o ordenamento, é, pois, o norte que condiciona a relação do indivíduo com o Estado (formal). Mas vai além e garante direitos (material) que vão desde o direito político/eleitoral até a participação direta na construção do direito e na administração pública, ao controle de constitucionalidade e da legalidade, que permite a proteção do meio ambiente, da moralidade administrativa e do patrimônio público e que garante aos cidadãos também direitos fundamentais, sejam eles direitos, garantias e liberdades, sejam de natureza econômica, social e cultural (CANOTILHO, 2002, p.392-397).

Este conteúdo material da cidadania está espalhada pela Constituição e os diversos dispositivos constitucionais que tratam da cidadania devem ser analisados sempre sob a luz do artigo 1º, II da Constituição Federal, para que individualmente não possam representar uma diminuição conceitual da cidadania.

Neste sentido, já no artigo 5º da Constituição Federal -capítulo destinado aos direitos fundamentais individuais-, a cidadania aparece como objeto de proteção tutelada pelo Mandado de Injunção: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (sem grifo no original) (art.5º, LXXI).

O mandado de injunção é instrumento constitucional processual, que tem a finalidade de permitir que qualquer pessoa que se ache lesada em seu direito de exercício da nacionalidade, soberania e cidadania, pela falta de norma regulamentadora, possa ingressar diretamente no Supremo Tribunal Federal (art.

102, I, q da CF/88) ou No Superior Tribunal de Justiça (art.105, I, h da CF/88), dependendo da competência para legislar acerca da norma faltante.

Note-se que apenas caberá mandado de injunção se a norma regulamentara pedida e não elaborada, estiver prejudicando o exercício de direitos inerentes à nacionalidade, soberania - popular - e a cidadania. Note-se que destes três móveis do mandado de injunção, apenas a nacionalidade tem caráter menos denso, ou seja, pode ser mensurada com maior facilidade, pois os problemas que eventualmente podem surgir referentes a nacionalidade estão ligados a sua aquisição e perda (naturalização). No entanto, quando se trata de soberania, que só pode ser a popular, e da cidadania, os conceitos começam a se tornar mais nebulosos, pois dentro do primeiro cabem os direitos eleitorais, políticos (artigo 1º, parágrafo único CF/88), de manifestação social, impedimento do presidente, audiência pública, tribunal do júri, enfim, uma gama enorme de direitos que proporcionam e legitimam a impetração de mandado de injunção, e que muitas vezes se confundem até mesmo com direitos que são inerentes a cidadania, dada a sua proximidade (SILVA, 1998, p. 109).

Por outro lado, a cidadania tutelada por mandado de injunção deve ser entendida num sentido bem amplo. Neste momento, a falta de rigor conceitual atrapalha uma melhor análise, pois a falta de um conceito mais bem elaborado de cidadania causa embaraço no momento de se elencar hipóteses de cabimento do mandado de injunção, podendo ficar este critério a cargo do exercício de interpretação constitucional do magistrado.

Assim, se uma norma que – não – regulamente a cidadania, seja estabelecendo direitos a seu respeito (material), seja determinando a condição e hipóteses de seu exercício (formal), será passível de ser tutela por mandado de Injunção. Cabe salientar, que o próprio ajuizar de um mandado de injunção tem conotação de cidadania, pois uma das finalidades deste instrumento constitucional processual é de garantir a eficácia do ordenamento, o que demonstra atenção às atividades do Estado, atenção esta que em sentido bastante amplo representa também exercício de cidadania.

Apenas com o condão elucidativo, é importante trazer à baila o caso da denúncia direta ao Tribunal de Contas da União previsto na Constituição Federal no artigo 74, §2º “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, *na forma da lei*, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União” (sem grifo no original), este dispositivo constitucional que garante a possibilidade de o cidadão, exercendo a sua cidadania, fazer denúncias diretamente ao Tribunal de contas da União, será passível de impetração de mandado de injunção, por tornar inviável o exercício da cidadania, caso a lei que pede o dispositivo não venha a ser elaborada.

Cabe ressaltar ainda, que esta denúncia ao Tribunal de Contas da União será gratuita, nos termos do artigo 5º, LXXVII, e aí o debate passa do inciso LXXI para o LXXVII, mas continua no capítulo destinado aos direitos fundamentais, sem deixar o eixo central do debate: a cidadania na Constituição Federal brasileira.

O artigo 5º, LXXVII prevê que “são gratuitas as ações de ‘habeas-corpus’ e ‘habeas-data’, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania”. A cidadania aparece mais uma vez na Constituição atenta aos novos preceitos de participação do indivíduo na vida do Estado e, como tal, imbricado ao princípio democrático, como instituto de direito público constitucional de extrema importância para o Estado democrático de Direito.

Novamente o dispositivo constitucional pediu norma regulamentadora, que já foi criada pelo Poder Legislativo ordinário Federal, a lei 9.265/96 que determina os atos inerentes ao exercício da cidadania. Contudo, não se pode entender o rol trazido pela referida lei, como critério taxativo dos atos inerentes a cidadania, mas sim como tábua exemplificativa,

Art. 1º São gratuitos os atos necessários ao exercício da cidadania, assim considerados:

I - os que capacitam o cidadão ao exercício da soberania popular, a que se reporta o art. 14 da Constituição;

II - aqueles referentes ao alistamento militar;

III - os pedidos de informações ao poder público, em todos os seus âmbitos, objetivando a instrução de defesa ou a denúncia de irregularidades administrativas na órbita pública;

IV - as ações de impugnação de mandato eletivo por abuso do poder econômico, corrupção ou fraude;

V - quaisquer requerimentos ou petições que visem as garantias individuais e a defesa do interesse público.

Dentro destes atos, devem-se compreender as ações judiciais e administrativas, bem como a retirada de certidão de nascimento<sup>9</sup>, entre outros atos que tenham o condão necessariamente de exercício da cidadania. Ressalta-se que a cidadania por ter característica bastante dinâmica, levada muitas vezes, mais por condições sociais do que jurídicas, são de difícil taxação.

Não se pode deixar de tratar a respeito da Ação popular, haja vista a sua grande importância enquanto instrumento para o exercício da cidadania. A Ação popular, também prevista no capítulo destinado aos direitos fundamentais individuais

---

<sup>9</sup> Neste sentido o Supremo Tribunal Federal já se posicionou, especialmente na ADI-MC 1800 de 06/04/1998, com relatoria do ex-Ministro Nelson Jobim. A certidão de nascimento está previsto expressamente no artigo 5º, LXXVI da CF/88 e é também um direito que garante a cidadania.

(art. 5º, LXXIII), tem característica bem peculiar, pois investe o cidadão no papel de protetor direto da coisa pública, neste sentido, o exercício da cidadania aproxima-se do princípio republicano (TEMER, 2003, p.199).

A ação popular legitima o cidadão a ajuizar ação que tenha condão específico de resguardar bens de natureza plúrima, os chamados direitos coletivos lato sensu. Mesmo não trazendo no corpo do dispositivo a palavra cidadania, o artigo concernente a ação popular chama o cidadão para ser o único legitimado para propor ação que se configura como pleno exercício de cidadania. Neste sentido é que está o dispositivo constitucional:

LXXIII- qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Veja-se que a natureza da ação popular, como salienta Michel Temer (2003, p. 200), é fiscalizatória, o que traduz de maneira singular a cidadania albergada na Constituição, pois se diz-se que a cidadania investe o cidadão na posição de indivíduo integrado no Estado em que vive, esta integração está também na fiscalização do patrimônio público

Novamente a cidadania aparece na Constituição Federal de forma expressa, agora no artigo 22, XIII, quando se trata da competência legislativa privativas da União. Já neste artigo as complicações começam a aparecer, pois se a análise feita aqui, busca uma “interpretação” sistêmica da palavra cidadania na Constituição, então a determinação da cidadania em qualquer das sete oportunidades em que aparece não poderá ser antagonica às demais.

Traz o dispositivo constitucional a cidadania no seguinte sentido: “Art. 22 compete privativamente à União legislar sobre: (...) XIII- nacionalidade, *cidadania* e naturalização;” (sem grifo no original). Note-se quer não há no preceito normativo em tela grande dificuldade com relação à terminologias, pois separou de forma expressa a nacionalidade da cidadania, colocando ainda como fenômeno jurídico diverso da nacionalidade a naturalização.

Neste sentido, cabe fazer apenas algumas ressalvas. Primeiro, se a competência é privativa, a União poderá delegar aos Estados (art. 22, parágrafo único) para que estes possam legislar acerca destas questões. Por segundo, cabe salientar que a constituinte separou dos direitos inerentes a cidadania, no que tange à competência legislativa, os direitos eleitorais, que estão expressos no inciso I do já citado artigo 22, que segue: “Art. 22 compete privativamente à União legislar sobre: I-

direito civil, comercial, penal, processual, *eleitoral*, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;" (sem grifo no original). Desta feita, caso queira a União delegar aos Estados a competência de legislar sobre cidadania, não repassará para estes a competência de legislar sobre o direito eleitoral, e se quiser o fazer, terá de ser expressamente.

Neste mesmo sentido, verifica-se a determinação do artigo 24, XIV "Compete à União, aos Estados, e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) proteção e integração social da pessoa portadora de deficiência" que, mesmo não citando diretamente a palavra cidadania, está intimamente ligada ao "conceito" de cidadania inserida na Constituição Federal enquanto seu fundamento. Aqui deve ser ressaltado que a competência é concorrente e então cada ente da federação -menos o município- poderá legislar dentro de suas competências, ressaltando-se que União estabelecerá apenas leis gerais (art. 24, §1º CF/88).

A outra oportunidade em que a cidadania é expressamente citada na Constituição traz uma separação da cidadania que não foi feita pela Assembléia Nacional Constituinte, pois foi inserido na Constituição mediante emenda constitucional (EC 32/2001).

Neste sentido:

Art. 62. Em casos de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I- relativa a:

a) nacionalidade, *cidadania*, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; (sem grifo no original).

A divisão feita no artigo 62 da Constituição Federal reforça ainda mais a diferenciação que existe doutrinariamente acerca da nacionalidade e da cidadania, no entanto, vai mais longe para separar da cidadania os direitos políticos e os direitos eleitorais. Esta separação parece ter condão específico e salutar, qual seja, o de impedir que, movido por intenções pouco democráticas, o Presidente da República possa, via medida provisória, tolher dos cidadãos direitos inerentes a cidadania e que estão implícitos em seu conceito. Por este viés, parece ser mais apropriado separar os conceitos –cidadania, direitos políticos e direitos eleitorais-, para que a atividade "excepcionalmente" legislativa do chefe do Poder executivo não tenha nenhum tipo de discricionariedade para atingir qualquer destas garantias. No entanto, se o legislador constituinte apenas elencasse a nacionalidade e a cidadania já bastaria para incluir dentro do conceito de cidadania os direitos políticos e

eleitorais, contudo, a história da política brasileira tem demonstrado que é ainda melhor pecar pelo excesso de cuidado do que pela falta dele.

Neste sentido, é cabível a seguinte pergunta: de que cidadania trata a Constituição então? Pois se não é de direitos políticos nem eleitorais, ou ainda, se é mais do que isto o que pode ser? A resposta deve estar pautada no artigo 1º, II da Constituição Federal, do qual se pode extrair que a cidadania contém em seu significado também os direitos políticos, pois é através do exercício destes direitos que se possibilita a participação no governo do Estado e se atende ao parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal.

Desta forma, fica impedido o Presidente da República, legislar por medida provisória, sob questões inerentes à tutela dos direitos individuais e sociais, integração social, de direitos que permitem que o indivíduo tome partido na vida estatal, ou seja, sobre qualquer direito que fira o exercício da cidadania ou próprio direito à cidadania. Desta forma, não se poderá legislar sobre os atos inerentes a cidadania prescritos na 9.265/96, nem mesmo em qualquer das oportunidades em que o cidadão é chamado a participar do exercício direto da administração pública, que é onde a Constituição concede espaço para que cidadão ocupe espaço em cadeiras públicas.

Se no artigo 62, §1º, I, “a” a Constituinte deixou em aberto ainda os direitos fundamentais como contidos na cidadania, no artigo 68, §1º, II, a Constituinte teve conduta diversa e elencou uma cidadania de difícil entendimento, mas que mesmo tendo seu conteúdo “esvaziado”, não poderia ter ficado de fora do rol citado, haja vista que o parágrafo primeiro do artigo 68 trata das impossibilidades de legislação mediante lei delegada. As palmas para Assembléia Nacional Constituinte se dão, porque toma posição de proteção da cidadania face a possível abuso de poder do Presidente da República. Se o processo legislativo é demorado, ao menos permite um maior controle prévio da norma que se está elaborando, ao contrário disso, a lei delegada tem natureza mais célere, mas é elaborada e promulgada apenas pelo Presidente da República, sem participação necessária, posterior, do Congresso Nacional, o que torna mais fácil uma norma que tenha condão diminutivo de certas garantias constitucionais, como a cidadania.

A delegação dada ao Presidente, mediante resolução (68,§2º), possibilita que o Presidente possa legislar, mas diferentemente das medidas provisórias, esta não necessita obrigatoriamente de aprovação das casas legislativas.

No que tange a cidadania, esta aparece no artigo 68, §1º, II, como um dos impedimentos ao Presidente da República, neste sentido:

Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º - Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

(...)

II - nacionalidade, *cidadania*, direitos individuais, políticos e eleitorais; (sem grifo no original)

Deve-se notar que a cidadania aparece no dispositivo em tela, como “coisa” diversa da nacionalidade, dos direitos individuais, políticos e eleitorais. No entanto, a limitação material das leis delegadas alcança também os atos de competência do Congresso e das duas casas legislativas (Câmara dos Deputados e Senado Federal). É importante ressaltar que em relação ao Congresso Nacional, as matérias que não são cabíveis de delegação são apenas as de competência exclusiva (Art. 49 CF/88), as matérias de competência da União, que trata o artigo 48, estas, então poderão ser delegadas ao Presidente da República.

No entanto, mais uma vez a pergunta volta à tona, de que cidadania tratou a Constituinte? Se os direitos políticos, eleitorais e individuais, que são inerentes à cidadania, são tratados de forma individualizada, desta forma, o que resta para a cidadania?<sup>10</sup>

O problema já foi suscitado pelo professor José Afonso da Silva (2002, p.141), no entanto, a solução é que não se apontou, aparentemente, a contento, pois para o ilustre professor, a cidadania aparece na Constituição da seguinte maneira:

Não se pode ignorar o fato de que a Constituição de 1988 também menciona a ‘cidadania’ no sentido estrito tradicional relativo ao titular de direitos políticos. Assim é quando diz que compete à União legislar sobre a nacionalidade, ‘cidadania’ e naturalização (art. 22, XIII). Nesse contexto, quer-se dizer que compete a União legislar sobre direitos políticos. A ideia, contudo, já fica mais confusa com o emprego do termo no inciso II do §1º do art. 68, quando excluído âmbito da delegação legislativa a legislação sobre ‘nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais’, já que aí se excluem, separadamente, cidadania e direitos políticos, dando a entender que aquela é diversa destes. A impropriedade se agrava quando também fala em ‘direitos políticos e eleitorais’, como se estes não fossem partes daqueles.

---

<sup>10</sup> Não se quer aqui pregar uma cidadania que seja apenas política, ou que os direitos políticos e eleitorais tenham a mesma natureza da cidadania, o desenvolver do trabalho vem exatamente de encontro a esta posição, mas os direitos eleitorais e políticos são bases do exercício de cidadania e encontram-se inseridos em seu conteúdo.

No entanto, outra parece ser a postura da Constituinte com relação ao artigo 205 da Constituição Federal. No capítulo destinado à educação a cidadania aparece, segundo indica o professor José Afonso da Silva, na transcrição acima, num sentido amplo, e deve ser interpretada à luz da previsão da cidadania prevista no artigo 1º da Constituição Federal, que está atinente aos direitos fundamentais (SILVA, 2002, p.141).

A cidadania aparece no artigo 205 da Constituição como objetivo da educação e não há, neste sentido, dúvida de que a cidadania quer representar a formação de um indivíduo atento às coisas do Estado. A educação tem o objetivo de formar o cidadão que seja bom eleitor, que participe das decisões políticas do Estado, que respeite os direitos fundamentais e que saiba dos seus direitos e deveres.

A Constituição parece ter acenado nesta direção, conforme se verifica no dispositivo constitucional

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A leitura do dispositivo em tela parece apresentar, num primeiro momento, uma separação em três categorias diferentes do ser humano: o desenvolvimento humano, a vida política (indivíduo político) e o indivíduo trabalhador. No entanto, esta divisão deve ser analisada de forma quase simbiótica, pois a educação, no Brasil deverá (ia) formar uma pessoa melhor. O cidadão deverá ser educado para conviver com os seus semelhantes (relações particulares), atentar-se às coisas do Estado (relação com poder público), especialmente no que concerne a uma consciência política/eleitoral e qualificado para o trabalho de modo a poder viver com dignidade.

Note-se que a cidadania aparece na seção destinada a educação como um objetivo desta, pois a educação deverá preparar o indivíduo para o exercício da cidadania, este cidadão que a educação tem que preparar tem de estar apto a exercer a cidadania nos contextos atuais, ou seja, uma cidadania que permite ao indivíduo a participação na escolha do governo (política/eleitoral), uma cidadania que garante ao indivíduo peticionar diretamente ao Tribunal de Contas da União para denunciar ilegalidades (Art. 74, §2º), uma cidadania que assegura ao cidadão propor uma ação popular visando a proteção do patrimônio público, moralidade administrativa, meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural (Art. 5º, LXXIII), atuando como legitimado extraordinário em nome da sociedade, o que expande consideravelmente a ideia do que é ser cidadão. Esta forma de cidadania reclama

um indivíduo que esteja atento às coisas públicas e a educação tem dentre as suas finalidades o seu preparo.

A nova roupagem da cidadania fica explícita se se analisar que a cidadania aparece dentro do capítulo destinado aos direitos fundamentais individuais, que são exemplos crassos dos direitos fundamentais de primeira dimensão, que são na verdade de vertente liberal, mas que por outro lado aparece também como um dos objetivos da educação que está elencada no título VIII destinado aos direitos sociais que são direitos de segunda dimensão (BONAVIDES, 2004, p. 564), direitos que têm conotação mais voltada para a ideia prestacional do Estado, sendo ainda que a educação está presente também no artigo 6º da Constituição, que são expressamente direitos sociais dos cidadãos brasileiros. Assim, um dos objetivos da educação, que é explicitamente um direito social, é o preparo para o exercício da cidadania, deixando claro que o dualismo entre liberalismo e socialismo, “não foi inserido” na Constituição Federal, onde tanto os direitos individuais quanto os sociais fazem parte do patrimônio jurídico do cidadão e neste sentido, integram de igual maneira o conceito de cidadania posto pela Constituição de 1988.

Na análise contextual da Constituição se pode vislumbrar aspectos de cidadania que estão presentes em diversos trechos da Lei Maior e nem sempre expressam uma ideia clara de cidadania, mas integram-se, enquanto direitos de cidadania, na acepção contemporânea do termo. É o que se percebe da cidadania econômica, prevista no artigo 170 da Constituição, que ao estabelecer que a ordem econômica tem como fim a justiça social -parâmetro necessário e inerente à cidadania-, concebeu uma cidadania que se alcançará pelo meio econômico.

Noutra concepção, se percebe a ideia de uma cidadania cultural onde a integração social é que indica o caráter de cidadania do dispositivo constitucional. O artigo 215, §1º estabelece apoio, incentivo e proteção à valorização e difusão das manifestações culturais, convidando ao exercício de cidadania *v.g.* os indígenas, sem que estes, para tanto, tenham que abandonar os seus laços culturais, mas ao contrário, para que no exercício da cidadania possam divulgá-las.

A coerência deve pautar a análise constitucional, e se se estabeleceu desde o princípio que a cidadania se configura como um pertencimento ao ordenamento jurídico, não como indivíduo passivo das ordenações estatais, mas como atuante no exercício deste poder e participante da vida estatal, a cidadania ambiental também é cabível, pois o artigo 225 determina como um direito e um dever da coletividade (enquanto conjunto de cidadãos –do mundo), preservar e proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Desta forma, a cidadania brasileira estabelecida na Constituição como fundamento do Estado, deve ser interpretada sempre a luz dos direitos humanos fundamentais, buscando uma justiça social que integre os indivíduos do Estado,

econômica, social e culturalmente, e que através de uma educação voltada para o preparo do cidadão, possa permitir que a cidadania tome-se o grande pilar da afirmação da democracia brasileira, concebendo de vez uma rescisão com os ranços totalitários que insistem em permanecer, mas que mais do que isso, permita que os cidadãos brasileiros possam participar da construção de um Estado democrático de direito, pautado pela busca e conservação da dignidade humana, no qual o exercício da cidadania, enquanto direitos político, mas também enquanto atuação cívica na vida estatal, tem papel de destaque, como instrumento capaz de garantir para as presentes e futuras gerações um Estado livre, justo, solidário e sem desigualdades sociais.

### **CONCLUSÃO**

A cidadania brasileira que foi albergada na Constituição de 1988 e elencada como fundamento do Estado, tem uma natureza bem ampla e acompanha diretamente os ideais humanitários que influenciaram a elaboração da Constituição brasileira.

Dentre as considerações que se alcançou no trabalho, se pode asseverar que é enganosa a presunção de que o exercício da cidadania não tem ainda uma maior eloquência no cotidiano dos cidadãos por falta de previsões normativa, ao contrário disso, verifica-se que a Constituição brasileira é cuidadosa com a cidadania espalhando seus reflexos por quase todo o texto da Lei Fundamental.

A posição da cidadania no direito constitucional está intimamente ligada aos princípios basilares do direito brasileiro. A cidadania enquanto fundamento do Estado tem em sua concepção um caráter interpretativo, que é inerente aos princípios fundamentais de um Estado e se lhe é atribuída concepção de caráter interpretativo, a cidadania tem de ser ampla e não restrita como postulavam os revolucionários burgueses do século XVIII, ou seja, se a cidadania apresenta caráter interpretativo, não pode ser um mero exercício político de votar e ser votado.

A cidadania deve ser observada também com íntima ligação ao princípio democrático e ao princípio republicano, além de ter atenção voltada a dignidade da pessoa humana, que é o que caracteriza a nova concepção de cidadania advinda do pós-guerras.

No que tange à sua ligação com o princípio democrático, a cidadania se faz instrumento para o exercício do poder soberano. Se a democracia atribui o poder ao povo, é, pois, o indivíduo que se relaciona diretamente com o Estado e exerce esta soberania que pertence ao povo. O exercício da cidadania, neste sentido, se faz mais patente com as formas diretas de participação popular - plebiscito, referendo e iniciativa popular - e com as formas de participação indireta, mediante voto

periódico, universal e secreto, mas ressalte-se, o poder pertence ao povo, mas seu exercício recai sobre o indivíduo.

Há, também, uma relação íntima da cidadania brasileira com as bases ideológicas da República, que é a forma de governo adotada pelo Estado brasileiro, neste sentido a Constituição brasileira concedeu espaço para o cidadão atuar - fiscalizar e proteger -, tendo como fim o bom uso e a manutenção da *res publica*.

Se estas características são clássicas da cidadania, a dignidade da pessoa humana dá o tom da “nova” cidadania adotada com a promulgação da Constituição em 1988, é a dignidade da pessoa humana que impele condutas integradoras da sociedade. A dignidade humana, como viés jurídico de uma ética cristã e de fraternidade própria dos ordenamentos ocidentais, concede humanismo à cidadania contemporânea. A dignidade humana é, no atual contexto constitucional brasileiro, indissociável do conceito de cidadania.

Assim, se faz patente asseverar que a cidadania concebida na Constituição da República Federativa do Brasil, tem laços íntimos com os direitos fundamentais e impele o cidadão a uma necessária participação da vida do seu Estado.

Salienta-se, que a falta de eficácia social da cidadania não é um problema de falta de eficácia jurídica, mas, ao contrário disso, é talvez falta amadurecimento social e político que gera ainda problemas de exclusão social, que são antidemocráticos e contrários à dignidade humana e, como tal, desafetos do direito constitucional à cidadania.

Neste sentido, a cidadania brasileira é uma via de mão dupla, pois garante aos cidadãos uma série de direitos, o que conseqüentemente impõe deveres ao Estado e também aos indivíduos, pois uma cidadania ativa, nos moldes como aqui proposto é, em verdade, um múnus público do cidadão. Ao cidadão cabe o dever de atuar na vida de seu Estado, pois a efetivação de princípios como a democracia e a republicanismo são, em grande parte, dependentes de condutas coadunadas com o exercício de uma cidadania consciente e participativa.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Política**. Traduzido por Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ARON, Raimond; CROCE, Benedito; CARR, E.H.. **Declarações de Direitos**. In: PORTO, Walter Costa (editor). *Leituras sobre Cidadania*. Brasília: Senado Federal/MCT/CEE, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil Anotada**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2007. 462 p.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Traduzido por Carmem C. Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João FerReira, Luís GuerReiro Pinto Cacais, Renzo Dini. 5. ed. São Paulo: UnB, 2004. Vol I e II.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_, **Curso de Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; KOUCHNER, Évelyne Pisier-. **História das Ideias Políticas**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

COMPARATO. Fábio Konder. **Evolução histórica dos direitos humanos**. São Paulo: saraiva, 2005.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**: In Filosofia e Política 2. L e P M UNICAMP/UFRGS/ CNPQ: Porto alegre, 1985.

COVRE, Maria de Lourdes Manzini. **O que é cidadania**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006

CROIZET, A.; FIGUEIREDO, Genuíno amazonas de. **A cidadania na Grécia e em Roma**. In: PORTO, Walter Costa (editor). Leituras sobre Cidadania. Brasília: Senado Federal/MCT/CEE, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_, **O que são os direitos da pessoa**. 10. ed. São Paulo: Brasiliense, 2004

\_\_\_\_\_, **Direitos humanos e cidadania**. 2.ed. São Paulo: moderna, 2004

DIMOULIS, Dimitri (coord.). **Dicionário brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007

FACHIN, Zulmar. **Responsabilidade patrimonial do Estado por Ato Jurisdicional**. São Paulo: Renovar, 2001

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. Vol. II

KYMLICKA, Will. **Cidadania**. [http://www.didacticaeditora.pt/arte\\_de\\_pensar/leit\\_cidadania .html](http://www.didacticaeditora.pt/arte_de_pensar/leit_cidadania.html). acesso em 13 mai 2007

LAFFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos; um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das letras, 2003.

MARSHAL, T.H. **Cidadania e classe social**. In: PORTO, Walter Costa (editor). Leituras sobre Cidadania. Brasília: Senado Federal/MCT/CEE, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

\_\_\_\_\_. Cidadania global é possível?. In: PINSKY, Jaime (org.). **Práticas de cidadania**. São Paulo: Contexto, 2004

SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e o Constitucionalismo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. **Poder Constituinte e poder popular**, São Paulo: Malheiros, 2002.

TEMER, Michel, **Elementos de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros:2003

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2006

PINSKY, Jaime; PINSKI, Carla Bassanezi (org.). **História da cidadania**. 3.ed. São Paulo: Contexto, 2005

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 22 ed. São Paulo: Cortez, 2007

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania a sociedade civil na globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2001

\_\_\_\_\_. [http://www.dhnet.org.br/direitos/direitosglobais/cidadaniaglobal/cidadania\\_global.html](http://www.dhnet.org.br/direitos/direitosglobais/cidadaniaglobal/cidadania_global.html). Acesso em: 13 mai de 2007

---

# CIDADANIA COMO PARTICIPAÇÃO POLÍTICA<sup>1</sup>

---

Maria Cristina Müller<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

Refletir sobre cidadania e sobre o que é ser cidadão se faz fundamental e urgente, não apenas aos círculos acadêmicos, mas a todos os membros da comunidade mundial. Fundamental à vista de um contexto em que o ser humano é descartado como coisa supérflua, em que o espaço comum e de respeito à pluralidade está cada vez mais restrito, quando não se tornou inexistente, em que são desrespeitados direitos fundamentais e infligido, a uma parcela da população, condições subumanas de sobrevivência. Múltiplas podem ser as respostas à pergunta: o que é cidadania? Mas uma delas merece a maior atenção: a que permeia a obra de uma das mais importantes pensadoras políticas do século XX, Hannah Arendt.

Pode-se afirmar que é característica de Hannah Arendt a sua sempre presente capacidade de apontar problemas – que, à primeira vista, parecem inexistentes – através de compreensões quase sempre distintas daquelas habitualmente efetivadas. O conceito de cidadania não é exceção. Pode-se verificar que o termo é polissêmico e muitas vezes é irrefletidamente utilizado em discussões travadas tanto na Filosofia, na Filosofia do Direito, no Direito Internacional – público e privado – e no Direito Constitucional.

Para que se possa conceituar o termo “cidadania” a partir da análise da obra de Hannah Arendt deve-se, assim como fez a autora, mergulhar no mundo

---

<sup>1</sup> Uma versão deste texto foi publicada, em língua espanhola, em: MÜLLER, M. C. La ciudadanía como participación política. In: Riutort, Bernat. (Coord.). *Indagaciones sobre la ciudadanía: transformaciones en la era global*. Barcelona: Icaria, 2007. p. 323 – 366.

<sup>2</sup> Docente do Departamento de Filosofia da Universidade Estadual de Londrina/Brasil, onde ministra aulas, orienta estudantes de Graduação, Pós-Graduação Stricto-Sensu e Especialização Lato-Sensu, desenvolve projetos de pesquisa e coordena eventos de extensão acadêmica. Doutora em Filosofia pela Universidade Federal de São Carlos/São Paulo/Brasil. Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/Porto Alegre/Brasil. Graduada em Filosofia pela Universidade de Passo Fundo/Rio Grande do Sul/Brasil. Coordenadora do Grupo de Trabalho Filosofia Política Contemporânea da Associação Nacional de Pós-Graduação em Filosofia – ANPOF – biênio 2016-2018. Tem vários artigos publicados em revistas acadêmicas e capítulos de livros. Concentra suas pesquisas nas discussões políticas e éticas contemporâneas com ênfase em Hannah Arendt. Contato pelo e-mail: cristinamuller@uel.br ou mcristmuller@hotmail.com.

daqueles que não tinham cidadania: o mundo dos apátridas e das minorias. A condição de negação de cidadania aos apátridas fez inegável a fragilidade das assertivas das *Declarações de Direitos do Homem*, deste modo, surge outra grande questão que acompanha a presente investigação, isto é, a efetividade frágil dos direitos humanos. Os apátridas são indivíduos que, sem a proteção da normatividade jurídica de um Estado-Nação, são despojados de qualquer direito e feridos em sua dignidade a partir do momento em que perdem a condição de cidadãos de um Estado. Hannah Arendt conheceu esse mundo, pois carregou, entre 1933, quando saiu da Alemanha nazista, e 1951, quando recebeu a cidadania norte-americana, a denominação de apátrida. Esses anos talvez tenham sido os mais difíceis da vida de Arendt, uma vez que, nesse período, ela passou por uma experiência de “perda do mundo”, de ausência do mundo público; mas, com certeza, foram fundamentais para a construção dos alicerces de sua teoria política e para o estabelecimento de sua sempre presente necessidade de compreender.

Desta forma, o presente estudo buscou na obra de Arendt e em dados históricos dos séculos XX e XXI argumentos para lançar luzes sobre o tópico de que a cidadania é um tema mais complexo e distinto das várias definições correntes, assim como sua fundamentação implícita – a tutela de um Estado-Nação – serve mais a interesses de Estados ou grupos do que ao chamado cidadão.

Para tal empreitada, inicialmente se analisará a condição dos apátridas e das minorias, ou seja, dos não-cidadãos, que eclodiu na Europa depois da Primeira Guerra Mundial e que se radicalizou durante o governo totalitário de Hitler. As discussões de Arendt contidas no livro *Origens do Totalitarismo* problematizarão a primeira parte desse estudo. Segundo Arendt, todas as mazelas impostas e enfrentadas pelos apátridas e pelas minorias elucidaram o pressuposto implícito ao conceito de cidadania que predominava até então. A partir da negação da cidadania a uma parcela da população, pode-se perceber a fragilidade e a necessidade de revisão desse conceito, que revela o tipo de relação que o indivíduo mantém ou não com o domínio público. A condição de não-cidadania dos apátridas e das minorias gerou como consequência a inobservância da aplicação dos direitos humanos a esses grupos. Deste modo, outra grande fragilidade é desvelada, isso é a delicada assertiva de que os direitos humanos são inalienáveis, indeduzíveis e irreduzíveis. Arendt percebe o grande paradoxo político do final do século XIX e começo do século XX, isto é, a insistência dos idealistas em considerar inalienáveis os direitos dos cidadãos dos países civilizados e a concomitante existência de seres humanos destituídos de qualquer direito.

Para Arendt, a cidadania tem como características o compromisso do indivíduo com o mundo – o interesse público – e a busca da felicidade pública. Assim, a segunda parte da análise versará sobre a liberdade política e a felicidade pública; ambas, tomadas como objetivo das Revoluções Francesa e Americanas.

Desde modo, o livro *Da Revolução* de Hannah Arendt conduzirá tal discussão. Importante observar que as revoluções cunharam *Cartas de Direitos do Homem* em que a busca da liberdade política e da felicidade pública estavam expressos, contudo, o curso das revoluções encaminhou para resultado diverso do pretendido e os objetivos pretendidos resultaram frustrados.

Por fim, se faz necessário refletir sobre o compromisso e o vínculo do cidadão nas comunidades políticas. Os cidadãos constroem, pela promessa ou acordo, um compromisso moral entre si. Esse compromisso consiste no dever de manter a promessa feita e é inerente à própria promessa. O futuro é imprevisível e incerto, assim, a faculdade de prometer e cumprir as promessas confere um pouco de estabilidade para o mundo. Essa faculdade, a de prometer, só faz sentido no mundo comum, na presença de outros indivíduos; depende de uma pluralidade de pelo menos dois indivíduos desejosos de unirem-se em associação. Essa associação, firmada no princípio do consentimento, que, por sua vez, tem por base a promessa mútua, implica também uma pluralidade indissolúvel que assume a forma de uma união duradoura. O bom cidadão é aquele que possui o “espírito” público, que tem compromisso com a república – com a coisa pública – e com o bem comum. Todavia, esse compromisso de cada um dos cidadãos com a coisa pública não pode ficar restrito apenas à relação bilateral entre o indivíduo e o Estado, mas deve estar embasada numa relação entre os indivíduos entre si, isto é, entre os cidadãos. O texto *Desobediência civil* e os livros *A condição humana* e *Homens em tempos sombrios* auxiliarão em tais ponderações.

## **1 DIREITOS DO HOMEM OU DIREITOS DO ESTADO?**

Como poucos, Arendt conseguiu, através de estudos e reflexões sobre a burguesia europeia do século XIX e sobre o desempenho dos Estados a serviço dessa burguesia, apontar alguns dos elementos que criaram condições favoráveis ao surgimento do totalitarismo na Europa, especialmente na Alemanha e na Rússia nas primeiras décadas do século XX. Como assinala Elizabeth Young-Bruehl (1997, p. 194), Arendt buscava encontrar os principais elementos do nazismo – suas origens – e, a partir deles, mostrar quais seriam os problemas políticos aos quais o totalitarismo ofereceria “respostas”.

Arendt não só apresentou ao mundo uma reflexão crítica acerca do que havia acontecido, mas conseguiu, com essa reflexão, influenciar o curso dos acontecimentos. As conclusões de Arendt, contidas na obra *Origens do Totalitarismo*, publicada em 1951, acerca da não-cidadania dos apátridas e das minorias e da conseqüente inobservância da aplicação dos direitos humanos a esses grupos tiveram papel importante em modificações substanciais no Direito Internacional Público contemporâneo. A jurisprudência norte-americana absorveu,

explicitamente, a reflexão de Arendt: a nacionalidade, considerada um direito humano fundamental, levou a Suprema Corte dos Estados Unidos a considerar inaceitável a sanção de privação da cidadania (LAFER, 2003, p. 22).

No último capítulo – *O declínio do Estado-Nação e o fim dos direitos do homem* –, da Segunda parte – *Imperialismo* –, da obra *Origens do Totalitarismo*, Arendt analisa as conseqüências da desintegração do modelo europeu de Estado-Nação – os Estados multinacionais, especialmente a Rússia e a Áustria-Hungria – depois de 1914 e o total desrespeito aos direitos humanos, ou seja, aos direitos previstos pelas *Declarações de Direitos do Homem*. Segundo a autora, a Primeira Guerra Mundial trouxe uma instabilidade avassaladora à comunidade dos países europeus – inflação, desemprego, guerras civis, migrações indesejáveis, etc. – que deixou à mostra a fragilidade do sistema político vigente àquela época, muito antes que a política totalitária arrasasse a estrutura da civilização européia de então. A penúria de um grupo cada vez maior de pessoas estava exposta e nenhuma hipocrisia poderia escondê-la. Arendt explica que, a partir desse momento, um tipo novo de ódio, algo indefinido e sem foco específico, gerou-se no seio daquela “respeitável” sociedade. Nem o governo, nem a burguesia, tampouco alguma potência estrangeira podiam ser responsabilizados por tudo o que estava acontecendo. E esse ódio passou a exercer um papel central nos negócios públicos de todos os países: todos estavam contra todos. Tal desintegração era mais patente nos países derrotados e, em especial, nos Estados recém-estabelecidos<sup>3</sup>.

Contudo, para Arendt, os conflitos que aparentemente diziam respeito a disputas nacionalistas, dentro do velho núcleo crítico da Europa (meridional e oriental) e sem maiores conseqüências para o restante do continente europeu, assumiram proporções que, mesmo previstas, não puderam ser impedidas ou rompidas. A liquidação dos dois Estados multinacionais europeus – Rússia e Áustria-Hungria – faz surgir dois novos personagens no cenário da época: os apátridas e as minorias. Segundo Arendt, estes novos grupos de vítimas não dispunham de um governo que os representasse e protegesse. Assim, eram obrigados a viver sob a ilusória<sup>4</sup> lei de exceção dos Tratados das Minorias ou sob a condição de carência total de lei. Nesse contexto, os apátridas e as minorias foram desprovidos daquilo que até então era tido como um direito inalienável de todo ser humano, isto é, foram destituídos dos direitos previstos nas *Declarações de Direitos do Homem*. Estavam em situação mais degradante daquela vivida pelos desempregados e pela classe

---

<sup>3</sup> Com o fim da Primeira Guerra Mundial ocorre uma reorganização do mapa político europeu: Os Impérios Alemão, Austro-Húngaro, Otomano e Russo deixam de existir; Polónia, Estónia, Letónia, Lituânia, Finlândia, Hungria e Tcheco-Eslováquia tornam-se independentes; a Iugoslávia surge da união da Sérvia com Montenegro.

<sup>4</sup> Ilusória porque não foram transformados em leis efetivas nos diversos Estados signatários dos Tratados das Minorias.

média despojada de seus bens. Eram cnicamente vistos como uma exceção numa Europa pós-guerra aparentemente estável. Para Arendt, o surgimento das minorias na Europa oriental e meridional e a proliferação que esses povos sem Estado efetivaram na Europa central e ocidental fizeram surgir um novo elemento de desintegração no continente europeu: a desnacionalização.

A desnacionalização tornou-se terrível arma nas mãos da política totalitária. Todos aqueles que perdiam seus direitos nacionais ficavam desprovidos de qualquer proteção, uma vez que as constituições dos Estados-Nações, baseados no tripé Povo-Estado-Território, eram incapazes de salvaguardar os direitos humanos dos apátridas. Foi isso que, segundo Arendt (1997, p. 302), permitiu aos governos totalitários subjugar aqueles que, sob sua ótica, seriam os refugos da terra (judeus, trotskistas, etc.) e impor seus valores aos demais países. “[...] Uma vez fora do seu país de origem, permaneciam sem lar; quando deixavam o seu Estado, tornavam-se apátridas; quando perdiam os seus direitos humanos, perdiam todos os direitos: eram o refugio da terra. [...]” (ARENDR, 1997, p. 300).

Arendt considera absurda a maneira como foram criados os Estados-Nações após a Primeira Guerra Mundial, isto é, pelo método dos Tratados de Paz<sup>5</sup>. Mas pior que isto, para ela, era a convicção por parte das populações nacionalmente frustradas de que a liberdade e a soberania popular somente seriam conquistadas através da emancipação nacional – pela criação / manutenção de um Estado próprio – e de que os direitos humanos somente poderiam ser desfrutados por povos que tivessem seu governo nacional próprio (Estado). Para a autora, essa convicção era reforçada tanto pela herança dos Direitos do Homem cunhada pela Revolução Francesa, que unia direitos humanos e soberania do Estado-Nação, quanto pelos Tratados das Minorias, que delegava à Liga das Nações<sup>6</sup> a preservação dos direitos

---

<sup>5</sup> Segundo Arendt, os Tratados de Paz, sendo o Tratado de Versalhes o mais conhecido, pretendiam resolver os antigos problemas da Europa oriental e meridional criando Estados-Nações étnico-lingüísticos e Tratados de Minorias. Muitos colocaram dúvidas sobre tal plano, pois não existiam as condições básicas para a criação de Estados, tais como populações homogêneas e fixadas ao solo. Contudo, mesmo que essas condições existissem, a idéia de se criar Estados-Nações por meio de tratados era, por si, uma contradição. Os tratados reuniram vários povos num único Estado, instituíram o governo e esperaram que os povos nacionalmente compactos fossem contribuir com o novo governo, mas isso não aconteceu. Com os povos que “sobraram”, criou-se um terceiro grupo de nacionalidades, as minorias. Essas foram deixadas sob a responsabilidade dos novos Estados, que tinham que tratar essa parte de sua população observando regulamentos especiais externos (Tratados das Minorias). Essas minorias, para assim serem denominadas, deveriam representar um número considerável de pessoas em pelos menos dois Estados sucessórios. Deste modo, um outro grande número de pessoas foi marginalizado, também deixado sem direito algum. Calculava-se que, antes de 1914, havia 100 milhões de pessoas cuja aspiração nacional estava frustrada (ARENDR, 1997, p. 303 a 305).

<sup>6</sup> A Liga das Nações (Sociedade das Nações) foi uma organização internacional criada pelo Tratado de Versalhes, em 28 de Julho de 1919. Tinha por sede Genebra, na Suíça. Em 18 de abril de 1946, o organismo se autodissolveu, transferindo as responsabilidades que ainda mantinha para a recém-criada Organização das Nações Unidas/ONU. Eram membros fundadores da Liga das Nações, signatários do

daquelas pessoas que não mais pertenciam a um Estado nacional constituído, sem responsabilizar os governos em cujos territórios essas pessoas viviam. Assim, as minorias não confiavam nos nacionais dos Estados em que viviam, nem na Liga das Nações, o que, para Arendt, fez emergir o motivo real dos Tratados das Minorias: a assimilação.

Para os Estados mais antigos e fortes da Europa, a idéia da assimilação era conhecida e tida como a única solução para garantir a sobrevivência de sua própria soberania. A existência de povos minoritários nos Estados-Nações abalaria, cedo ou tarde, essas soberanias; portanto, a idéia dominante era de que essas minorias deveriam ser assimiladas ou liquidadas. A assimilação dificilmente aconteceria, pois os povos estatais eram frágeis quanto ao número e à cultura e as minorias não se consideravam inferiores aos nacionais do território em que viviam, como Arendt aponta no exemplo das minorias russas ou judaicas da Polônia. Dessa forma, não seria a Liga das Nações, tampouco os Tratados das Minorias que impediriam os Estados-Nações de imporem uma assimilação forçada. As minorias, desapontadas com sua condição, ignoraram a Liga das Nações e tentaram encontrar uma solução própria para seu problema. Desse modo, reuniram-se na forma de um congresso denominado “Congresso dos Grupos Nacionais Organizados nos Estados Europeus”. Porém, a denominação “Nacional” fez com que todas as nacionalidades, não apenas as “minorias” aderissem a esse Congresso. Arendt, em uma nota, observa que os judeus alemães não eram uma minoria nem se classificariam como apátridas, pois possuíam cidadania alemã e nacionalidade alemã, só retirada posteriormente por Hitler. Os judeus dos países sucessórios tinham em todos os seus documentos a indicação da cidadania do país em que viviam e a nacionalidade judaica. Mesmo sob essas condições, os alemães e os judeus logo dominaram o congresso, pois se faziam presentes em todos os Estados sucessórios dos antigos impérios.

Segundo Arendt, o Congresso não serviu para a defesa dos interesses comuns de todas as minorias, mas arvorou-se em defensor dos interesses próprios de cada uma das minorias representadas. A autora ilustra esse fato a partir do exemplo das minorias alemãs de diferentes Estados (Romênia, Tchecoslováquia, Polônia, Lituânia, Letônia, Hungria, etc.) que votavam naturalmente em conjunto. Assim, o Congresso fez desabar o princípio territorial da Liga das Nações e vir à tona aquilo que a Liga não levou em consideração, isso é, o caráter interestatal das

---

Tratado de Paz: Estados Unidos da América (curiosamente, o Congresso Americano se recusou a ratificar o Tratado de Versalhes, assim, os Estados Unidos não se tornou membro do novo organismo), Bélgica, Bolívia, Brasil, Império Britânico, Canadá, Austrália, África do Sul, Nova Zelândia, Índia, China, Cuba, Equador, França, Grécia, Guatemala, Haiti, Hedjaz, Honduras, Itália, Japão, Libéria, Nicarágua, Panamá, Peru, Polónia, Portugal, Romênia, Estado Sérvio-Croata-Esloveno, Síão, Tcheco-Eslováquia, Uruguai. Outros Estados foram convidados a aderir ao pacto: Argentina, Chile, Colômbia, Dinamarca, Espanha, Noruega, Paraguai, Holanda, Pérsia, Salvador, Suécia, Suíça, Venezuela.

minorias. Outro exemplo da superioridade dos interesses próprios sobre os interesses comuns de todas as minorias pode ser percebido, segundo Arendt, quando, em 1933, a delegação judaica exigiu do Congresso uma moção contra o tratamento dado aos judeus no Terceiro Reich. Os alemães, que compunham minorias alemãs em diferentes Estados, não apoiaram a delegação judaica e declararam adesão à Alemanha já nazista, conseguindo também o apoio da maioria das demais delegações, em cujos Estados o anti-semitismo brotava. A delegação judaica abandonou definitivamente o Congresso que, então, perdeu sua importância.

Mas qual é a relação do exposto até o momento com a discussão acerca da cidadania? Para Arendt, é exatamente a condição dos apátridas e das minorias, ou seja, dos não-cidadãos, que eclodiu na Europa depois da Primeira Guerra Mundial e que fora radicalizada durante o governo totalitário de Hitler, permite ver o pressuposto implícito ao conceito de cidadania que predominava até então. A partir da negação da cidadania a uma parcela da população, pode-se perceber a fragilidade e a necessidade de revisão desse conceito, que revela o tipo de relação que o indivíduo mantém ou não com a esfera pública.

Arendt assinala que povos minoritários existiram desde muito tempo<sup>7</sup>; contudo, a situação que se colocava para a Europa ao final da Primeira Guerra Mundial era inusitada, pois pela primeira vez se criava uma entidade internacional, a Liga das Nações, que tinha como um de seus objetivos a garantia de direitos às minorias. Esta era a novidade, isto é, o reconhecimento de que milhões de pessoas viviam fora da proteção habitual da lei e de que garantias adicionais aos direitos elementares das pessoas necessitavam ser estabelecidas e tuteladas por uma entidade externa, que não fizesse parte do ordenamento jurídico interno dos Estados-Nações. Além disso, reconhecia-se que esta situação não era de caráter efêmero e que os Tratados das Minorias surgiram para criar condições de convivência e tolerância duradouras. Nas palavras de Arendt:

[...] Os Tratados das Minorias diziam em linguagem clara aquilo que até então era apenas implícito no sistema operante dos Estados-nações, isto é, que **somente os “nacionais” podiam ser cidadãos**, somente as pessoas da mesma origem nacional podiam gozar de toda a proteção das instituições legais, que os indivíduos de nacionalidade diferente precisavam de alguma lei de exceção até que, ou a não ser que, estivessem completamente assimilados e divorciados da sua origem. [...]. (ARENDR, 1997, p. 308, sem grifo no original).

---

<sup>7</sup> Arendt explica que o surgimento das primeiras minorias pode ser visto quando o princípio protestante de liberdade de consciência conseguiu superar o princípio *cuius régio eius religio* [de tal região, sua religião]. Em 1815, o Congresso de Viena adotou medidas para assegurar certos direitos, não apenas religiosos, às populações polonesas incorporadas à Rússia, Prússia e Áustria. Porém, os tratados posteriores mencionam sempre minorias religiosas, não nacionais, que recebiam direitos civis, nunca políticos (ARENDR, 1997, p. 308, nota 16).

Segundo Arendt, isso foi decisivo para mostrar que o Estado não era mais instrumento da lei, mas instrumento da nação, a ponto de os interesses nacionais estarem acima da lei, fato colocado em prática por Hitler pouco tempo depois<sup>8</sup>. Era ilusória a crença de que os *Direitos do Homem* e a observância dos mesmos estavam implícitos nas constituições das nações européias, especialmente nas mais antigas. Também era ilusão que apenas os Estados sucessores dos impérios desintegrados necessitavam de leis adicionais de garantia dos direitos humanos e de órgão externos – tratados – para fazer cumprir esses direitos. Arendt diz que essa crença ruiu com o aparecimento dos povos ou pessoas sem Estado<sup>9</sup>.

A condição de apátrida, ou seja, aquela pessoa que vive sem um Estado e, portanto, que está fora do domínio da lei, segundo Arendt, constituía um fenômeno de massa da época, que estava em sintomático crescimento no mundo<sup>10</sup>. A posição “legal” do apátrida também foi aplicada aos refugiados<sup>11</sup> – russos, alemães, armênios, romenos, húngaros, espanhóis entre outros – expulsos de seus países pelos vitoriosos de revoluções locais. As desnacionalizações passaram a ocorrer a partir de uma prática dependente de estruturas estatais que, se ainda não eram completamente totalitárias, traziam em seu bojo, no mínimo, a intolerância a qualquer tipo de oposição ou a quaisquer divergências de opiniões.

O fenômeno que aqui interessa diz respeito à perspicácia de Arendt em perceber o grande paradoxo político do final do século XIX e começo do século XX, isto é, a insistência dos idealistas em considerar inalienáveis os direitos dos cidadãos dos países civilizados e a concomitante existência de seres humanos destituídos de qualquer direito. Para a autora, tal situação tornou-se ainda mais vil quando foi alcançada a situação-limite de se enviar apátridas e refugiados aos campos de internamento. Hoje, em pleno século XXI, a condição de ausência total de direitos continua a acontecer, com exemplos cada vez mais assustadores de degradação da

---

<sup>8</sup> Hitler afirmava que “[...] o direito é aquilo que é bom para o povo alemão. [...]” (ARENDR, 1997, p. 309).

<sup>9</sup> Interessante observar que, segundo Arendt, as minorias eram povos sem Estado apenas parcialmente, pois pertenciam a algum corpo político. Necessitavam de proteção adicional no que se referia a alguns direitos secundários, tais como a preservação do idioma e da cultura. Os direitos de residir, viver e trabalhar não eram tocados (ARENDR, 1997, p. 309).

<sup>10</sup> A revogação da naturalização era algo possível e usual em diversos países, em especial nos Estados Unidos após a Segunda Guerra Mundial. Os principais países europeus, durante a guerra, modificaram suas leis para tornar possível a desnaturalização. Os desnaturalizados automaticamente se tornavam apátridas. Esse número era pequeno na época, mas abriu o precedente de que qualquer cidadão naturalizado poderia tornar-se um apátrida. Hitler, em 1933, foi quem introduziu a revogação da naturalização em escala massiva, por simples decreto, atingindo todos os alemães naturalizados de origem judaica. Essa medida era precedida pela desnacionalização de cidadãos natos pertencentes à mesma categoria ou a categorias semelhantes (SIMPSON, *apud* ARENDR, 1997, p. 310, nota 20).

<sup>11</sup> Arendt, novamente se apoiando em John Hope Simpson, diferencia o *status* do apátrida e do refugiado: o apátrida não possui nacionalidade, enquanto o refugiado perdeu a proteção diplomática. Essas diferenças, contudo, sempre foram ignoradas por questões práticas, sendo os refugiados tratados como apátridas (ARENDR, 1997, p. 314, nota 28).

dignidade humana, evidenciada pela continuidade de existência de campos de refugiados.

Os campos de internamento, que eram exceção, tornaram-se, durante e depois da Segunda Grande Guerra Mundial, a “solução óbvia” para o “problema” representado por apátridas e refugiados. Para Arendt, a substituição do termo apátrida pelo termo *displaced persons* [pessoas deslocadas], ocorrida durante a guerra, foi um sinal explícito da degradação a que chegou essa situação paradoxal. “[...] A expressão ‘povos sem Estado’ pelo menos reconhecia o fato de que essas pessoas haviam perdido a proteção do seu governo e tinham necessidade de acordos internacionais que salvaguardassem a sua condição legal. [...]” (ARENDR, 1997, p. 313).

A expressão *displaced persons*, segundo Arendt, tinha por finalidade “solucionar” o problema dos apátridas, ignorando-os. Ignorar a possibilidade de uma pessoa não ter Estado deixava às autoridades uma alternativa: a repatriação. A repatriação consistia em deportar a pessoa a seu país de origem, mesmo que esse país não quisesse receber ou não reconhecesse aquela pessoa como seu cidadão. Arendt observa que a solução de ignorar os apátridas também se revelava na ausência de estatísticas confiáveis acerca dos mesmos – calcula-se que havia, na Europa, entre a Primeira e a Segunda Grande Guerra Mundial, cerca de 1 milhão de apátridas “reconhecidos” e mais de 10 milhões de apátridas de fato. Para ela, a necessidade de se ignorar os apátridas e a tentativa de se alterar sua denominação tinham por objetivo minimizar os problemas que eles pudessem causar aos Estados-Nações: em primeiro lugar a chegada de milhares de apátridas impossibilitava, de maneira implícita, o direito de asilo, que sempre figurou, para o Direito Internacional, como símbolo dos Direitos do Homem; em segundo lugar, era impossível desfazer-se desse contingente de pessoas ou torná-las cidadãs do país que as abrigava. Arendt conclui que todos viam apenas duas alternativas para solucionar esses problemas: a repatriação ou a naturalização. Contudo, logo depois das primeiras levas de refugiados armênios e russos, os países receptores perceberam que tais soluções não seriam possíveis e recusaram-se a reconhecer a condição de apátrida aos refugiados posteriores. O número de potenciais apátridas era muito grande e os países de refúgio temiam uma avalanche de refugiados, portanto, sentiram-se animados a descartar alguns desses grupos minoritários, seguindo o exemplo da Alemanha nazista.

Para Arendt, dentre as minorias, os judeus e os armênios eram os mais visados, pois representavam a maior percentualidade de apátridas existentes. Mesmo que os judeus só tenham se tornado apátridas quando a Alemanha os obrigou a emigrar, a partir desse momento, eles passaram a representar uma parcela significativa dos grupos apátridas. O caso dos judeus reveste-se de especificidade, uma vez que não constituíam maioria em qualquer país e seus interesses somente

poderiam estar garantidos através de algum tipo de proteção internacional. Era “natural”, portanto, que todos os países iniciassem pelos judeus a tarefa de livrar-se de suas minorias indesejáveis. Os judeus constituíam a *minorité par excellence*, a única minoria desprovida de outra proteção além da do sistema de minorias, que estava totalmente arruinado e, no dizer de Arendt (1997, p. 323), não passava de zombaria. Isso tudo também serviu para ratificar que os “[...] tratados de minorias não eram necessariamente uma proteção, podendo servir de instrumento de escolha de certos grupos para futura expulsão coletiva.” (ARENDR, 1997, p. 315), como mostrou o nazismo alemão.

Arendt observa que, além dos já conhecidos problemas de expulsão e consequente destituição da cidadania dos refugiados da Europa oriental e meridional, os cidadãos europeus começaram a apresentar uma nova conduta em relação às lutas ideológicas às quais aderiam. Crescia o número de pessoas que abandonavam seus países de origem para lutar em guerras civis estrangeiras<sup>12</sup>. Este fato não teria causado estranheza se apenas significasse que as pessoas não estavam mais apegadas às suas nacionalidades e encontravam-se dispostas a serem assimiladas por outras comunidades. Contudo, ao contrário do imaginado, as pessoas não desejavam se divorciar de suas nacionalidades, mesmo que não tivessem lealdade ao país de origem ou não o mencionassem. Essa atitude causou estranheza: os apátridas não poderiam mais ser considerados de nacionalidade indeterminada e não pertenciam, como até então, apenas ao Leste europeu, mas estavam também na Europa ocidental. Isso assustou os governos dos países de destino desses apátridas. O colapso era grande.

Arendt menciona a dificuldade para constatar a diferença entre um refugiado sem Estado – um apátrida – e um estrangeiro residente – um cidadão de outro país. Quando o governo tentava, fazendo uso de sua soberania, repatriar um estrangeiro residente contra sua vontade, este invocava a condição de apátrida para fugir à sanção, ainda que o apátrida sempre estivesse na pior situação: não tinha direito à residência nem a trabalho; estava privado de uma identidade oficialmente reconhecida ou de uma certidão de nascimento que atestasse sua existência; vivia sem a proteção da lei, em completa transgressão à lei; e o único lugar que lhe ofereciam eram os campos de internamento.

Como o apátrida não tinha previsão nem proteção da lei, conseguia receber alguma atenção ou quando era um gênio ou quando se transformava em criminoso. A primeira alternativa, segundo Arendt, advinha do desejo da sociedade burguesa da Europa de que se “criasse excitação”, o que só os gênios conseguiam, não importando a essa sociedade que algum desses homens pudesse ser apátrida, ou

---

<sup>12</sup> Aqui Arendt apresenta o exemplo da Brigada Internacional na Guerra Civil Espanhola (ARENDR, 1997, p. 316).

seja, de alguma forma, um fora-da-lei. A segunda alternativa fazia com que se invertesse a condição de “homem destituído de direitos humanos” para a condição de “criminoso”. O que, por mais incrível que pareça aos dias atuais, conferia a esse “homem-refugio” o retorno ao mundo civilizado. Observa-se o tom irônico de Arendt ao descrever essa situação-limite:

[...] Só como transgressor da lei pode o apátrida ser protegido pela lei. [...] O mesmo homem que ontem estava na prisão devido à sua mera presença no mundo, que não tinha quaisquer direitos e vivia sob ameaça de deportação, ou era enviado sem sentença e sem julgamento para algum tipo de internação por haver tentado trabalhar e ganhar a vida, pode tornar-se quase um cidadão completo graças a um pequeno roubo. Mesmo que não tenha um vintém, pode agora conseguir advogado, queixar-se contra os carcereiros e ser ouvido com respeito. Já não é o refugio da terra: é suficientemente importante para ser informado de todos os detalhes da lei sob a qual será julgado. Ele torna-se pessoa respeitável. (ARENDDT, 1997, p. 320).

O Estado-Nação, desconhecendo uma solução para o problema daqueles que perderam a proteção de um governo nacional e sendo inábil para criar uma lei que protegesse esses apátridas, transferiu a “solução” para a polícia. Corria-se o risco de transformar o Estado da lei em Estado policial, pois de executora da lei e de instrumento para se fazer cumprir a lei, a polícia adquiriu autoridade governamental independente. Ela podia governar diretamente as pessoas. Criou-se inclusive, antes mesmo da Segunda Guerra Mundial, uma “política estrangeira policial independente” a pretexto de se garantir a segurança nacional, que funcionava paralelamente às diretrizes dos governos oficiais. A “solução” para o problema dos apátridas seguiu esse curso e Hitler apresentou mais uma faceta desta pretensa “solução”. Para Arendt (1997, p. 323), o método de Hitler para com os judeus pretendia servir de modelo para o extermínio de qualquer grupo indesejável, seja de apátridas, seja de minorias. O método era constituído pelas seguintes etapas, resume a autora: a) redução dos judeus alemães a uma minoria não-reconhecida na Alemanha; b) expulsão dessa minoria como apátrida; c) reagrupação dessa minoria nos lugares em que passaram a residir para enviá-los aos campos de extermínio. Arendt também chama a atenção para o fato de que, após a guerra, a questão judaica, que havia sido considerada como insolúvel, chegou a uma “solução” através do assentamento de judeus em um território colonizado. Contudo, essa solução não resolveu o problema das minorias; ao contrário, gerou uma nova categoria de refugiados – os árabes palestinos.

O que se pode perceber como sintomático em toda esta explanação acerca da condição dos apátridas e das minorias?

[...] Pois o Estado-nação não pode existir quando o princípio de igualdade perante a lei é quebrado. Sem essa igualdade legal [...] a nação se dissolve numa massa anárquica de indivíduos super e subprivilegiados. As leis que não são iguais para todos transformam-se em direitos e privilégios, o que contradiz a própria natureza do Estado-nação. Quanto mais clara é a demonstração da sua incapacidade de tratar os apátridas como "pessoas legais", e quanto mais extenso é o domínio arbitrário do decreto policial, mais difícil é para os estados resistir à tentação de privar todos os cidadãos da condição legal e dominá-los com uma polícia onipotente. (ARENDRT, 1997, p. 323-4).

A existência dos apátridas e a constatação da total ausência de atribuição de direitos a eles, para Arendt, mostrou a fragilidade da asserção de que os Direitos do Homem são inalienáveis, irredutíveis e indeduzíveis. Com sua análise, neste momento, Arendt coloca em xeque o princípio não só do Estado-Nação, mas também o princípio dos Direitos do Homem e, conseqüentemente, a garantia da cidadania.

Para Arendt, o século XVIII pretendia trazer, com a *Declaração dos Direitos do Homem*<sup>13</sup>, a emancipação de todos os Homens. A fonte da Lei não era mais Deus, tampouco os costumes ou a formação histórica, mas o próprio Homem. Nenhuma autoridade era invocada para estabelecer a Lei, pois o próprio homem era sua origem e seu objetivo último. A *Declaração dos Direitos do Homem* era a prova de sua libertação de qualquer forma de sujeição. Contudo, naqueles novos tempos, na sociedade secularizada, os homens não tinham mais a certeza de ter seus direitos sociais e humanos garantidos. Até então, esses direitos eram assegurados pelos sistemas de valores sociais, espirituais e religiosos e, a partir do século XVIII, esses direitos estavam à mercê da ordem política, dos governos e das constituições.

Durante o século XIX, a *Declaração dos Direitos do Homem* passou a servir como garantia do cumprimento dos direitos humanos aos subprivilegiados e a ser invocada sempre que o indivíduo necessitasse de amparo, ou seja, passou a servir como um *slogan* que concedia proteção, um direito de exceção. Por serem os Direitos do Homem tidos como inalienáveis, irredutíveis e indeduzíveis de outros direitos ou leis, acreditava-se que nenhuma lei especial seria necessária para proteger os direitos que constavam da Declaração, supondo-se que todas as leis o tomavam por base.

Também nesses primeiros tempos tinha-se a convicção de que, assim como o Homem era o único senhor em questão de lei, o povo era o único soberano em questões de governo. A soberania do povo era aclamada em nome do Homem, o que dava a entender que: a) os direitos inalienáveis do Homem encontravam sua garantia no direito do povo a um autogoverno soberano; e b) os Direitos do Homem tornavam-se parte inalienável desse direito de autogovernar-se. A partir disso pode-

<sup>13</sup> Declaração Francesa de 1789 e Declaração Americana de 1776.

se inferir que sem um autogoverno soberano os direitos do Homem não teriam garantias. Somente a soberania emancipada de um povo (Estado-Nação) a que o indivíduo pertencia seria capaz de assegurar os Direitos do Homem. Para Arendt, disso deriva a constatação de que, no momento em que o Homem adquiriu sua emancipação e independência de qualquer camada superior, passando a ser considerado um ser isolado que levava em si sua dignidade, a individualidade humana foi dissolvida novamente, surgindo em seu lugar um membro do povo. Para nossa autora, o paradoxo da declaração dos direitos humanos é claro, isto é, o ser humano a que se referia era um ser abstrato – irreal – pois todos, mesmo os selvagens, viviam em algum tipo de ordem social e se alguma comunidade não desfrutasse de direitos humanos, isto se deveria ao fato de não haver chegado ao patamar da soberania nacional, sendo, portanto, oprimida (ARENDR, 1997, p. 325).

A *Declaração dos Direitos do Homem* não tinha por referência o Homem enquanto ser individual e único, mas o homem apenas enquanto pertencente a uma soberania nacional. Isso, segundo Arendt, demonstrava que toda a discussão acerca dos direitos humanos estava indissolvelmente associada à questão da emancipação nacional. Em suas palavras: “[...] Como a humanidade, desde a Revolução Francesa, era concebida à margem de uma família de nações, tornou-se gradualmente evidente que o povo, e não o indivíduo, representava a imagem do homem.” (ARENDR, 1997, p. 325). Essa identificação e suas implicações só vieram à tona quando uma avalanche de pessoas e povos sem a proteção de algum Estado-Nação que lhes garantisse o mínimo de direitos surgiu no cenário europeu. O princípio subjacente aos direitos humanos, isto é, de que eram inalienáveis porque não dependiam de governo algum, foi estremecido, uma vez que se tornou evidente que a perda dos direitos nacionais, outorgados pelo Estado-Nação, significava a perda dos direitos humanos – evidência que se tornou incontestável entre os apátridas e as minorias. Criou-se, assim, uma situação em que a atuação dos apátridas acabou por reforçar sua condição: quanto menos observados seus direitos, mais essas pessoas se fechavam em suas comunidades próprias, exigindo direitos apenas na qualidade de pertencentes a uma comunidade determinada (como, por exemplo, poloneses, judeus, alemães, etc), sem reivindicá-los na qualidade de indivíduos portadores de direitos fundamentais. Para Arendt, só há uma resposta para essa situação desastrosa: “[...] Os Direitos do Homem, solenemente proclamados pelas revoluções francesa e americana como novo fundamento para as sociedades civilizadas, jamais haviam constituído questão prática em política. [...]” (ARENDR, 1997, p. 326).

Os direitos humanos, desde seu surgimento e até a época em que Arendt escreve (década de 1950), sempre foram tratados de forma marginal, como visto acima, no século XIX, ou como se pode constatar, no século XX, no fato de que nunca foram tornados lei efetiva em nenhum país, tendo sido considerados, no

máximo, como pressuposto derivado da idéia de pertença a uma soberania estatal. No século XX, os direitos civis – os vários direitos que o cidadão desfruta em seu país – tinham a intenção de representar os Direitos do Homem, que deveriam ser independentes de nacionalidade. Se as leis do país não pressupunham ou não atendiam as prerrogativas dos Direitos do Homem, esperavam-se mudanças nas legislações – no caso dos Estados democráticos – ou que as revoluções tomassem ações nesse sentido – no caso dos Estados despóticos. Os Direitos inalienáveis do Homem, desse modo, segundo Arendt, continuavam irrealizáveis, principalmente quando apareciam pessoas que não eram nacionais de algum Estado soberano, evidenciando, mais uma vez, que somente o fato de pertencer a um Estado, na condição de nacional daquele Estado, garantia o potencial respeito aos Direitos do Homem. Ora, os direitos são do Homem ou do Estado?

Em determinado momento da história do século XX, a obrigatoriedade de se pertencer a uma nação era tão grande que os indivíduos apátridas expulsos de algum Estado-Nação ficavam totalmente desamparados, pois nenhuma nação lhes oferecia qualquer proteção. Para Arendt (1997, p. 327), o problema não era a perda do lar, mas a impossibilidade de se encontrar um novo lar. O que gerava uma contradição, pois se o objetivo, ao se constituir um Estado-Nação, era a efetivação de uma família de nações, como era possível negar a pessoas a possibilidade de pertencer à família das nações? Outra perda que as pessoas sem Estado sofriam era a perda da proteção do governo – da condição legal – não apenas no país de origem, mas em todos os países. Como os Estados-Nações criaram uma malha de proteção, através dos acordos internacionais e tratados de reciprocidade que garantiam a posição legal do seu cidadão em qualquer local do mundo, quem estivesse fora do Estado não estava protegido e, portanto, estava na ilegalidade em qualquer local em que se encontrasse. Para Arendt, esse tipo de privação da legalidade, ou de privação de qualquer direito, não estava relacionado com o cometimento de nenhum crime, mas com o fato de simplesmente serem quem eram – apátridas ou minorias. Segue-se a isso a surpreendente conclusão de Arendt de que a desgraça dos que não tinham direitos não estava relacionada à privação daqueles direitos que a declaração americana e a francesa listaram como direitos humanos<sup>14</sup>, mas ao absurdo de privar o indivíduo do direito de pertencer a uma comunidade. Nem mesmo o direito à liberdade, que geralmente é entendido como o cerne dos direitos humanos, e que, ironicamente, poderia ser atribuído com mais intensidade aos apátridas e às minorias, que não estariam cerceados por lei alguma, modifica o fato de que, em realidade, os apátridas e as minorias estão na condição

---

<sup>14</sup> A declaração americana (Declaração de Virgínia, de 1776) previa como direitos do homem o direito à vida, à liberdade e à procura da felicidade. A declaração francesa (de 1789) previa o direito à igualdade perante a lei, à liberdade, à proteção da propriedade privada e à soberania nacional. Essas fórmulas, para Arendt, destinavam-se a resolver determinados problemas dentro de certas comunidades (ARENDR, 1997, p. 329).

de privação de direitos. A situação penosa dos apátridas e das minorias, nas palavras da autora:

[...] não resulta do fato de não serem iguais perante a lei, mas sim de não existirem mais leis para eles; não de serem oprimidos, mas de não haver ninguém mais que se interesse por eles, nem que seja para oprimi-los. [...] O prolongamento de suas vidas é devido à caridade e não ao direito, pois não existe lei que possa forçar as nações a alimentá-los; a sua liberdade de movimento, se a têm, não lhes dá nenhum direito de residência, do qual até o criminoso encarcerado desfruta naturalmente; e a sua liberdade de opinião é uma liberdade fútil, pois nada do que pensam tem qualquer importância. [...] A privação fundamental dos direitos humanos manifesta-se, primeiro e acima de tudo, na privação de um lugar no mundo que torne a opinião significativa e a ação eficaz. [...] (ARENDRT, 1997, p. 329 - 330).

Os Direitos do Homem são verdadeiramente descumpridos quando se priva o homem de um espaço no mundo em que possa ser visto e ouvido, em que possa se mostrar genuinamente e exercer sua condição humana para ação e para o discurso – espaço esse que Arendt chama de espaço da aparência<sup>15</sup>. É no momento em que se priva o ser humano do domínio político – condição política – que os direitos humanos são usurpados e vem a bancarrota. Arendt adverte que os seres humanos privados dos seus direitos humanos – de pertencerem a uma comunidade política – perdem muito mais do que a liberdade e a justiça, que são os direitos do cidadão, pois perdem o direito à ação; perdem mais do que a liberdade de pensamento, pois perdem o direito de opinião. Disso tudo Arendt chega a uma importante conclusão, decisiva para a política e para o direito internacional contemporâneos: somente no momento em que milhares de pessoas perderam o direito de pertencer a uma comunidade política, sem perspectiva de recuperação desse direito, foi possível perceber a existência de **um direito a ter direitos** e de **um direito a pertencer a uma comunidade** organizada (ARENDRT, 1997, p. 330). Sem esses dois princípios (direito a ter direitos e direito à pertença a uma comunidade política) o homem é expulso da humanidade e é privado das características essenciais da dignidade humana: a relevância da fala – opinião – e o relacionamento humano político – ação.

---

<sup>15</sup> O termo “espaço da aparência”, apresentado por Arendt no texto *A Condição Humana*, designa o espaço público em que os homens se mostram uns aos outros e exercem a liberdade plena. A esfera política resulta, segundo a autora, da ação em conjunto, isto é, da esfera pública do mundo. A ação e o discurso criam um espaço (atemporal e aespacial) entre os envolvidos, denominado espaço da aparência, pois é o espaço onde um aparece e se mostra para o outro. A realidade do mundo está intimamente ligada a este espaço, por estar a realidade garantida pela presença do outro. O espaço da aparência surge quando os homens se reúnem na ação e no discurso e desaparece no mesmo instante em que essas atividades cessam; portanto, é um espaço potencial que não tem garantias (Cf. MÜLLER, 2000, p. 275).

Os princípios da relevância da fala e do relacionamento político, enunciados por Arendt, não representam uma novidade absoluta, pois Aristóteles já argumentou que o específico do ser humano provém da capacidade de falar, pensar e de pertencer / constituir uma comunidade. O ser humano é, portanto, na definição aristotélica, um “animal político”. Para Arendt, a perda de todos os direitos listados na Declaração dos Direitos do Homem ainda não priva o homem de sua dignidade humana, de sua qualidade essencial de homem; privá-lo do direito de pertencer a uma comunidade política seria expulsá-lo da humanidade, tirar-lhe a sua especificidade. Portanto, o flagelo dos apátridas e das minorias e aquilo que fere seus direitos humanos residem no fato de terem perdido o direito de pertencerem a uma comunidade que lhes garantisse direitos e não no fato de que lhes tenham sido retirados direitos especiais (ARENDDT, 1997, p. 331).

Para Arendt, no século XVIII não havia a possibilidade de se pensar em um direito correspondente ao sentimento de pertença a uma comunidade política, uma vez que, àquela época, era majoritária a corrente que pregava que os direitos humanos derivavam diretamente da “natureza” humana. E essa natureza, independentemente de ser relativa a alguma lei natural ou a algum mandamento de Deus, outorgaria direitos que permaneceriam válidos, mesmo que apenas um único ser humano estivesse sobre a terra, como se a idéia de comunidade política e de pluralidade humana não tivesse relevância. Para Arendt, a recém descoberta dignidade humana, a que se referiam os Direitos do Homem quando foram pela primeira vez pronunciados, dizia respeito à independência desses direitos em relação a qualquer outra tutela que não fosse a do próprio Homem. Não era a história, não eram os privilégios conferidos pela história a alguma camada social, não era nenhum Deus que formavam o fundamento dos Direitos do Homem. Contudo, para a autora, o caráter dessa nova dignidade era dúbio. Segundo Arendt (1997, p. 331), as expressões “inalienáveis”, “recebidos por nascimento”, “verdades evidentes por si mesmas” exigiam a confiança em uma certa “natureza” humana. O que aconteceu foi apenas a substituição de uma tutela exterior – os direitos históricos – por outra – os direitos naturais –, sem formação de uma autêntica emancipação do homem. Além disso, que “natureza humana” era essa? Como pensar o ser humano em si? Aqui, pode-se perceber novamente a ironia de Arendt, quando diz: “[...] Hoje estamos, talvez, em melhor posição para julgar o que é exatamente essa ‘natureza’ humana; pelo menos ela demonstrou potencialidades não reconhecidas e nem mesmo suspeitadas pela filosofia e pela religião do Ocidente, que a definiram por mais de três mil anos. [...]” (ARENDDT, 1997, p. 331). Ou seja, se os acontecimentos do século XX, que em certa medida parecem se repetir no século XXI, forem pensados em termos dessa natureza humana, o que pode ser visto é a terrível capacidade humana de destruição, desrespeito e crueldade para com o outro.

Segundo Arendt, não só o tão comemorado aspecto “humano” “natural” se mostrou duvidoso como também o homem se desfez da natureza quando aprendeu a dominá-la. No momento em que o conhecimento humano dominou com mais profundidade os processos naturais, também se colocou esse conhecimento a serviço da destruição de várias formas de vida, inclusive a de seres humanos e do próprio planeta. A essência humana não pôde mais ser entendida em termos nem da história nem da natureza. Arendt lamenta que os fatos não comprovaram a possibilidade de que, enfim, o Homem estaria assumindo o papel antes atribuído à natureza e à história e de que o direito a ter direitos e o direito de pertencer à humanidade estariam garantidos pela própria humanidade. Ela elogia as diversas tentativas de se alterar o texto da *Declaração dos Direitos do Homem*, empreendidas por vários organismos internacionais, mas postula que isso não surtirá efeito enquanto as leis internacionais forem pensadas em termos de acordos e tratados recíprocos entre Estados soberanos e enquanto não existir uma esfera superior aos Estados nacionais. O paradoxo, contudo, é que tais direitos, provavelmente, também não passariam a ser garantidos com a criação de um “governo mundial”<sup>16</sup>.

Um governo mundial reproduziria o processo de tomada de decisão utilizado no governo das soberanias estatais que, diz Arendt, é sustentado por princípios – mas, quais princípios? O princípio, nos Estados totalitários e na maioria dos Estados, é o de que qualquer decisão está justificada e dentro da legalidade desde que seja boa ou útil para o todo, independentemente de ferir ou não alguma parte. Arendt retoma aqui um dos lemas de Hitler – “o direito é aquilo que é bom para o povo alemão” – que tinha por fundamento a concepção amplamente aceita de que a lei, ou seja, o direito, assenta-se no pressuposto de positivar o que é bom, seja para um grupo, seja para um povo, seja para a humanidade inteira. Contudo, segundo Arendt, há um perigo inerente a esse princípio, uma vez que ele pode ser utilizado para excluir qualquer parcela da população, qualquer grupo que venha a ser considerado indesejável, como o foram os apátridas e as minorias à época da

---

<sup>16</sup> Arendt, no texto *Karl Jaspers: cidadão do mundo?*, contido no livro *Homens em tempos sombrios* (1991), discorre extensamente sobre esse tema, estabelecendo, de início, sua contrariedade a essa idéia, não porque seja inviável, mas porque um “governo mundial” não seria suficiente para resolver os problemas políticos contemporâneos, uma vez que algo muito mais essencial precisaria ser retomado, isto é, a idéia de responsabilidade ou solidariedade pessoal em espaços coletivos (conceitos que serão discutidos adiante). Pode-se especular que, se a obra de Arendt fosse uma tentativa de solução dos problemas mundiais, o que com certeza não é o caso, a advertência da autora de que esse assunto é espinhoso não afastaria a possibilidade de que, se resolvido, grandes problemas do Direito Internacional poderiam ter suas soluções encontradas. Por outro lado, se a “lição” contida na obra de Arendt encontrasse ressonância nas discussões do Direito Internacional ou “no melhor dos mundos possíveis”, se cada indivíduo assumisse a responsabilidade e a condição de solidariedade para com o outro, ou seja, se cada um abraçasse a atividade da ação e do discurso inerentes à condição humana, os direitos do homem estariam sendo cumpridos e a paz poderia reinar neste planeta. Mas isso são apenas divagações ou talvez a esperança de uma otimista cidadã.

Alemanha nazista, assim como os indígenas da América à época da colonização europeia no continente, a minoria *tutsie* e os *hutus* moderados, na Ruanda de 1994, entre tantos outros exemplos da história antiga e recente que podem ser citados para ilustrar a capacidade de exclusão que esse princípio comporta.

Arendt infere que, quando surgem indivíduos cuja condição exclusiva é de serem apenas humanos, sem nenhum laço que os identifique com algum estado nacional, o conceito de direitos humanos baseado no “ser humano em si” cai por terra, isto é, o fundamento do conceito de direitos humanos – o Homem – não é suficientemente forte para garantir os direitos de qualquer indivíduo. Dito de outra maneira: unicamente a condição de ser humano não se mostrou suficiente para a concessão de direitos aos homens. Para Arendt, essa é a razão pela qual os internos dos campos de concentração, na Alemanha nazista, e os internos dos campos de refugiados, pelo mundo afora, insistiram e instem em preservar suas nacionalidades, como se a nacionalidade fosse o último vestígio de sua cidadania e, portanto, o único elo que mantinham e mantêm com a humanidade. Todos esses acontecimentos revelaram, para Arendt, os primeiros sinais de um presumível retrocesso da humanidade. Retrocesso que, em seu tempo, foi confirmado com as “mortes administrativas”<sup>17</sup> ocorridas na Alemanha nazista. Pode-se acrescentar que, infelizmente, até hoje não cessaram de ocorrer, sob outras circunstâncias e de outras maneiras, como exemplificado acima. Fica assim comprovado que os direitos do homem e a igualdade que esses direitos deveriam propiciar não têm as chamadas garantias naturais.

O espaço que restou aos seres humanos que foram privados da condição essencial de ser humano – comunidade política – foi o espaço privado, diz Arendt. O espaço privado é o espaço da singularidade em que cada um é o que é e em que os homens se diferenciam por serem únicos. A capacidade humana de exprimir as diferenças, usando como recurso a distinção<sup>18</sup>, impulsiona o homem para o entendimento mútuo, torna possível o discurso e a ação e leva o homem ao domínio público do mundo. No domínio público o homem pode revelar quem é, pode revelar sua singularidade porque existem outros que podem ouvir e também revelar quem são. E é no domínio público que se constrói a igualdade, tendo-se como base a distinção inerente a cada um, a partir da qual se busca um mundo comum. Assim, a igualdade só é possível entre diversos, onde as diversidades são respeitadas em nome de um mundo comum. Celso Lafer resume muito bem essa preocupação de

---

<sup>17</sup> Segundo Arendt, as mortes perpetradas na Alemanha nazista, que ficaram conhecidas, posteriormente, por genocídio, poderiam ser descritas com mais propriedade pelo termo “massacres administrativos”, ou seja, do ponto de vista dos dirigentes da Alemanha nazista, o extermínio de judeus e outras minorias representavam uma “tarefa do estado” (ARENDR, 1999, p. 311-312).

<sup>18</sup> A distinção, segundo a teoria arendtiana, significa que somente os seres humanos são capazes de falar sobre si mesmos; dizer quem são; comunicar, não apenas a si próprios ou sensações como sede, fome, dor, hostilidade. Assim, a distinção confirma a diferença de cada ser humano em relação ao outro.

Arendt, quando diz que aquele que perde o acesso ao domínio público perde também o acesso à igualdade. Limitar um indivíduo ao domínio privado, destituindo-o da cidadania, também é despojá-lo dos seus direitos. Os direitos existem em função da pluralidade humana, são garantias construídas tacitamente pelos membros de uma comunidade. Assim, o primeiro direito, do qual derivam os demais, é o direito de participar da vida pública (LAFER, 2003, p. 152-153). Tudo isso – direitos do homem e igualdade – só será alcançado se construídos coletivamente no único espaço que é possível de ser construído, isto é, no *espaço público*, num mundo comum que é feito de diferentes.

Pode-se então afirmar que, para Arendt, cidadania é o direito de ter direitos. Direito de expressar a singularidade, a distinção em relação ao outro também distinto e, partindo do respeito à singularidade e a distinção, ou seja, em respeito à pluralidade humana, buscar aquilo que é comum a todos. Direito a ter direitos, para Arendt (1997, p. 330) significa viver num tipo de organização humana onde se é julgado pelas ações e opiniões, pela ação e pelo discurso próprio de cada ser singular, que só faz sentido no domínio público, isso é, em meio a pluralidade humana. A partir da diversidade de opiniões, pluralidade humana, e do respeito a essa diversidade, pluralidade, pode-se construir a igualdade. Deste modo, a igualdade e os direitos do homem não são um *a priori*, mas um projeto dinâmico e vivo. Segundo Lafer (2003, p. 150), “[...] a igualdade não é um *dado* – ele não é *physis*, nem resulta de um absoluto transcendente externo à comunidade política. Ela é um construído, elaborado convencionalmente pela ação conjunta dos homens através da organização da comunidade política. [...]”. O problema dos apátridas e das minorias, na Europa pós Primeira Grande Guerra Mundial e durante a Alemanha nazista, está relacionado ao fato de que eles não pertencem mais a uma comunidade política juridicamente organizada, deixando de serem, portanto, sujeitos de direitos e portadores de todos os direitos e deveres inerentes à condição de cidadãos. A afirmação dos direitos humanos efetiva-se pela participação no *espaço público*, ao qual só se tem acesso por meio da cidadania. Para Lafer (2003, p. 151), os direitos humanos pressupõem a cidadania enquanto princípio, não apenas enquanto um fato ou um meio.

O que as comunidades políticas, desde a cidade-Estado até o Estado-Nação, tentaram fazer foi justamente eliminar a diferenciação e a distinção porque, pensa Arendt, viviam sob a ilusão de que a comunidade política só pode sobreviver a partir da homogeneidade étnica; dessa maneira, grupos étnicos foram e continuam a ser eliminados. Essas comunidades políticas não entenderam, e parece que o não-entendimento é ainda presente, que o que garante a própria existência da comunidade política é a distinção e a pluralidade humana. Segundo Lafer:

Hannah Arendt fundamenta o seu ponto de vista sobre os direitos humanos como invenção que exige a cidadania através de uma distinção ontológica que diferencia a esfera do privado da esfera do público. Para ela, a condição básica da ação e do discurso, em contraste com o labor e o trabalho, é o mundo comum da pluralidade humana. Esta tem uma característica ontológica dupla: a igualdade e a diferença. Se os homens não fossem iguais, não poderiam entender-se. Por outro lado, se não fossem diferentes não precisariam nem da palavra, nem da ação para se fazerem entender. [...] é com base nesta dupla característica da pluralidade humana que ela insere a *diferença* na esfera do privado e a *igualdade* na esfera do público. (LAFER, 2003, p. 151).

Das reflexões arendtianas sobre a apátrida surgem necessariamente algumas perguntas: os acontecimentos mundiais, hoje, prescindem dessas reflexões? a distinção e singularidade estão sendo respeitadas? a afirmação de Arendt de que “[...] Não nascemos iguais; tornamo-nos iguais como membros de um grupo por força da nossa decisão de nos garantirmos direitos reciprocamente iguais.” (ARENDR, 1997, p. 335) é válida? há relação entre a afirmação de Arendt e o disposto no Artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (“todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”)?

Como exposto, Arendt não concorda com o princípio subjacente aos direitos humanos da Declaração de 1948<sup>19</sup> de que seria a natureza individual do homem que rege os direitos humanos. Para ela, os Direitos do Homem têm por princípio a participação na comunidade política enquanto cidadão, ainda que desprovido de nacionalidade. Os Direitos do Homem, enquanto aquilo que garante a convivência coletiva, exigem o espaço público e a esse espaço só se tem acesso pleno por meio da cidadania. O primeiro direito, como já mencionado, é o direito a ter direitos, isso é, o acesso à ordem jurídica, que por sua vez somente é acessível através da cidadania. O totalitarismo mostrou e provou, com o destino que impôs aos apátridas, que o princípio proposto por Arendt jamais vigorou.

Pode-se supor que a expressão “participação política” seja redundante, segundo a teoria de Hannah Arendt. Talvez seja<sup>20</sup>, mas é preciso enfatizar que a

---

<sup>19</sup> Celso Lafer observa que as Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, posteriores à Segunda Guerra Mundial, pretenderam criar garantias coletivas que fossem além dos interesses dos Estados, tutelando garantias dos indivíduos enquanto seres humanos e não enquanto nacionais de algum Estado. Também a ordem internacional buscou coibir o crescimento dos apátridas, como pode ser visto no Artigo XV da Declaração Universal dos Direitos Humanos que estabelece que todo homem tem direito a uma nacionalidade, não podendo ser privado arbitrariamente da mesma ou do direito de mudá-la (LAFER, 2003, p. 154-155). Pode-se observar que a nacionalidade, aí, é tida como um *a priori* – idéia que, como visto, é altamente contestável.

<sup>20</sup> O conceito de política para Arendt traz em si a participação, pois o ser humano não vive isolado na terra, sua condição é a ação e o discurso, que só acontecem no seio de uma comunidade, exigindo a existência de outros seres humanos para se efetivar.

idéia da ação conjunta entre os seres humanos, isto é, a dimensão política, caracteriza, em Arendt, a dignidade humana. A participação dos indivíduos na comunidade política está relacionada ao compromisso que cada indivíduo tem com o mundo. A partir disso, é coerente afirmar que, para Arendt, a cidadania tem como características: o compromisso do indivíduo com o mundo – o interesse público – e a busca da felicidade pública. A História tem mostrado que às civilizações que tentaram eliminar as diferenças restou apenas a ruína.

## **2 LIBERDADE POLÍTICA E FELICIDADE PÚBLICA**

No intuito de compreender o significado de compromisso para com o mundo ou interesse público e a consequente busca da felicidade pública em Arendt, o texto *Da Revolução*, em que a autora investiga a fundação da liberdade política nas Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789)<sup>21</sup>, apresenta-se como o ponto de partida mais convincente. Segundo Arendt, a liberdade, enquanto fenômeno político, já estava presente nas cidades-estado da Grécia Antiga, definidas por Heródoto como a “[...] forma de organização política em que os cidadãos viviam juntos em condições de não-mando, sem uma distinção entre governantes e governados. [...]” (ARENDDT, 1990, p. 24). Essa condição era expressa pela palavra *isonomia* e indicava uma forma de governo na qual o mando estava ausente. Para os gregos, a liberdade só era possível entre pares, ou seja, entre iguais; por isso, qualquer tipo de governante, ao assumir o domínio sobre outros, extinguiu a possibilidade de os indivíduos serem livres entre seus pares. A liberdade só era possível no espaço político, no espaço em que os homens pudessem reunir-se na presença de outros, isto é, em praça pública – *ágora*. Portanto, liberdade significava a espontaneidade inerente à participação no espaço público.

Contudo, nos séculos que separam o mundo antigo do moderno, tempos em que não existiu liberdade política, a idéia de liberdade confundiu-se com a idéia de libertação, afirma Arendt. A conquista dos direitos civis – a vida, a liberdade, a propriedade –, ocorrida no curso das revoluções modernas, foi consequência da libertação e configurou-se como garantia contra qualquer opressão injusta e como condição necessária para a liberdade (uma opção por determinada forma de vida comunitária). Mesmo que a fronteira entre libertação e liberdade seja sutil, suscitando alguma incerteza, os dois conceitos não se confundem e, tampouco, as conquistas de libertação podem resumir a história da liberdade.

---

<sup>21</sup> As discussões aqui apresentadas, a respeito das revoluções francesa e americana, constam do artigo *Hannah Arendt: o resgate da política. Parte III: o conceito comunicativo de poder em Hannah Arendt* (Cf. MÜLLER, 2002, p. 11-45).

Para Arendt, os homens das revoluções do século XVIII foram lançados na atividade pública pelos seus atos de libertação. Aos poucos, foram construindo o espaço da liberdade e, ao mesmo tempo, foram se preparando e tomando gosto pela ação. Desse modo, a novidade que a revolução trouxe a esses homens foi justamente a experiência, a eles estranha, de serem livres e de iniciarem algo novo. É descabido, portanto, segundo Arendt, pensar que a relevância das Revoluções Americana e Francesa está alicerçada na conquista de direitos civis. Somente é possível falar de revolução quando esse *páthos* de novidade, ou seja, esta idéia de liberdade, estiver presente, unida à idéia de mudança, de um novo princípio que dê origem a um novo corpo político.

No curso de ambas as Revoluções, diz Arendt, os temas que as motivaram mudaram radicalmente de direção. A Revolução Americana conservou-se envolvida com a fundação da liberdade e a afirmação de instituições duradouras. A Revolução Francesa, contudo, foi desviada pela urgência da necessidade, isto é, pela urgência da miséria do povo; o objetivo original dos homens da Revolução – a fundação da liberdade – foi alterado para a tentativa, frustrada, de resolver questões sociais.

Arendt observa que os assuntos sociais e econômicos já haviam penetrado o campo público muito antes das Revoluções do século XVIII, como se pode perceber nas características do Absolutismo, que transformou o governo em administração, a gestão pessoal em medidas burocráticas e as leis em decretos. Da mesma forma, nas Revoluções, o povo miserável ingressou no domínio político, trazendo consigo aquelas questões que pertenciam ao domínio doméstico – questões relativas à satisfação das necessidades vitais. Segundo Arendt, essas questões deveriam ser solucionadas por especialistas – administradores e economistas – deixando aos meios políticos, que aliam decisão e persuasão, a sua vocação revolucionária, sem desviar a Revolução da sua busca originária, a liberdade, para a busca da “felicidade do povo”. Essas mudanças fizeram com que os revolucionários dos séculos XIX e XX tornassem a necessidade – questões sociais – e não mais a liberdade como a categoria básica do pensamento político e revolucionário, a ponto de estabelecer como origem de todas as revoluções os problemas sociais<sup>22</sup>. A necessidade invadiu assim o único domínio em que os homens podem experimentar a liberdade, conclui Arendt. Pode-se acrescentar que esse quadro só piorou no século XX e que, com a sociedade de consumo, a idéia de satisfação das necessidades vitais foi “aperfeiçoada”, passando a ser entendida

---

<sup>22</sup> Marx, o teórico das revoluções, analisando a Revolução Francesa, concluiu que a pobreza pode ser uma força política de primeira ordem, ou seja, transforma questões sociais em força política, ao defender que a própria pobreza é um fenômeno político, e não natural, uma consequência da violência, mais do que da escassez. Desse modo, a abundância, não a liberdade, torna-se objetivo da revolução (ARENDDT, 1990, p. 48 a 51).

como satisfação dos desejos e não das necessidades, em um quadro no qual o ideal passou a ser o consumo ilimitado e a abundância.

O espírito dos primeiros revolucionários, segundo Arendt, estava impregnado do interesse por conquistar a liberdade pública. Na França, tal idéia era uma paixão, um gosto; na América, isso já constituía uma experiência concreta de cada um dos cidadãos. Para os americanos, a liberdade pública significava a participação de cada indivíduo na gestão pública (ARENDE, 1990, p. 99), atividade esta que não constituía carga alguma nem representava qualquer obrigação imposta, mas permitia um sentimento de felicidade ímpar, por poder participar das discussões, deliberações e decisões das assembleias municipais.

[...] O que os unia era “o mundo e o interesse público da liberdade” (Harrington), e o que os impulsionava era a “paixão pela distinção”, que John Adams afirmava ser “mais essencial e mais importante” do que qualquer outra faculdade humana: “Onde quer que se encontrem homens, mulheres ou crianças, quer sejam jovens ou idosos, ricos ou pobres, da elite ou da plebe, sábios ou tolos, ignorantes ou letrados, todos são movidos pelo desejo de serem vistos, ouvidos, comentados, aprovados e respeitados pelas pessoas que os rodeiam, no âmbito de seu conhecimento”. [...]. (ARENDE, 1990, p. 95).

Disso Arendt conclui que os americanos se inspiravam na experiência real da liberdade pública como a conquista da maior felicidade, enquanto os franceses, com seus *hommes de lettres*<sup>23</sup>, partiram de teorias e de princípios da Antigüidade que os fizeram idealizar a liberdade. Arendt ressalva que à pesquisa sobre a liberdade política antiga foram acrescentados novos elementos. Os *hommes de lettres* entendiam a liberdade pública como algo além da livre vontade e do livre pensamento dos filósofos, que fogem do mundo exterior. A liberdade não seria livre arbítrio, que faz a vontade escolher entre alternativas, nem pertenceria a um universo interior – conceitos sistematicamente tratados, no mínimo, desde Agostinho. Arendt, em uma nota, apresenta a distinção traçada por Montesquieu, no *Espírito das Leis*, entre liberdade filosófica e liberdade política; aquela significaria o exercício da vontade e esta, poder fazer o que se deve querer.

O conceito de liberdade pública, para Arendt, remete a uma realidade terrena, criada pelo homem para ser desfrutada por ele, e se concretizaria no espaço público, onde tanto os *hommes de lettres* como os pobres, obscurecidos pelo Absolutismo, poderiam tornar-se visíveis. A idéia central da Revolução era, portanto,

---

<sup>23</sup> *Hommes de lettres* – eram homens que, no século XVIII, haviam se preparado para o poder e cobijavam aplicar o que haviam aprendido nos estudos, principalmente da Antigüidade clássica – gregos e romanos. Seriam o que hoje chamamos intelectuais (ARENDE, 1990, p. 97).

a criação de um corpo político que assegurasse o espaço em que a liberdade pudesse aparecer. Por isso, para Arendt, a marca das revoluções sempre foi o delineamento de uma Constituição, ou seja, o ato de instituição da liberdade é a elaboração de uma Constituição. Infelizmente, tais Constituições nunca foram além do interesse dos especialistas, jamais atendendo aos interesses do povo. O ato de elaboração da constituição perdeu o significado e passou a ser algo distante da realidade, pela ênfase que os constituintes davam ao legalismo e ao formalismo.

Na América, afirma Arendt, o princípio inspirador da Revolução também foi frustrado. A felicidade pública, que significava o acesso do cidadão à esfera pública (ARENDR, 1990, p. 102), sua participação no poder público e na gestão do governo, foi confundida com a busca do bem-estar pessoal. A escolha do termo “felicidade” indica que no país existia, antes da Revolução, a idéia de que, para os homens serem integralmente felizes, a felicidade não poderia estar restrita à vida particular, mas deveria estar ligada ao todo da comunidade, uma vez que tal felicidade advinha do fato de cada um participar da gestão pública. Para Arendt, a expressão usada na *Declaração da Independência* – busca da felicidade – tornou imprecisa a distinção entre direitos particulares e felicidade pública, fazendo aparecer o duplo sentido de bem-estar pessoal e felicidade pública. E, assim, o significado original de “felicidade pública” enquanto possibilidade de participação nos negócios públicos tornou-se rapidamente esquecido.

Para Arendt, os homens das Revoluções, na verdade, estavam preocupados com a tirania, que privava os súditos tanto dos direitos civis como da liberdade pública, eliminando a linha que separa um direito do outro. Desse modo, a distinção entre ambos, o particular e o público, apareceu somente no curso das Revoluções. O público e o particular acabaram por conflitar e a ênfase inclinou-se da liberdade pública – idéia inspiradora inicial – para a liberdade civil. A *Declaração de Direitos*, dos americanos, continha as restrições constitucionais relativas ao governo, protegendo e favorecendo devidamente a busca da felicidade individual. A felicidade pública perde seu duplo sentido e passa a ser entendida como o “[...] direito que têm os cidadãos de buscar seus próprios interesses e, portanto, agir segundo as regras desse auto-interesse individual. [...]” (ARENDR, 1990, p. 108). Aquilo que originalmente foi considerado como o principal objetivo das Revoluções – na França, a elaboração de uma Constituição; na América, o gosto da liberdade pública – foi o primeiro a desaparecer, afirma Arendt. O desejo, na América, de criar um espaço onde os cidadãos pudessem ser vistos e ouvidos conflitou com interesses opostos. Voltou-se a atenção exclusivamente para assuntos pessoais, isentando o cidadão das obrigações públicas que seriam resolvidas por uma administração governamental. Já na França, a redação da Constituição garantia a “preservação da república” ao mesmo tempo em que criava proteção ao indivíduo frente a possíveis abusos do poder público. Disso se depreende, afirma Arendt, que o poder está no

governo, sendo o indivíduo impotente diante dele e por isso é preciso criar instâncias de proteção aos indivíduos. A liberdade, que residia no domínio público, transfere-se para o domínio particular. Nas palavras de Arendt: “[...] A liberdade e o poder se apartam, e a fatal assimilação do poder com a violência, da política com o governo, e do governo com um mal necessário começou.” (ARENDDT, 1990, p. 110).

Arendt afirma que, depois das Revoluções, as liberdades civis, garantidas pelas declarações de direitos e incorporadas às constituições, foram consideradas a parte mais importante dessas novas constituições, em detrimento da garantia da liberdade. Era evidente, para os homens da Revolução, que um governo constitucional – um governo restringido pelas leis – seria a única forma de limitar o poder do governo, inclusive e principalmente o de cometer qualquer abuso contra o povo. Segundo a autora, o conteúdo das novas Constituições não trouxe consigo o “novo” da Revolução; tampouco o poder a que se referiam era poder verdadeiro, mas, ao contrário, era a tentativa de isentar o cidadão de participar do governo e uma forma de “protegê-lo” da participação pública. A enorme desconfiança em relação ao poder estava presente no século XVIII, tanto na Europa como no Novo Mundo, através de idéias como: o homem não está capacitado a ser detentor de um poder ilimitado; aqueles que exercem o poder são propensos a se transformar em vorazes animais; o governo é necessário para refrear o homem e sua sede de poder (ARENDDT, 1990, p. 117). Assim, fazia-se necessário, na concepção dos homens da Revolução, um governo limitado. Entretanto, os americanos sabiam ser necessário não só resguardar a sociedade da opressão de seus governantes, mas também proteger uma parcela da sociedade contra injustiças que outra parcela pudesse vir a cometer. Assim, para Arendt, o conteúdo básico da Constituição seria o que estabelecesse um sistema novo de poder, ficando a tarefa de salvaguardar direitos civis em um plano secundário, ainda que imprescindível.

Segundo Arendt, o conteúdo da Revolução não deveria ser unicamente a garantia de direitos civis, como a Revolução Francesa fazia entender. Após a *Declaração da Independência* ter abolido o poder da coroa, era necessário criar novos centros de poder. O objetivo da Constituição Americana não era limitar o poder, mas criar mais poder. Para isso, os fundadores buscaram subsídios na história até chegar a Montesquieu, considerado uma autoridade sobre assuntos de governo. Montesquieu havia sustentado a idéia de que o poder e a liberdade relacionavam-se mutuamente. Tal idéia já estava presente na experiência concreta da Colônia, onde os representantes escolhidos tinham o poder e a liberdade de decidir, isto é, a liberdade era entendida como “[...] um poder natural de fazer ou não tudo o que temos em mente [...]” (ARENDDT, 1990, p. 120). A descoberta da natureza do poder, por Montesquieu, influenciou a fundação da república na América, que conseguiu compreender tal descoberta, ou seja, que “o poder controla o poder”. Ao contrário de qualquer tentativa de limitação, através de leis, o poder só pode ser

contido e ainda permanecer poder através de outro poder. Arendt adverte que, geralmente, pensamos na divisão do poder apenas nas três funções do governo, esquecendo o principal, que é a existência de um sistema equilibrado de poderes onde a união e suas partes (os Estados) não enfraqueceriam ou destruiriam umas as outras<sup>24</sup>.

O grande erro da Revolução Francesa acentuou-se na convicção de que a lei e o poder emanam de uma só fonte, diz Arendt. Ao contrário, a Revolução Americana embasava-se em uma autoridade geral, provinda das autoridades subordinadas, ou seja, os habitantes da Colônia estavam organizados em sistemas de autogoverno. Os distritos, municípios e comarcas escolhiam delegados, para representar e encaminhar seus interesses nos congressos provinciais e convenções populares e, dessa forma, organizar as Constituições estaduais. Ao conservarem intacto o poder das corporações, os fundadores conservaram também a fonte da autoridade. Arendt vê que no Novo Mundo, antes da própria *Declaração da Independência*, uma nova concepção de poder e autoridade já se fazia presente. Para eles, a fonte de todo poder era o povo, o qual era regido de acordo com as leis e por elas limitado.

Para Arendt, o conceito de poder dos americanos era anterior à própria colonização. Esse conceito de poder, segundo a autora, pode ser resgatado do momento do *Pacto do Mayflower*, assinado antes do desembarque dos colonos na América. Segundo Arendt, o medo desses homens civilizados, que se lançavam a sós num novo empreendimento, em um mundo desconhecido, onde cada um temia o outro por não haver qualquer lei que regulasse ou garantisse a convivência, fez com que todos fossem compelidos à confiança em seu próprio poder e, a partir dessa confiança, sem qualquer coação, levados a unirem-se num “corpo político civil”. A sobrevivência desse corpo político estava assegurada apenas pela força das promessas mútuas feitas uns aos outros e isso foi suficiente para constituir as leis necessárias para o governo. Essas associações políticas não adquiriram a forma comum de governo, que implica domínio e a divisão entre os governantes e governados, mas guardavam poder e autoridade capazes de reivindicar direitos, sem possuir soberania, uma vez que esse povo permaneceu organizado como súdito do governo da Inglaterra por mais de 150 anos (ARENDR, 1990, p. 134). Para Arendt, esse pacto – e suas conseqüências – revela nitidamente o espírito revolucionário, que já estava moldado na experiência colonial e que manifestava a condição humana numa experiência histórica concreta da civilização ocidental. Arendt traduz assim essa capacidade humana para a participação política:

---

<sup>24</sup> A preocupação estava em como estabelecer uma união a partir de treze Repúblicas soberanas e já constituídas, ou seja, como fundar uma República Confederada (ARENDR, 1990, p. 122).

[...] a experiência especificamente americana havia ensinado aos homens da Revolução que a ação, embora possa ser iniciada em isolamento e decidida por um só indivíduo, por diferentes motivos, só pode ser exercida em função de algum esforço conjunto, no qual a motivação particular de cada indivíduo não é mais levada em consideração, de sorte que a homogeneidade de passado e origem, princípio basilar do Estado-nação, não se torna mais necessário [sic]. O esforço conjunto nivela, com muita eficácia, tanto as diferenças de origem, como as de qualidade [...]; **independentemente do que os homens pudessem ser em sua singularidade, eles tinham a capacidade de se unirem em comunidades** [...]. A esperança para o homem, em sua singularidade, está no fato de que não é o homem, mas são os homens que habitam este planeta e compõem, entre eles, o seu mundo. É a mundanidade humana que protege os homens das ciladas da natureza humana. (ARENDRT, 1990, p. 139, sem grifo no original).

Arendt relacionava sua compreensão da condição humana com o conceito de poder por ela defendido<sup>25</sup>. Podemos dizer que, para Arendt, quando os homens se unem com o propósito de ação, geram o poder, através de pactos e promessas que mantêm; no momento em que esses homens se dispersam, o poder que haviam constituído também desaparece; todavia, se julgam procedente manter esse poder vivo, criam uma estrutura material para proteger o poder advindo da ação conjunta desses homens, no mesmo instante em que fazem e cumprem as promessas e acordos. Portanto, o poder advém da ação e é mantido pelas promessas (ARENDRT, 1990, p. 139 a 141).

Arendt assinala que ambas as Revoluções concordavam que a fonte e origem do poder político reside no povo; contudo, a semelhança era aparente, pois, na verdade, as concepções desse poder eram muito diferentes.

Os homens da Revolução Francesa entendiam o poder como uma “força natural”, além do domínio político, surgida da própria Revolução e que destruíra todas as instituições do Antigo Regime. Tratava-se da violência acumulada da multidão que se libertava. A Revolução Francesa não sabia que essa força pré-política não era e nunca seria a origem de qualquer poder, por não saber distinguir poder e violência. A Revolução foi arrastada pela multidão enfurecida.

Os homens da Revolução Americana entendiam o poder como o oposto da violência. Sabiam, pela experiência, que o poder legítimo somente surgia quando os homens se uniam e se vinculavam, mediante promessas recíprocas alicerçadas na confiança mútua. O poder combinado dos homens da Colônia Americana, através das promessas mútuas e das decisões comuns, fundou uma nova associação política, num continente desconhecido e estranho a todos; e, mais tarde, esse mesmo espírito conduziu à Revolução. Desse modo, a Revolução Americana serve

---

<sup>25</sup> Para Arendt (1994), poder não é mando e obediência. O poder é o que se estabelece no domínio da ação (domínio político); já o mando e a obediência pertencem ao domínio doméstico.

de exemplo ímpar para ensinar que a violência não é fator indispensável para qualquer fundação, ressalta Arendt (1990, p. 171). Os fundadores tinham a convicção de que a esfera política, numa república, só poderia ser constituída a partir da troca de opiniões que, por sua vez, devem ser diversas. Povo significava, para eles, a multiplicidade de vozes e de interesses, representava uma coletividade que continha variedade, que mantinha a pluralidade (ARENDR, 1990, p. 74).

O diagnóstico de Arendt vai mais longe e serve aos dias atuais. Para ela, o Espírito Revolucionário ficou sepultado, após as desastrosas revoluções do século XX (ARENDR, 1990, p. 211). A liberdade pública – liberdade política – enquanto participação do indivíduo no mundo público, na gestão pública – discussão, deliberação, decisão – gera a felicidade pública, enquanto direito de acesso à esfera pública. Tanto essa liberdade quanto essa felicidade parecem ter sido abandonadas como ideal de vida política a ser construído coletivamente. O homem do século XX e XXI não guarda nenhuma esperança de encontrar uma nova forma de governo que permita, aos membros dessa sociedade igualitária, participar dos assuntos públicos. Criou-se a noção de que a liberdade não reside na esfera pública, mas na vida particular de cada indivíduo. O indivíduo particular derrotou o cidadão, fazendo desaparecer o gosto pela liberdade política (ARENDR, 1990, p. 112). É flagrante a falta de interesse da grande maioria da população, no que tange aos assuntos políticos. Para Arendt (1990, p. 221), e é difícil discordar dela, o problema reside na inexistência de um espaço público autêntico ao qual os cidadãos tenham acesso verdadeiro, ou seja, a política se tornou uma profissão. E ao cidadão falta o requisito básico para sua existência: a participação nos negócios públicos. Arendt lembra as palavras de Jefferson, “[...] ‘Ame ao seu próximo como a si mesmo, e a seu país mais do que a si próprio’ [...].” (*apud* ARENDR, 1990, p. 202), como uma advertência quanto à necessidade de se garantir ao povo um espaço público mais amplo do que apenas o voto e maiores oportunidades de se fazer ouvir do que apenas aquela concedida no dia das eleições, isto é, de nada vale conferir poder ao povo se cada indivíduo não tiver oportunidade de agir como cidadão. Isso, segundo Jefferson, só seria possível se a nação se fizesse presente no cotidiano do indivíduo, por meio da participação de cada um no governo, na gestão pública. Apenas um sistema de conselhos, pensa Arendt, permitiria esse tipo de participação política, e isso, como já delineado, infelizmente ficou sepultado com as revoluções do século XX. Os conselhos populares<sup>26</sup> são espaços de ação política genuínos, pois são gerados

---

<sup>26</sup> Em função das inúmeras dificuldades de se implantar um sistema de conselhos pode-se pensar num sistema representativo, isto é, por que o tipo de ação política que Arendt defende não pode estar presente numa democracia representativa? Para Arendt, o sistema representativo está embasado na idéia equivocada de que o objetivo do governo é o bem-estar do povo, portanto a essência da política não é a ação mas a administração, isto é, o sistema representativo serve mais à necessidade de uma administração pública do que à de preservação da ação política. No sistema representativo, o cidadão não tem suas opiniões e ações levadas em conta, somente seus interesses ou bem-estar podem ser

espontaneamente e tem como objetivo exercer e resguardar a liberdade pública. Assim, o cidadão é aquele que apóia e participa continuamente de todos os assuntos de interesse público.

### **3 COMPROMISSO E VÍNCULO DO CIDADÃO**

No texto intitulado *Desobediência Civil*, que compõe o livro *Crises da República*, Arendt apresenta aquilo que chama de versão horizontal do contrato social. A versão horizontal do contrato social ou consentimento é o que proporciona a aliança entre todos os membros da *societas* e os leva, após permanecerem mutuamente comprometidos, a fazer um contrato de governo. Arendt chama de versão horizontal do contrato social a idéia de contrato social de Locke<sup>27</sup>, em oposição àquilo que chama de versão vertical do contrato social, que é a idéia de contrato social de Hobbes<sup>28</sup>. Para ela, a versão lockeana do contrato social tem a vantagem de que o tipo de reciprocidade em que se apóiam os participantes do contrato une cada um dos membros a um companheiro cidadão; assim, o que une o povo nesta forma de governo são as promessas mútuas estabelecidas entre cada um dos cidadãos, independentemente da homogeneidade étnica, como no Estado-Nação, ou da intimidação, como no *Leviatã*, de Hobbes. A promessa pode ser compreendida como o compromisso moral do cidadão e como o conteúdo moral do consentimento ou acordo. Esse compromisso consiste no dever de manter a promessa feita e é inerente à própria promessa. O futuro é imprevisível e incerto, a faculdade de prometer e cumprir as promessas confere um pouco de estabilidade para o mundo. Essa faculdade, conforme Arendt explica no texto *A Condição Humana* (2010, p. 296), só faz sentido no mundo comum, na presença de outros indivíduos, porque, no isolamento, não tem realidade, não faz sentido algum. Para Arendt (2004, p. 83), o consentimento depende de uma pluralidade de pelo menos dois indivíduos desejosos de unirem-se em associação. Essa associação, firmada no

---

representados – quando o são. Para Arendt, quanto às opiniões, o máximo que um representante pode fazer é tentar agir como seus representados agiriam. Já nas questões de bem-estar e interesse, que podem ser determinadas objetivamente, os representantes podem realizar os anseios de alguns, mas sempre em detrimento dos anseios de outros. O tráfico de influência, as pressões e o *lobby* determinam qual grupo terá seus desejos atendidos. O representante age ou por interesse privado ou por coerção mais do que por ação e deliberação conjunta. Arendt pensa que os partidos políticos são os instrumentos que reduzem e controlam o poder do povo (ARENDR, 1990, p. 214 a 219). Os governos representativos, segundo ela, estão em crise porque perderam as práticas que permitiam o envolvimento dos cidadãos, além de terem se tornado altamente burocratizados e representarem apenas os interesses dos partidos (ARENDR, 2004, p. 79).

<sup>27</sup> Para Locke, o contrato limita o poder de cada indivíduo membro da sociedade, mas deixa intacto o poder da sociedade. Essa sociedade estabelece um governo a partir desse contrato original entre cada indivíduo independente (ARENDR, 2004, p. 77).

<sup>28</sup> Para Hobbes, os indivíduos celebram um acordo com a autoridade secular para garantir sua segurança, abdicando de todo seu poder e direitos em favor dessa segurança (ARENDR, 2004, p. 77).

princípio do consentimento, que, por sua vez, tem por base a promessa mútua, implica também uma pluralidade indissolúvel que assume a forma de uma união duradoura. Portanto nas palavras de Arendt:

O único compromisso que eu como cidadão tenho o dever de assumir é fazer e manter promessas. Promessa é o modo exclusivamente humano de ordenar o futuro, tornando-o previsível e seguro até onde seja humanamente possível. [...] (ARENDDT, 2004, p. 82).

Assim, o “bom cidadão” é aquele ao qual se aplica a conhecida frase de Maquiavel: “[...] Eu amo a minha cidade natal mais que a minha própria alma. [...]” (*apud* ARENDT, 2004, p. 59). O bom cidadão não é o indivíduo particular que possui uma consciência apurada e que a ela recorre para solucionar as situações de conflito, ou seja, não se trata do “bom homem”. O bom cidadão é aquele que possui o “espírito” público, que tem compromisso com a república – com a coisa pública – e com o bem comum. Todavia, esse compromisso de cada um dos cidadãos com a coisa pública não pode ficar restrito apenas à relação bilateral entre o indivíduo e o Estado, mas deve estar embasada numa relação entre os indivíduos entre si, isto é, entre os cidadãos. Conforme Cristina Sánchez Muñoz, no texto *Hannah Arendt: El espacio de la política*, esse vínculo, para a construção do espaço público, deve estar além dos chamados motivos naturais à criação das comunidades, isto é, deve estar além dos laços de sangue, tradição, religião, costumes, etc. Para Muñoz (2003, p. 224), um dos vínculos que une todos os cidadãos – na esfera pública, nas comunidades políticas – como Aristóteles já apresentou, é a amizade – a *philia*. A amizade é o respeito que cada um nutre para com o outro, é o respeito mútuo. Outro vínculo é a solidariedade.

[...] la *solidaridad*. Esta crea “una comunidad de intereses con los oprimidos y explotados”. Ese interés común es la dignidad humana, es decir, la consideración de cada persona como perteneciente a la especie humana y con los mismos derechos. A diferencia de la compasión, que es un sentimiento, la solidaridad participa de la razón, y ello le permite ir más allá de la singularidad de la compasión. Si ésta sólo puede ir a lo particular, al co-padecimiento con una persona, la solidaridad, por el contrario, implica la generalidad de la razón, y “es capaz de abarcar conceptualmente una multitud, no sólo la multitud de una clase, una nación o un pueblo, sino llegado el caso, de toda la humanidad.” (MUÑOZ, 2003, p. 224).

Arendt, no texto *Karl Jaspers: cidadão do mundo?*, diz que é possível pensar que a solidariedade do gênero humano somente será positiva se estiver integrada à responsabilidade política. Contudo, essa exigência de responsabilidade

pode levar o cidadão ao afastamento e à apatia política, uma vez que torna possível a presunção de que, assumindo responsabilidade política, o cidadão passaria a ser responsabilizado por todos os atos de seu governo – o que, evidentemente, não é o caso. A solidariedade, a unidade do gênero humano, segundo Arendt, vem sendo construída através de um viés negativo; por exemplo, há algum tempo a solidariedade mundial fixa sua base no receio da destruição de toda vida humana na terra<sup>29</sup>. A possibilidade dessa destruição é decorrente do desenvolvimento tecnológico, que colocou nas mãos do homem potentes mecanismos bélicos e armas de destruição em massa. Assim, recorrendo a Jaspers, Arendt pensa que é necessário buscar algo diferente da capacidade de destruição do homem para garantir a solidariedade entre o gênero humano. Seria preciso construir um “[...] processo de entendimento mútuo e progressivo auto-esclarecimento [...]” (ARENDR, 1991, p. 102) para evitar o ódio recíproco de um Estado contra outro, de uma nacionalidade contra outra, de um “cidadão” contra outro. A fundamentação filosófica dessa unidade do gênero humano estaria na “comunicação ilimitada”. O termo “comunicação ilimitada”, comum nas obras de Jaspers, significa, nas palavras de Arendt:

[...] ao mesmo tempo a fé na compreensibilidade de todas as verdades e a disposição para revelar e para ouvir como condição primeira de toda e qualquer relação humana [...]. O ponto importante é que aqui, pela primeira vez, a comunicação não é concebida como “expressão” dos pensamentos, necessariamente secundária em relação aos pensamentos em si. É a própria verdade que é comunicativa, que desaparece e não pode ser concebida fora da comunicação; no domínio do “existencial”, verdade e comunicação são uma e a mesma coisa. “A verdade é aquilo que nos liga uns aos outros. [...]” (ARENDR, 1991, p. 104).

Segundo Arendt, Jaspers estabeleceu uma nova origem e meta da história, distinguindo-se da filosofia cristã da história, que estabelece Cristo como o centro da história universal, e de outras que estabelecem uma pluralidade de começos e fins. Ambas concepções são determinadas a partir de um local específico e de um povo específico, e pretendem impor suas concepções aos demais, fazendo surgir uma aparente unidade do gênero humano. Para Arendt (1991, p. 106), Jaspers teria descoberto um novo elo de compreensão histórica para todas as nações no século V a.C., envolvendo China (Confúcio e Lao-Tsé), Índia (Upanishads e Buda), Pérsia (Zaratustra), Palestina (profetas) e Grécia (Homero, os trágicos e os filósofos). Nenhum dos acontecimentos, em cada uma dessas regiões, tem ligação entre si e todos constituíram origem das grandes civilizações. Contudo, essas origens

---

<sup>29</sup> Arendt, à época do texto – 1957 – tinha em mente o evento da Bomba Atômica e a Guerra Fria. Contudo, até hoje essa possibilidade continua presente e é motivo de contínuos conflitos mundiais.

compartilham algo inteiramente excepcional, a saber, a diversidade de identidades. Cada uma dessas civilizações, a seu modo e a seu tempo, criou uma identidade singular: a) as mitologias foram deixadas de lado ou serviram de base para as grandes religiões; b) a filosofia surge com suas perguntas – o homem descobre o Ser, o seu próprio Ser, o pensamento e a consciência; c) novas formas de vida individual e social foram concebidas – o sábio, o profeta, o eremita. Para Jaspers, todas as categorias principais do pensamento e todos os princípios basilares das crenças humanas posteriores a esses acontecimentos foram criados nesse período e por essas civilizações. Assim, Jaspers considera, mesmo que não definitivamente, que essas civilizações formam a base da unidade histórica da humanidade. As diferentes origens e identidades precisariam, então, de um sistema de comunicação para que pudessem se revelar. Esse sistema de comunicação forneceria uma nova unidade ao gênero humano – não mais o medo de destruição. Para Arendt, para se entrar nessa história universal da humanidade, os países deveriam permanecer tão somente àquilo que são – preservando suas identidades. Um Estado mundial, isto é, um império mundial uniformizado, seria monstruoso e sua criação não garantiria a cidadania e a solidariedade entre os povos. O respeito à diversidade de identidades – uma vez que identidade não significa uniformidade entre todos – poderia fundamentar a cidadania e a solidariedade. Assim, o que une o gênero humano é a “vontade de comunicação ilimitada” que, por sua vez, leva à compreensão entre todos, isto é, à solidariedade.

[...] O laço que une os homens entre si é, subjetivamente, a “vontade de comunicação ilimitada” e, objetivamente, o facto da compreensibilidade universal. A unidade do gênero humano e a sua solidariedade não podem consistir num acordo universal em torno de uma religião, ou de uma filosofia, ou de uma forma de governo, mas sim na fé em que o múltiplo aponta para uma Unidade que a diversidade ao mesmo tempo oculta e revela. (ARENDR, 1991, p. 109).

## CONCLUSÃO

Das reflexões aqui expostas pode-se inferir que cidadania, para Arendt, é o direito a ter direitos, cabendo ao cidadão a tarefa de participar dos negócios públicos, ou seja, é cidadão aquele que, e somente aquele que, tem participação política. Contudo, mais do que a preocupação com a glorificação do cidadão e da cidadania, o objetivo que se buscou aqui alcançar foi o de demonstrar que a idéia de cidadania enquanto participação política, quase uma redundância, está distante do cotidiano dos indivíduos da comunidade humana e esta distância não decorre da falta de algum talento intrínseco da parte dos indivíduos, tampouco de má vontade ou do desprezo pela condição humana. A distância foi criada a partir do momento em que o oposto do cidadão ocupou o lugar que cabia, no mundo, ao cidadão; o *homem-de-*

*massa* prosperou, o cidadão não. Arendt caracteriza a sociedade contemporânea por essa perda de envolvimento do cidadão com a esfera pública<sup>30</sup>. Os indivíduos foram atomizados, isolados, abandonados, isto é, perderam o mundo comum. E é neste mundo comum que poderiam apresentar suas opiniões, confrontá-las com as opiniões dos demais, manifestar sua singularidade, buscando um compartilhamento do mundo que é plural. O homem-de-massa jamais participaria do mundo comum. Nas palavras de Arendt:

[...] As massas não se unem pela consciência de um interesse comum e falta-lhes aquela específica articulação de classes que se expressa em objetivos determinados, limitados e atingíveis. O termo massa só se aplica quando lidamos com pessoas que, simplesmente devido ao seu número, ou à sua indiferença, ou a uma mistura de ambos, não se podem integrar numa organização baseada no interesse comum, seja partido político, organização profissional ou sindicato de trabalhadores. Potencialmente, as massas existem em qualquer país e constituem a maioria das pessoas neutras e politicamente indiferentes, que nunca se filiam a um partido e raramente exercem o poder de voto. (ARENDR, 1997, p. 361).

A indiferença diante dos negócios públicos e, portanto, o não-envolvimento do “cidadão” com a ação política, com a esfera pública, talvez seja o maior problema que a humanidade enfrenta. O século XX mostrou claramente o que a apatia política e o crescimento do *homem-de-massa* pode fazer com povos inteiros. O século XXI parece repetir os mesmos erros. Para Arendt, as liberdades democráticas baseiam-se na igualdade de todos os cidadãos; contudo, essas liberdades só adquirem sentido e funcionamento quando cada um dos cidadãos assumir seu papel nos múltiplos espaços públicos. Como efetivar essas liberdades se alguns indivíduos não têm qualificação de cidadãos em virtude de não “pertencerem” a qualquer Estado-Nação? Como haver igualdade, mesmo em um Estado-Nação, se suas leis muitas vezes são aplicadas de modo distinto conforme o extrato social do indivíduo? Como assumir papel em espaços públicos se alguns espaços são “públicos” apenas para indivíduos com determinadas qualificações, estando vedados a indivíduos que não possuam essas qualificações? Como falar em respeito e tolerância quando o “outro” é tão diferente que sequer lhe reconhecem a existência?

Pode-se concluir, com Hannah Arendt, que cidadania é o direito a ter direitos, sem necessidade de ser nacional, no sentido de vinculação, por nascimento

---

<sup>30</sup> Importante ressaltar que esse distanciamento entre o indivíduo e a esfera pública não é exclusividade da contemporaneidade, uma vez que, desde Platão, a filosofia se distanciou da política. A filosofia passou a se preocupar somente com questões eternas, imutáveis e com a verdade como algo acima da transitoriedade mundana. Esse conflito gerou a irreconciliável distinção entre um modo de vida contemplativo (quietude) e um modo de vida ativo (esfera dos assuntos humanos) (Cf. MULLER, 2000, p. 271-280).

ou por naturalização, a um Estado. Ser cidadão é participar politicamente, é pactuar e cumprir os pactos, é ter direitos *per se*. Os direitos não são do Estado, que os “daria” aos indivíduos. Os direitos são do Homem. Cidadania reúne liberdade pública e participação política, ao mesmo tempo em que exige igualdade e prática de solidariedade entre os membros da comunidade.

## REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo. Revisão e apresentação de Adriano Correia. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Crises da república*. Tradução: José Volkmann. 2. ed., 1. reimpressão. São Paulo: Perspectiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de José Rubens Soqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Origens do Totalitarismo: Anti-Semitismo, Imperialismo, Totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. 2ª. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Homens em tempos sombrios*. Tradução de Ana Luísa Faria. Lisboa: Relógio D'Água, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Da Revolução*. Tradução de Fernando Dídimo Vieira. 2. ed. São Paulo: Editora Ática. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 5ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- MÜLLER, Maria Cristina. La ciudadanía como participación política. In: RIUTORT, Bernat (Coord.). *Indagaciones sobre la ciudadanía: transformaciones em la era global*. Barcelona: Icaria, 2007.
- \_\_\_\_\_. Hannah Arendt: o resgate da política. Parte III: o conceito comunicativo de poder em Hannah Arendt. *Crítica – Revista de Filosofia*, Londrina, v.7, n. 25, p. 11-45, abr./set., 2002.
- \_\_\_\_\_. Hannah Arendt: o resgate da política. Parte I: o conceito de ação. *Crítica – Revista de Filosofia*, Londrina, v. 5, n. 19, p. 271-280, abr./jun., 2000.
- MUÑOZ, Cristina Sánchez. *Hannah Arendt: el espacio de la política*. Prólogo de Javier Muguerza. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- YOUNG-BRUEHL, Elizabeth. *Por amor ao mundo: a vida e a obra de Hannah Arendt*. Tradução de Antônio Trânsito; Copidesque e preparação dos originais de Ari Roitman; Revisão técnica de Eduardo Jardim de Moraes. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997.

---

# LOS ABOGADOS Y LOS JUECES: UNA RELACIÓN DE COMPLEMENTARIEDAD

---

**Edwin Figueroa Gutarra<sup>1</sup>**

Tuve la grata oportunidad de conocer al Dr. Melitón Torres Tovar, fallecido hace poco, con ocasión de una visita a la ciudad de Arequipa poco antes del inicio de esta nueva centuria, y quedé gratamente impresionado, en el fragor de la conversación, por su cultura enciclopédica, su amor al Derecho, y la prestancia con la que hablaba del ejercicio de la abogacía.

Para un abogado novel como yo, con pocos años de ejercicio aún en la defensa libre, el intercambio de ideas con un maestro en Derecho, significaba aportes y contribuciones de relevancia a mi carrera. En perspectiva, se trataba del abogado joven que escuchaba a quien ya había trasegado muchos lustros por el mundo del Derecho, y sobre todo, me daba la oportunidad de apreciar la palabra de la experiencia, la versación y el conocimiento de nuestra querida profesión, la cual enarbola como lema la defensa de causas justas.

Estas tertulias de valor, no podemos negarlo, tienen siempre un efecto formativo, y trascienden el magisterio del ejercicio de vida que la abogacía representa. Es admiración para el abogado joven apreciar cuánto ha acumulado el abogado de experiencia en el devenir de muchas defensas, casos y controversias en el curso de una vasta vinculación profesional con el Derecho. Mientras el abogado joven se apresta a abrir el libro de la experiencia de vida profesional, el abogado experimentado ha marcado notas y en gran número en el mismo, ha señalado cuáles son los capítulos de interés que más le atraen y está en condiciones de fijar el derrotero que debe marcar la profesión.

Los años de experiencia posteriores a esas aleccionadoras charlas con el Dr. Melitón Torres me permitieron convertirme en juez, y a partir de esta otra faceta de vida, con algunos lustros de experiencia en el ámbito de la jurisdicción, es que me permito realizar un contraste de interés entre el significado de la carrera como abogado libre, y la expresión profundamente material que involucra ser juez.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Ex becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID.

Pues bien, pretendo esbozar como breve idea referencial de este artículo la estrecha complementariedad de vinculación que implican estas categorías, y dado que el sentido de esta colaboración se asocia a los derechos humanos, rescato como concepto el derecho a la defensa que prevé la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8, referido a las garantías judiciales, así como la eficacia y presteza que implica la protección judicial, premisa contemplada por el artículo 25 del mismo instrumento normativo. Ambas premisas del sistema interamericano identifican estrechamente la importancia de la defensa en relación a los derechos humanos, así como la relevancia de la tarea del juez en el cumplimiento de las funciones que el Estado le ha encomendado. Así, las garantías permiten la protección, ésta existe gracias a aquella, y abogados y jueces desarrollan deberes de trascendencia en relación a estos valores.

Las labores del abogado y del juez presentan diferencias ostensibles y a su vez comparten experiencias mutuas en el arduo camino del Derecho. Aquel, como enuncia Ricardo Guastini, vincula su labor a las tareas de valoración, elección y decisión en cuanto a los argumentos con los cuales va a construir su defensa, así como el juez aporta un examen cognitivo racional al ponerse en el plano de valoración de la prueba. Aquel va a construir con tesón su teoría del caso y va a considerar la relevancia de los argumentos de defensa en beneficio de su patrocinado, va a marcar con apasionamiento las razones por las cuales debe prosperar su posición; éste, debe realizar un examen frío del caso conociendo bien las leyes de la probabilidad, constituyéndose en un especie de jugador racional.

El abogado está autorizado a expresar sus emociones desde la defensa de un ideal sublime. Su defensa en la causa que patrocina podrá significar la exteriorización de los sentimientos más nobles para alcanzar la meta de la consecución de un derecho en el cual cree, en el cual deposita sus esfuerzos, y para el cual argumenta desde una dimensión pragmática, es decir, de persuasión de sus planteamientos.

El juez, por naturaleza y en ejercicio de su deber de imparcialidad, está obligado a ser cauteloso, si queremos decirlo así, en su análisis cognitivo racional. Mientras que la tarea del abogado genera huracanes argumentativos y sus picos justificativos se entrecruzan cual vendaval necesario, al juzgador le corresponde analizar la pretensión desde una posición de aguas calmas. El juez podrá estar imbuido de valores determinados, quizá acuse una idiosincrasia que linde con una posición adelantada, quizá lo invadan prejuicios y sospechas en relación a determinada materia, pero es su deber impostergable excluir este contexto de conceptos de su argumentación, para ceñirse a aportar razones jurídicas objetivas, debidamente verificables desde un ámbito de justificación racional y sin perder la perspectiva de la razonabilidad y proporcionalidad que constituyen esencias subyacentes en los derechos fundamentales.

El abogado puede justificar sus argumentos de defensa desde las dimensiones formal y material de sus razones, pero hará énfasis en un rol persuasivo de su posición. El juez no puede sino asumir que su posición tiene que vincularse a una justificación formal y material, pues antes que convencer desde la persuasión, su meta es desarrollar un análisis basado en la razón, y a lo sumo, lograr consensos en la decisión jurisdiccional,<sup>2</sup> es decir, acercarse lo más posible a alcanzar la paz social. El consenso reside así en la aceptabilidad de su decisión, y de esa forma, si la decisión jurídica fuere favorable a la pretensión, se cumplió un deber de pronunciamiento en el marco del Estado de Derecho. De la misma forma, si se disocia de la pretensión, corresponde justificar por qué no coincide con los planteamientos de la demanda mas en esencia, es su tarea decidir en el mismo sentido de la ley y la justicia.

El abogado, de otro lado, desarrolla un rol en función de un interés tasado- la defensa de su patrocinado- mas el sistema no le impide renunciar a la defensa cuando aprecia un conflicto ineludible de intereses, aspecto que materializa su apartamiento del caso. Así, el derecho de defensa es irrestricto, más aún en su vertiente de derecho humano, y sin embargo, es potestad del abogado la renuncia a la defensa, bajo el eje de otro derecho fundamental: el derecho a la libertad de trabajo.

El juez, en cambio, no puede renunciar a su obligación taxativa de resolver el caso concreto. Las controversias pueden ser complejas, presentar antinomias que conduzcan a contradicciones aparentemente insalvables, o vacíos que hipotéticamente no pueda resolver el Derecho, y sin embargo, es deber del juez aplicar principios que resuelvan esas inconsistencias del proceso, así como es su función, igualmente, llenar los vacíos de la ley a través de fórmulas de autointegración o heterointegración, mecanismos a través de los cuales el juzgador encuentra respuestas dentro del Derecho o fuera del mismo, mas no puede existir caso irresuelto. Todos los casos demandan ser solucionados con el mayor grado de legitimidad posible.

De otro lado, el abogado ejerce una función más cercana a la persuasión, es decir, a la propia retórica, la misma que desde Aristóteles expresa la consolidación de un argumento que pretende convencer. En efecto, el abogado debe convencer al juez de la viabilidad de sus pretensiones. Su misión es exponer el caso a través de una demanda, o por medio de sus alegatos orales, y demostrar con convencimiento que su posición procede. Su palabra hablada significa una dimensión especial de su argumentación en tanto transmite el contexto de su causa, la trasciende y pretende imponer la verdad que abraza la defensa.

---

<sup>2</sup> PINTORE, Anna. *Consenso y verdad en la jurisprudencia*. Ponencia 20° Congreso de la Sociedad Italiana de Filosofía Jurídica y Política. Verona, octubre de 1996.

Nos es de suyo muy difícil imaginar un abogado que no crea en la procedencia de su causa. En esa situación, el caso denota haberse perdido desde antes de su mismo inicio. El abogado que no cree en los planteamientos conceptuales de su defensa no solo lesiona los intereses de su patrocinio, sino que ejerce una labor sin norte, acaso quizá solo validada por un honorario que bajo esta pauta, ya no es tampoco legítimo en relación de correspondencia con la defensa que le es propia realizar.

El juez, por el contrario, tendrá, antes que buscar la verdad en el proceso, acercar su decisión, como señalamos *supra*, a fórmulas de consenso. Ciertamente los hechos del caso ya ocurrieron, la prueba solo es una versión referencial de algo que ocurrió y los hechos son de alguna forma irrepitibles. Por tanto, el acercamiento a la solución del conflicto, pasa por una tarea de lograr una solución posible que busque el consenso desde una perspectiva axiológica. Aquí enfatizamos la legitimidad del fallo judicial. Podrá acaso una de las partes no convenir con los fundamentos propios de la decisión, mas no podrá negarse que existió un pronunciamiento luego de respetarse los lineamientos motrices del *due process of law* y de la tutela jurisdiccional efectiva.

Nos explicamos: el juez no ha de conciliar necesariamente los intereses de las partes. El juicio existe precisamente porque hay divergencia de intereses y algunos de ellos deben ceder frente a la importancia de los otros. Si ocurre una controversia, advirtamos que uno de los propósitos ulteriores del conflicto, al margen de la posición del juzgador, es, también, la búsqueda de la paz social.

Mas esta metapremisa no siempre acaece. Las partes tienden a expresar, muchas veces, posiciones irreductibles y ellas se traducen en una ausencia de conciliación, en la carencia del ánimo de transigir. Entonces, el juez busca acercar a las partes a una solución que va a gozar de legitimidad, pues la decisión que pone fin al conflicto, fuere la que fuere, es expedida por un funcionario público habilitado por el Estado para ese efecto.

Partimos así de una premisa de constitucionalidad de la labor jurisdiccional frente a la cual la prueba en contrario o la contrariedad el fallo con la ley y la Constitución, solo en caso de existir, son las únicas formas de desvirtuar el fallo judicial que es objeto de cuestionamiento impugnatorio.

Esta afirmación es de suyo importante: la legitimidad del fallo judicial es una concepción *ex ante*, es decir, asumimos de inicio que una decisión se inscribe dentro del respeto por la ley y la Constitución. Se trata de una presunción de entrada: acudimos a un juicio y por tanto, presumimos la independencia e imparcialidad del juzgador, condiciones indispensables en todo Estado de Derecho para el ejercicio, realización y respeto de los derechos fundamentales.

De esa forma, la demostración de la contrariedad a Derecho de una decisión jurídica es una tarea *ex post*, pues si existe afectación a derechos fundamentales en la decisión del juzgador, es propio advertir esa incongruencia por parte de quien ejerce el derecho a impugnar la decisión jurídica, es decir, una vez emitido el fallo; o bien del órgano que desarrolla la función de revisión del fallo, una vez que se materializa la doble instancia.

Desde otro ángulo de análisis, la defensa letrada plena significa una consecución de la idea de *democracia material*. Si aludimos a una noción de *democracia formal*, podemos advertir solo un conjunto de normas positivas que hacen posible la existencia de un Estado de Derecho y un conjunto de órganos habilitados para la realización de las funciones del Estado.

Sin embargo, no necesitan los abogados solo una existencia semántica de la democracia, sino que los derechos que ella defiende, se ejerzan realmente, y que se materialice esa primera noción importante del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Ella reside en que si existe un derecho que deba ser reconocido por la jurisdicción, debe entonces materializarse ese reconocimiento, pues así corresponde a la naturaleza de un derecho que debe realizarse. Así no basta afirmar “tengo un derecho”, sino “tengo derecho a que el juez reconozca ese derecho”. Y para ello, es precisamente el abogado quien ha de satisfacer la exigencia probatoria y suficiencia legal además de constitucional del caso que defiende, para que a continuación el juzgador haga el reconocimiento efectivo y material de ese derecho.

Los jueces, en un segundo estadio de la *democracia material*, consuman una segunda fase de la tutela jurisdiccional efectiva, en cuanto asumen el rol de que es otra expresión de ese derecho que si un ciudadano persigue el reconocimiento de un derecho y sin embargo, no lo tiene, o no lo demuestra o prueba, el Estado se irroga la facultad, a través de sus jueces, de denegar esa petición, mas fundando en derecho y en la Constitución, una respuesta eventualmente negativa a ese requerimiento de tutela.

Esta artificiosa división del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva ostenta una justificación. Son los abogados quienes persiguen de inicio el reconocimiento del derecho y precisamente la tutela jurisdiccional es la expresión de un derecho justo y así lo reconoce el derecho continental europeo. Bajo esa reflexión, ésta es la faz positiva del derecho en mención.

Y sin embargo, no es tarea solo lo de los jueces reconocer la justicia del derecho perseguido, caso en el cual los jueces comparten esa faz positiva de este derecho, sino les corresponde asumir, también, la faz negativa de ese derecho. De esa forma, si un ciudadano no logra demostrar, acreditar y probar cuanto alega, es obligación del Estado, dentro de los lineamientos del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, responder dentro de la ley y la Constitución, fijando posición respecto a por

qué no reconoce ese derecho. Esta respuesta exige un rango adecuado de motivación y constituye tarea ineludible del juzgador expresarlo así.

Desde estas reflexiones, la *democracia material* constituye una consecución relevante del Estado de Derecho y su exigencia parte de imperativos éticos: las sociedades evolucionan bajo claves de progresividad y no de regresividad. Los derechos merecen mayor reconocimiento y se instalan en los ordenamientos jurídicos para aferrarse a ellos.

Los derechos ya no son solamente subjetivos desde la filosofía de un Estado utilitarista sino que evolucionan y avanzan a un grado de derechos públicos subjetivos, añadiéndose el *nomen* “públicos”, precisamente para destacar el rol que se vincula al otorgamiento de tutela desde el deber que le asiste al Estado de conformar la jurisdicción. Por último, esos derechos públicos subjetivos avanzan con el siglo XX y sus complejas experiencias para convertirse en verdaderos derechos fundamentales.

Hasta aquí hemos reseñado algunas de las funciones, entre muchas, que diferencian las tareas de abogados y jueces. Esas diferencias son notables: uno propone, el otro debe decidir solo desde la perspectiva de la ley y la Constitución. Uno está facultado para expresar sus emociones, sentimientos y percepciones en la defensa de su causa, el otro debe circunscribirse a un rol cognitivo racional, pues la única forma de resolver con arreglo a la naturaleza material de una causa, es precisamente despejarse de la parcialización con una de las posiciones en la controversia, y recurrir a decidir de acuerdo a ley y en sentido de justicia.

Frente a ello, entonces, ¿cuáles roles entre abogados y jueces pueden revestir un escenario de complementariedad? ¿Dónde comulgan, también podríamos decir, las funciones de la defensa letrada como la del juez?

Permítasenos decir que una primera función compartida, es desbrozar el camino, muchas veces plagado de vaguedades y ambigüedades que la realidad y el Derecho, múltiples veces representan. En efecto, si las relaciones humanas son muchas veces complejas en su interacción, si tantas otras veces un gesto, palabra o expresión son potencialmente susceptibles de no merecer una interpretación clara o de adolecer de múltiples lecturas, pues interpretar es encontrar un significado. Pensemos, en esta perspectiva, en lo todavía más complejo que un problema puede resultar si es la propia norma o regla- fuente de un posible derecho- la que resulta vaga o ambigua y así suscita un problema con relevancia legal.

Desbrozar el camino puede ser una alegoría plenamente aplicable al caso Bomham, en la Inglaterra de 1610, cuando el juez Edward Coke tuvo que asumir la

difícil tarea de aclararle al Rey Jacobo I, en su propio fallo, que no podía interferir al propio soberano en la función judicial.<sup>3</sup>

La decisión es asumida y considerada como uno de los fallos pioneros pretendiendo señalar los primeros lineamientos de la jurisdicción constitucional, dado que resulta meridianamente cierto que al Rey le compete decidir en los asuntos del Reino, así como al Juez en los asuntos que son exigibles respecto de un pronunciamiento con trascendencia jurídica. Una y otra tarea se diferencian y no se deben entrecruzar bajo interferencias, en razón de que ello desvirtúa la naturaleza de la decisión.

El Rey Jacobo I de alguna manera pretendió influir en la decisión del juez en relación a no revertir el encarcelamiento sufrido por el médico Bonham tras seguir ejerciendo la medicina en Londres, luego que su licencia le fuera cancelada por el Colegio Médico de la localidad. Sin embargo, a pesar del poder del Rey, el juez fijó el camino, con valentía, para propugnar un esbozo de la necesaria separación de poderes que caracteriza al Estado contemporáneo.

1610, notémoslo así, fue un año incluso anterior a la Revolución francesa de 1789 en que cae el poder del Rey Luis XVI de Francia; es un período anterior incluso a la famosa Bill of Rights de 1689 de Inglaterra, documento que marcó la imposición del parlamento sobre el príncipe Guillermo de Orange para suceder al Rey Jacobo II.

En cierta forma, entonces, el poder del Rey era representativo y sin embargo, un juez disiente del poder del soberano y traza los primeros esbozos de la denominada jurisdicción constitucional como un camino necesario para definir la separación de poderes, en tanto solo los jueces juzgan y solo el mandatario decide en cuestiones de su competencia.

Esta afirmación es de suyo importante. Abogados y jueces comparten roles de trazado de los derechos al iniciarse un conflicto. Si bien usualmente la decisión del juez es de correspondencia con el planteamiento de una pretensión, o mejor dicho aún, no hay sentencia efectiva sin demanda previa, es el abogado quien configura cómo puede materializarse, en el marco de la ley y la justicia, el derecho respecto al caso que le ocupa analizar.

---

<sup>3</sup> Caso Bonham vs. Henry Atkins. Sentencia emitida por el juez Lord Edward Coke . 1610 “ *es verdad que Dios ha dotado a su Majestad de excelente ciencia y grandes dotes naturales, pero su Majestad no es docto en las leyes de su reino, y los juicios que conciernen a la vida, la herencia(...) no deben decidirse por la razón natural, sino por la razón y los juicios artificiales del derecho, el cual es un arte que requiere largo estudio y experiencia, antes de que un hombre pueda llegar a dominarlo, el derecho es la vara de oro de la virtud y la medida para sentenciar las causas de sus súbditos*” Vid GARCIA TOMA, Victor. *Teoría del Estado Constitucional*. Palestra-Lima 2005. p. 518 a 583.

Si la pretensión ostenta esbozos de una posición jurisprudencial previa o bien la normativa ya es reiterada en la concesión de ese derecho en discusión, entonces eso facilita ciertamente el fallo. Aquí hablamos de uniformidad y de predictibilidad como conceptos sucedáneos de la universalidad y el consecuencialismo de la decisión judicial; y sin embargo, los casos nuevos, más aún si sin trágicos en cuanto se refieren a dilemas morales, demandan configurar nuevas rutas de reflexión en la controversia, exigiendo un replanteamiento de los esquemas jurídicos existentes.

En esa tarea abogados y jueces comparten roles decisivos. El abogado ha de posicionarse en un estudio profundo, detallado y minucioso de los hechos del caso para procurar contrastarlos con los derechos que eventualmente puedan asistirle a la parte que defiende. Esta es una especie de regla usual de trabajo en la defensa. Pero ¿y si la pretensión no encuentra amparo en norma legal alguna ni en la jurisprudencia? Pues no existe otra alternativa que perseguir la construcción de los fundamentos de la pretensión, de sentar las bases conceptuales de que los vacíos y lagunas en el Derecho, aun siendo graves, exigen un pronunciamiento del juez.

Es así que se consolidan, desde esta perspectiva de análisis y porque se parte del fundamento axiológico de una demanda, o bien nuevos derechos fundamentales, como el derecho a la verdad, o bien se produce la reafirmación ética del derecho a la dignidad, y se revierten situaciones de manifiesta lesión a los derechos en perjuicio de los ciudadanos. En ese orden de ideas, abogados y jueces trabajan juntos para la realización de los derechos de la persona y para la materialización del Estado constitucional, ente que solo puede ser leída desde una perspectiva de plasmación de los derechos fundamentales.

También comparten abogados y jueces la consecución real del principio de interdicción de la arbitrariedad en un Estado constitucional de Derecho. De esa forma, si bien es un enunciado axiológico de la abogacía la expresión "*Orabunt causas melius*" (Defendamos causas justas), observemos que un importante número de pretensiones precisamente parte de excesos, desproporción y abuso respecto a los derechos de los ciudadanos.

Así, se genera un necesario escenario de respuesta cuando el ciudadano es detenido arbitrariamente; se demanda una posición ineludible del juez cuando una persona sufre desaparición forzada; se exige una toma de posición indispensable del juzgador cuando se produce un crimen de lesa humanidad bajo la sombra de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil. En esos y en muchos otros casos, los abogados son los primeros en ser llamados para conocer de la arbitrariedad y en su caso, para ejercer la defensa de los derechos conculcados.

El juez asume aquí un rol de conocedor del conflicto y se obliga a una pronta respuesta, más aun si de por medio se encuentra la exigencia de una tutela

urgente por parte del Estado. La interdicción de la arbitrariedad se convierte así en un basamento de acción del Estado y exige un cese de los actos que dan lugar a esa manifestación de inequidad en agravio de los ciudadanos. Notemos así que, en muchos de estos casos, si no hay denuncia de afectación del derecho por parte del abogado, o bien se produce la irreparabilidad de la agresión, o bien se perpetúa en el tiempo y se mantiene un estado de cosas en perjuicio de los derechos de la persona, entonces, es urgente la acción del abogado y la respuesta del juez.

En vía de conclusión, ha sido oportuno poner de relieve y manifestar las tareas de defensa del abogado y decisión de los jueces, en la persecución del noble ideal denominado justicia. La experiencia, trayectoria y vida profesional del Dr. Melitón Torres Tovar puede verse *grosso modo* reflejada en cuanto hemos expresado de los abogados en estas breves líneas. Su hijo- el Dr. Edgardo Torres López- siguió el camino de la judicatura y ambos, entonces, constituyen un binomio de diversas expresiones de cuanto aquí hemos manifestado. A Edgardo lo conozco desde muy joven cuando ambos fuimos candidatos a la Academia Diplomática y la vida, en sus azares y designios propios, nos llevó por los caminos de la judicatura.

Hago una breve mención, al concluir, y espero se me permita el giro coloquial y la concisa inclusión en estas líneas de reflexión. Mi padre- Humberto Figueroa Vargas-fue juez suplente de trabajo y abogado. Conoció de ambas facetas y también puede resumir, en su experiencia de vida, las vicisitudes anotadas en estas líneas de reflexión a propósito de este enfoque.

La ruta de vida marcada por el Dr. Melitón Torres Tovar justifica plenamente estas disquisiciones sobre la relación de complementariedad entre la tarea del abogado y el trabajo del juez. Ese diario quehacer de nuestro maestro el Dr. Torres en el ministerio de la defensa traduce una coherencia de vida y sentido de existencia.

En una última ocasión en un compartir en su mesa de hogar, recuerdo me decía: "He escrito muchas cosas en mi vida pero no ha sido publicado". Pues bien, esta reflexión es una forma de escribir sobre su vida, sobre su quehacer como abogado, sobre su percepción de la vida en sentido de servicio a la comunidad.

Ciertamente no todo es publicable: las miles de horas de defensa letrada de una causa justa quedan solo en la retina de quien ejerce ese noble oficio, las miles de satisfacciones y sinsabores que produce el ejercicio libre de la abogacía son toques a las puertas de nuestro corazón y unas veces, se abren con algarabía a las emociones de las causas bien ganadas, y otras tantas, solo reina el silencio sobre la consumación ineludible de una defensa perdida.

Igualmente, la satisfacción espiritual por la realización del valor justicia es un presente espiritual que nuestro homenajeador muchas veces ha podido disfrutar, en paz y armonía por cierto, en esa extensa trayectoria que la defensa representa. Regocijémonos, entonces, por una trayectoria de vida con ribetes de trascendencia, y también por ese ejercicio de enseñanza que el honor de la defensa implica. Las generaciones venideras podrán encontrar, con optimismo, arquetipos de vida en nuestro amigo el Dr. Melitón Torres Tovar.

---

# HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO INTERNO E BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

---

Archimedes Dias Neto<sup>1</sup>

Mariane Miguel<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho almeja verificar a existência, no Brasil, de um bloco de constitucionalidade.

Muito se discute acerca das normas da Constituição Federal e a sua hierarquia no sistema já nem mais é questionada, tomando posição de superioridade sobre as leis, sejam elas ordinárias ou complementares.

Contudo, há que se ter em conta, também, a possibilidade do caráter constitucional das normas também ser estendido a outras normas que originariamente não seriam constitucionais, e então considerar que tais estariam dotadas de superioridade no sistema hierárquico do ordenamento jurídico.

Tal problemática começa a se despontar como importante quando se trata de normas de Direitos Humanos.

Inicialmente ressalta-se que aqui serão tratados de “Direitos Humanos”. Ao se mencionar “Direitos Humanos” está a se optar por corrente doutrinária que emerge tal conteúdo a um ramo do direito, diferenciando-o do que vem a ser “Direitos Fundamentais” ao passo em que estes são oriundos do direito interno, e aqueles são de normas de direito internacional público. Por essa razão, inclusive, chegam a ser chamados de “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, terminologia esta que será preterida aqui à utilização de tão somente “Direitos Humanos”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

<sup>2</sup> Graduada em Relações Internacionais – UNESP e Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

<sup>3</sup> Opção para inclusive não limitar o tema. Há uma construção doutrinária no sentido de tomar como gênero a expressão “Proteção Internacional dos Direitos Humanos (PIDH)”, fazendo uma subdivisão

Pois bem, reitera-se que a discussão acerca da existência do citado bloco de constitucionalidade revela a sua importância face ao nível hierárquico que as normas de Direitos Humanos porventura venham a possuir no sistema, porquanto ao possuírem nível constitucional, revelariam normas equiparadas a Direitos Fundamentais, e os institutos aplicáveis à Constituição Federal propriamente dita também seriam aos tratados de Direitos Humanos em questão.

Um exemplo disso seria o controle de constitucionalidade<sup>4</sup>, que poderia se utilizar como parâmetro um tratado de Direitos Humanos (caso ele tenha nível constitucional), e, portanto, analisar-se-ia a compatibilidade vertical das normas infraconstitucionais para com todo o bloco (constituição propriamente dita e demais normas de status constitucional), superando, assim, o sistema até então adotado que considerava como parâmetro tão somente o corpo constitucional.

Para o estudo em questão será utilizado do método hipotético-dedutivo, valendo-se de pesquisa bibliográfica e tendo como hipótese a afirmação de existência de um bloco de constitucionalidade no sistema brasileiro.

Conforme mencionado, a existência do citado bloco dependeria da existência de normas com o mesmo grau hierárquico (status) da constituição, de maneira que o primeiro capítulo tratará do nível hierárquico das normas de Direitos Humanos no ordenamento interno, abordando as diferentes espécies de tratados e as diferentes teorias acerca de seu grau hierárquico.

Posteriormente, no outro capítulo, será tratado do instituto do bloco de constitucionalidade propriamente dito.

## **1 HIERARQUIA DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO**

Para se analisar a hierarquia das normas de Direitos Humanos no sistema interno, deve se atentar para as diversas correntes que tratam do tema, ou seja, das diferentes teorias que entendem estarem elas alocadas em determinado nível

---

desse gênero em três espécies: i) Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), ii) Direito Internacional Humanitário (DIH), e iii) Direito Internacional dos Refugiados (DIR). Portanto, a fim de não limitar, será utilizada a expressão Direitos Humanos tomando aqui como sinônima do gênero "Proteção Internacional dos Direitos Humanos"

<sup>4</sup> Sem entrar na celeuma acerca do "controle de convencionalidade", que impõe nomenclatura diversa ao instituto, porém não se afastar de ser um controle de compatibilidade vertical das normas e o resultado da discordância da norma infraconstitucional com o tratado de Direitos Humanos levam à ineficácia da norma, assim como no controle de constitucionalidade propriamente dito. Trata-se, pois, *a priori*, apenas de diferença conceitual.

hierárquico. Ainda, há que serem analisadas separadamente os tratados firmados antes da entrada em vigor da emenda Constitucional nº 45, e os posteriores.

Em um primeiro momento analisam-se as teorias que divergem acerca do grau hierárquico. Nesse sentido, Mendes, Coelho e Branco, ao tecerem comentários sobre a prisão civil do depositário infiel, demonstram a existência de quatro correntes, cada uma que sustenta diferente nível hierárquico dos tratados frente ao ordenamento jurídico interno:

- a) a vertente que reconhece a natureza *supraconstitucional* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos;
- b) o posicionamento que atribui caráter *constitucional* a esses diplomas internacionais;
- c) a tendência que reconhece o *status* de *lei ordinária* a esse tipo de documento internacional;
- d) por fim, a interpretação que atribui caráter *supralegal* aos tratados e convenções sobre direitos humanos. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 691)

Portanto, enumeradas as correntes, mostra-se imprescindível a análise de cada uma e sua adequação ao ordenamento jurídico brasileiro, iniciando pela corrente que considera os tratados de Direitos Humanos como *supraconstitucionais*.

A corrente que defende a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções sobre Direitos Humanos aduz que o acordo firmado<sup>5</sup> será superior à todas as normas de direito interno, ao passo que, sendo a norma constitucional o ápice da hierarquia interna, uma vez sendo superior à essa norma, também o será às demais.

Contudo, alerta Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 692):

É de ser considerada, no entanto, a dificuldade de adequação dessa tese à realidade de Estados que, como o Brasil, estão fundados em sistema regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle da constitucionalidade desses diplomas internacionais.

Desse modo, essa tese no sistema jurídico brasileiro deve ser verificada com grande cautela, haja vista que, de certo modo, pode influenciar na soberania do

---

<sup>5</sup> Usa-se do termo “acordo firmado” para se referir aos tratados de Direitos Humanos, que nada mais é do que um acordo de vontades entre Estados, que normatizam determinada situação.

país, além de que concederia ao poder *constituído* (que tem legitimidade para celebrar tratados) força para editar normas superiores ao próprio poder *constituente*.

Por essa razão, deve ser considerado que o poder dos representantes é limitado às prerrogativas que lhe foram concedidas pela Carta Política, deslegitimando totalmente que esses representantes assumam uma espécie normativa que lhe supere.

Mostrando-se, por tais razões, a inexistência de legitimidade de qualquer representante para firmar uma norma com o *status* citado, cumpre, ainda, verificar essa possibilidade no viés político, levando em conta, aqui, a soberania do país, valor este também resguardado pelo artigo 1º, inciso I, da Constituição Federal.

Em um cenário internacional regido, por muitas ocasiões, pela vulgarmente conhecida “lei dos mais fortes”, tal teoria colocaria a nação em um alarmante risco de se ver ferida em sua soberania, não podendo ser ignorada a possibilidade de formação de tratados via coação, podendo esta ter caráter econômico, militar, dentre outros.

Em face disso, reconhecer o caráter supraconstitucional dos tratados de Direitos Humanos, poderia, ainda que almejando um fim legítimo, gerar um risco inconveniente no que atine à segurança jurídica, à soberania, e, sobretudo, à limitação de poderes dos representantes, valor este arduamente conquistado na evolução humana, tendo como um dos primeiros marcos relevantes, a *magna charta libertatum*, do Rei João Sem Terra, em 1215.

Expondo esse risco, Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 693) afirmam:

A sempre possível ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão “direitos humanos” poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna. O risco de normatizações camufladas seria permanente.

Entretanto, ressalta-se que a própria Constituição Federal, sede da hierarquia do tratado (REZEK, 2011), não tratou de dizer expressamente que os tratados não se sobrepujam à Constituição; cabendo, nesse ponto, a observação de Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 692):

Como deixou enfatizado o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o problema, “assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado

pela Constituição (...) e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (art. 102, III, b)

Tal afirmação, então extraída do RHC 79.785/RJ do Supremo Tribunal Federal, dá conta de que a sobreposição não está expressamente disciplinada na Constituição Federal, contudo, tal norma está ínsita em seus preceitos, sendo um destes, a possibilidade de controle de constitucionalidade dos tratados, então tratada pelo artigo 102, inciso III, alínea b:

Art.102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

[...]

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal

[...] (BRASIL, 1988)

Ainda, afirma Rezek (2011, p. 127):

Embora sem emprego de linguagem direta, a Constituição brasileira deixa claro que os tratados se encontram aqui sujeitos ao controle de constitucionalidade, a exemplo dos demais componentes infraconstitucionais do ordenamento jurídico.

Em razão dos inconvenientes da aceitação dessa corrente, há quem defenda que os tratados e convenções sobre direitos humanos teriam estatura constitucional (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008), o que será tratado a seguir.

A presente corrente defende a tese de que os direitos constantes em tratados internacionais em que o Brasil é parte possua o nível hierárquico da Constituição Federal; ou seja, nas palavras de Piovesan (1997, p. 89):

A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a estes direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais.

Ainda, “Essa teste entende o §2º do art. 5º da Constituição como uma *cláusula aberta de recepção* de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil.” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 694)

Constata-se, assim, que tal corrente tem como fundamento o parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe:

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:

[...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

[...] (BRASIL, 1988)

Desse modo, segundo Mazzuoli (2011, p. 820):

De forma expressa, a Carta de 1988 atribuiu aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro a condição de *fontes* do sistema constitucional de proteção de direitos. É dizer, tais tratados passaram a ser fontes do sistema constitucional de proteção de direitos no mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos expressa ou implicitamente, consagrados pelo texto constitucional, o que justifica o *status* de norma constitucional que detêm tais instrumentos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

Percebe-se, assim, que Mazzuoli atribui aos tratados internacionais sobre direitos humanos, a condição de “fontes” de proteção de direitos, alcançando, portanto, o mesmo nível hierárquico das normas constitucionais.

Explicitando a resolução de conflitos de normas (internas e internacionais) de direitos humanos, com base na presente corrente, entende-se que:

[...] eventuais conflitos entre tratado e a Constituição deveriam ser resolvidos pela *aplicação da norma mais favorável à vítima*, titular do direito, tarefa hermenêutica da qual estariam incumbidos os tribunais nacionais e outros órgãos de aplicação do direito; (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 694)

Portanto, na existência de conflitos, sua resolução consideraria ambas as normas, fazendo com que o tratado que verse sobre direitos humanos não seja considerado inferior e repellido pela aplicação da norma tipicamente constitucional.

Em defesa dessa corrente, ao lado de Antônio Augusto Cançado Trindade (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008), Piovesan entende que a abertura então exposta nesse dispositivo legal serviu para indicar a possibilidade de criação normativa internacional, expandindo o rol dos direitos fundamentais, e portanto, com estatura constitucional.

Mazzuoli, também, defendendo essa tese, aduz que:

Com base neste dispositivo, que segue a tendência do constitucionalismo contemporâneo, sempre defendemos que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm indole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior. E a nossa interpretação sempre foi a seguinte: se a Constituição estabelece que os *direitos e garantias* nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais “em que a República Federativa do Brasil seja parte”, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. (MAZZUOLI, 2011, p. 819)

Ainda, acresce-se a essa corrente o fundamento de que os direitos fundamentais são materialmente constitucionais, sendo que “Este reconhecimento se faz explícito na Carta de 1988 ao invocar a previsão do art. 5º, parágrafo 2º. Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional ficaria sem sentido tal previsão (PIOVESAN, 1997, p. 84-85).

Ou seja, em reconhecendo sua fundamentalidade quando analisado materialmente (o seu conteúdo), não haveria que se verificar em qual diploma normativo o direito estaria contido.

Complementa, ainda:

A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é Parte. Ainda que estes direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Constituição lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo texto constitucional. (PIOVESAN, 1997, p. 85)

Portanto, para a autora, a própria Constituição Federal é quem dá o status de constitucionalidade aos tratados de Direitos Humanos.

Seguindo, por outro lado há a tese de que os diplomas internacionais de direitos Humanos possuem caráter de lei ordinária.

Em um primeiro momento, cumpre expor a observação de Mendes, Coelho e Branco:

Após a reforma, ficou ainda mais difícil defender a terceira das teses acima enunciadas, que prega a idéia de que os tratados de direitos humanos, como quaisquer outros instrumentos convencionais de caráter internacional, poderiam ser concebidos como equivalentes às leis ordinária. Para essa tese, tais acordos não possuiriam a devida legitimidade para confrontar nem para complementar o preceituado pela Constituição Federal em matéria de direitos fundamentais. (2008, p. 969)

Extrai-se disso que a mudança ocorrida com a Emenda Constitucional n.º 45, de certa forma pacificou a discussão sobre o tema, fazendo cessar tal entendimento em razão dos tratados firmados posteriormente à mudança.

Entretanto, conforme já mencionado, mostra-se pertinente verificar a incidência de tal tese aos tratados firmados anteriormente à citada modificação constitucional.

Nesse sentido, destaca-se os julgamentos do Supremo Tribunal Federal<sup>6</sup>, de maneira que um importante julgado nesse sentido foi o RE n.º 80.004/SE, que apesar de não figurar sobre Direitos Humanos, mostra-se de grande importância para demonstrar a tese de que os tratados possuiriam *status* de lei ordinária.

Consta, em sua ementa:

Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrente a constitucionalidade e consequente validade do Dec-lei n.º 427/69, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título.(BRASIL, 1977)

---

<sup>6</sup> A fim de verificar os casos em que o tema foi levado ao Supremo Tribunal Federal, utiliza-se das menções de Mendes, Coelho e Branco (2008), que demonstra a importância do RE n.º 80.004/SE, do HC n.º 72.131/RJ e da ADI n.º 1.480-3/DF, assim dispostos em ordem cronológica de julgamento.

Quanto à essa tese, especialmente no que diz respeito ao presente julgado, Mello<sup>7</sup> expõe seu descontentamento, onde aduz:

A tendência mais recente no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso nesta matéria. No Recurso Extraordinário nº 80.004, decidido em 1978, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que uma lei revoga o tratado anterior. A grande maioria dos votos está fundamentada em autores antigos e dualistas, como é o caso de Triepel. (MELLO, 2000, p. 119)

Dessa forma, mostra-se clara a tendência do tribunal, àquela época, em atribuir esta posição hierárquica aos tratados internacionais, sendo que, mais adiante, já se tratando de norma atinente a Direitos Humanos, o STF, no julgamento do HC 72.131/RJ expôs o mesmo entendimento, julgando:

"Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. "Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida. (BRASIL, 1995)

Há de se ressaltar, entretanto, que citados julgamentos não podem servir de conclusão de que essa tese é uníssona no citado Tribunal, tendo em vista que face à complexidade e à importância do tema em questão, os julgados não se mostram suficiente a isso, sobretudo considerando que ambos não contaram com votação unânime e, em quantidade encontram-se esparsos no tempo, voltando a tese a ser reafirmada com relativa importância na ADI n.º 1.480-3/DF, onde se pode retirar o seguinte trecho:

---

<sup>7</sup> Autor que, segundo Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 692): "[...] é um exemplar defensor da preponderância dos tratados internacionais de direitos humanos relativamente às normas constitucionais [...]".

No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais que, incorporados ao sistema de direito interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política (BRASIL, 1997)

Portanto, mostra-se evidente que o Supremo Tribunal Federal considerava os tratados internacionais sobre Direitos Humanos como norma com *status* de lei ordinária, consignando a expressa afirmação na ementa da presente ADI, que “[...] os tratados e convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição [...]”.

Contudo, na atualidade esse posicionamento foi modificado, tendo o Supremo Tribunal Federal atualmente entendido que a norma internacional sobre direitos humanos possui caráter supralegal.

Defensores da tese que atribui este caráter aos tratados, Mendes, Coelho e Branco afirmam que:

Por conseguinte, é mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*. (2008, p. 702)

Desse modo, os tratados internacionais que versassem sobre direitos humanos não alcançariam o nível constitucional, contudo também não estariam ao nível das leis ordinárias, encontrando-se em um nível intermediário dessas duas espécies normativas.

Esclarecem, os autores, ainda:

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 702-703)

Portanto, no entendimento exposto, considerar o tratado internacional sobre Direitos Humanos como mera lei ordinária, significaria subestimar o seu valor,

considerando, para tanto, o contexto que prega a proteção dos direitos da pessoa humana.

Em verdade, nota-se que o Supremo Tribunal Federal pacificou o assunto carimbando como *supralegais* os tratados de Direitos Humanos. Porém se no caso dos tratados sobre Direitos Humanos assumidos anteriormente à emenda constitucional n.º 45 existiam grandes controvérsias a respeito; de modo contrário, os tratados assumidos após esse marco possuem hierarquia sobre a qual não se tem dúvidas.

Conforme já mencionado, a Emenda Constitucional trouxe o parágrafo terceiro ao artigo 5º da Constituição Federal, dispositivo este a quem compete exemplificar direitos e garantias fundamentais.

Dessa forma, com a o acréscimo oriundo da citada reforma, o dispositivo passou a estabelecer:

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:

[...]

§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 1988)

Dessa forma, o próprio dispositivo legal tratou de dizer expressamente qual será a posição hierárquica dos tratados que forem firmados pelo rito ali previsto, fazendo constar que serão equivalentes às emendas constitucionais.

Segundo Mazzuoli (2011, p. 826):

Como se deduz da leitura do novo §3º do art. 5º do Texto Magno, basta que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos sejam *aprovados* pela maioria qualificada ali prevista, para que possam equivaler às emendas constitucionais.

Ainda, Rezek comenta acerca da questão da hierarquia, discorrendo sobre a citada Emenda:

A questão foi entretanto resolvida, em dezembro de 2004, pelo aditamento do terceiro parágrafo ao mesmo artigo constitucional: os tratados sobre direitos humanos que o

Congresso aprove *com o rito da emenda à carta* – em cada casa dois turno de sufrágio e o voto de três quintos do total de seus membros – integrarão em seguida a ordem jurídica no nível das normas da própria Constituição. (REZEK, 2011, p. 132)

Assim sendo, percebe-se que, no que atine aos tratados sobre direitos humanos posteriores à Emenda Constitucional n.º 45, de 2004; não restam dúvidas acerca de seu nível hierárquico, ou seja, possuem nível constitucional.

Entretanto, ainda que pacificado o entendimento quanto à hierarquia dos tratados firmados posteriormente à modificação, o acréscimo do parágrafo fez aumentar as dúvidas acerca dos tratados firmados anteriormente.

Nesse sentido, Mazzuoli (2011, p. 823) afirma:

[...] Não obstante ter tido o art. 5º, §3º, da Constituição um aparente bom propósito, o certo é que se trata de dispositivo incongruente. Se a sua intenção foi colocar termo às controvérsias (doutrinárias e jurisprudenciais) sobre o nível hierárquicos dos tratados de direitos humanos no Brasil, parece que a tal desiderato não conseguiu chegar.

Mazzuoli afirma que sempre defendeu a mudança no texto constitucional, a fim de sanar as dúvidas acerca da hierarquia das normas internacionais sobre direitos humanos, contudo, relata o autor, sua ideia era a de reafirmar o contido no §2º, fazendo com que constasse expressamente o nível constitucional dos tratados. (MAZZUOLI, 2011)

Comentando acerca da modificação do texto constitucional, Accioly, Silva e Casella (2011, p. 246) afirmam:

Situação todavia não esclarecida diz respeito aos tratados adotados antes da EC n.º 45, especialmente quanto ao seus *status* atual de lei ordinária. Não há como presumir equivalência em relação a emenda constitucional para aqueles anteriormente internalizados, porquanto o novo §3º faz a respeito expressa distinção.

Portanto, a modificação veio em sentido contrário ao pretendido por Mazzuoli, fazendo com que, ao invés de reafirmar o quanto contido no §2º, criou uma distinção das normas internacionais.

Restaram, assim, dois estatutos jurídicos aos tratados de Direitos Humanos.

Com relação aos tratados firmados antes da nova normativa procedimental, ainda que exista resistência doutrinária a respeito, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é firme em considera-los como *supralegais*.

De outro lado, os firmados posteriormente (e seguindo o rito mencionado) tem fundamento expresso na Constituição que os fazem possuir *caráter constitucional*, equivalente às emendas constitucionais.

## 2 BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

O bloco de constitucionalidade “consiste no reconhecimento, ao lado da Constituição, de outros diplomas normativos de estatura constitucional” (RAMOS, 2015, p. 318). Ou seja, é a extensão do entendimento de “constituição” a fim de alcançar demais normas que originariamente não seriam assim consideradas.

Trata-se de instituto largamente aceito como existente no direito constitucional francês.

No país citado,

[...] o marco do reconhecimento da existência do bloco de constitucionalidade foi a Decisão n.71-44 DC, de 16-7-1971 [...] que consagrou o valor constitucional do preâmbulo da Constituição francesa de 1958 que, por sua vez, faz a remissão ao preâmbulo da Constituição de 1946 e à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (RAMOS, 2015, p. 318)

Ainda,

Em diversos outros países, as constituições aludem a tratados internacionais de direitos humanos, incorporando-os ao bloco de constitucionalidade. É assim, por exemplo, na Argentina, cuja Constituição a partir da reforma aprovada em 1994, atribuiu hierarquia constitucional a diversos tratados e declarações de direitos humanos enumeradas em seu texto. Também a Constituição d Venezuela concedeu hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos. O mesmo se deu na Constituição austríaca, em relação à Convenção Europeia de Direitos Humanos e aos seus protocolos adicionais. (NETO & SARMENTO, 2014, p. 48)

Delineado o conceito de bloco de constitucionalidade, Ramos em seguida apresenta uma divergência dentro do entendimento, expondo uma ramificação do instituto:

Em que pese nossa posição de ter a redação originária da Constituição de 1988 adotado o conceito de um bloco de constitucionalidade amplo, ao dotar os tratados de direitos humanos de estatuto equivalente à norma constitucional (de acordo com o artigo 5, §2º), essa posição é minoritária até o momento (RAMOS, 2015, p. 318)

Portanto, existiriam duas teorias acerca do grau hierárquico das normas de Direitos Humanos e essa divisão de entendimentos leva à duas concepções sobre o que vem a ser bloco de constitucionalidade.

Sua existência não é colocada em dúvida pelo autor, mas tão somente o seu alcance. Há a teoria que entende que o bloco de constitucionalidade é restrito, e outra que entende ser amplo.

Tal diferenciação está umbilicalmente ligada à concepção existente acerca do grau hierárquico dos tratados de Direitos Humanos, sendo que Sarlet também demonstra que as concepções diversas acerca do grau hierárquico levam a conteúdos diversos do bloco de constitucionalidade (SARLET, 2015, p. 130)

Ao se aceitar que todos tratados de Direitos Humanos possuem nível constitucional (englobando, pois, os que não seguiram o rito do novo §3º do artigo 5º da Constituição Federal), está a se dizer, também, que todos esses documentos normativos pertencem ao bloco de constitucionalidade, dessa forma conceber-se-ia o bloco de constitucionalidade amplo.

Por outro lado, ao se defender que somente os tratados que fossem submetidos ao rito citado fossem de nível constitucional, chegaria ao resultado de um bloco de constitucionalidade restrito.

O bloco de constitucionalidade, em existindo, constituir-se-ia, portanto, de no mínimo três diplomas normativos (no bloco restrito): i) a Constituição Federal propriamente dita; ii) a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; e o iii) Protocolo Facultativo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Pois que tais tratados foram os únicos até então assinados sob o procedimento trazido pela citada emenda constitucional.

Ao menos esse seria o entendimento que poderia se ter em um primeiro momento.

Contudo, Neto e Sarmiento vão além e propõem como também pertencentes ao bloco de constitucionalidade os princípios constitucionais implícitos e as emendas constitucionais (NETO & SARMENTO, 2014, p. 48)

As Emendas Constitucionais revelam um caso interessante, pois de certa maneira, dão a impressão de que são o próprio texto constitucional. Contudo, possuem natureza jurídica de espécie legislativa, vez que compõem o rol do artigo 59 da Constituição Federal, que enumera as espécies legislativas; e, ainda, nem todo o texto das emendas constitucionais passam a compor o texto da Constituição Federal, porém todo o texto possui status de emenda à constituição.

Portanto, o conteúdo do bloco de constitucionalidade irá variar de acordo com a concepção acerca do alojamento dos tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico interno.

### **CONCLUSÃO**

Conforme pode se notar do quanto já exposto, o bloco de constitucionalidade está intrinsecamente ligado à concepção dada às normas de Direitos Humanos, uma vez que seriam essas as que estenderiam o conteúdo da Constituição Federal.

Ainda, há que se ressaltar que alguns autores nem chegam a diferenciar o tratamento de tais matérias.

Em um panorama geral temos que o ponto nodal da questão é o controle de constitucionalidade.

Ao se estudar o nível hierárquico das normas, o efeito prático a que isso levará será o exame de compatibilidade vertical das normas, ou seja, entende-se em qual norma prevalece sobre outra, a fim de determinar qual será prevalecente em eventual colisão.

Nesse contexto, há que se destacar que se mostra como de maior importância o exame de compatibilidade quando almeja a verificar a constitucionalidade, haja vista que em caso negativo (de inconstitucionalidade), seria invalidade a norma infraconstitucional.

Assim é que se expressa de extrema importância o conhecimento acerca do bloco de constitucionalidade.

Nosso sistema é dotado de várias espécies normativas, fazendo com que seja necessária uma organização prática para a integralidade do ordenamento. Nesse sentido é que, de há muito, temos a Constituição Federal como vértice do ordenamento interno, e essa serve como fonte de legitimidade das demais.

Essa legitimidade vai além de traçar normas para a elaboração de leis e demais normativos, alcançado todo o conteúdo material das normas, que à Constituição Federal devem pleno respeito e compatibilidade, sob pena de serem expurgadas do sistema via controle de constitucionalidade.

Pois bem, como há de se notar o controle de constitucionalidade é instituto fundamental de todo o sistema, e entender o bloco de constitucionalidade é entender plenamente quais serão as normas parâmetro para esse controle.

Extraiu-se, assim, da pesquisa, que a existência de um bloco de constitucionalidade já não é mais discutida. Embora grande parcela dos manuais de direito constitucional não trate dessa temática ou se tratam não o consideram como “bloco de constitucionalidade”, o fato é que não há a negativa massiva de sua existência no ordenamento brasileiro.

Conforme viu-se, a hipótese suscitada fora colocada à prova e confirmada, de maneira que se pode entender pela existência de tal instituto em nosso sistema.

Resta, contudo, discussão doutrinária acerca de quais as normas que compreendem tal bloco de constitucionalidade; porém tal questão fora quase que totalmente solucionada pelo Supremo Tribunal Federal, que adotou a teoria do duplo estatuto, separando os tratados de Direitos Humanos em razão do procedimento de sua formação.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, H.; SILVA, G. E.; CASELLA, P. B (2011). Manual de Direito Internacional Público. São Paulo: Saraiva.

BRASIL (1988). Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 04 de novembro de 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 72.131/RJ. Impetrante: Marcelo Ferreira de Souza Granado. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Marco Aurélio. 23 de novembro de 1995. Disponível em: <<http://tinyurl.com/axuyjp6>> Acesso em: 04 de novembro de 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.480/DF. Requerente: Confederação Nacional do Transporte. Requerido: Presidente da República, Congresso Nacional, Relator: Ministro Celso de Mello. 04 de setembro de 1997. Disponível em: <<http://tinyurl.com/d9po6jb>> Acesso em: 04 de novembro de 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 80.004/SE. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Ministro Cunha Peixoto. 01 de junho de 1977. Disponível em: <

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>> Acesso em: 04 de novembro de 2016.

MAZZUOLI, V. d. (2011). Curso de Direito Internacional Público. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MELLO, C. D. (2000). Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro: Renovar.

MENDES, G. F., COELHO, I. M., & BRANCO, P. G. (2008). Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva.

NETO, C. P., & SARMENTO, D. (2014). Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho. Belo Horizonte: Fórum.

PIOVESAN, F. (1997). Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad.

RAMOS, A. d. (2015). Teoria Geral dos Direitos humanos na Ordem internacional. São Paulo: Saraiva.

REZEK, F. (2011). Direito internacional público : curso elementar. São Paulo: Saraiva.

SARLET, I. W. (2015). A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

---

# TAXONOMÍA Y APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO EN COLOMBIA<sup>1</sup>

---

**Jaime Cubides Cárdenas<sup>2</sup>**

**Angélica Grandas Ferrand<sup>3</sup>**

**Juan Marcelino González Garcete<sup>4</sup>**

## INTRODUCCIÓN

A través de la historia universal, se han evidenciado vulneraciones en gran magnitud de derechos humanos, el ejemplo más claro es el holocausto nazi que durante la Segunda Guerra Mundial dejó múltiples víctimas. Sin embargo, fue el momento histórico más importante para la creación de organizaciones mundiales que

---

<sup>1</sup> Capítulo de libro que expone resultados de investigación del proyecto titulado "Desafíos contemporáneos para la protección de Derechos Humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios", que forma parte de la línea de investigación Fundamentación e implementación de los Derechos Humanos, del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, reconocido y categorizado como Tipo B por COLCIENCIAS y registrado con el código COL0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Socio jurídicas (CISJUC), adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

<sup>2</sup> Abogado, y especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Colombia, especialista y Magister en Docencia e Investigación con énfasis en las ciencias jurídicas de la Universidad Sergio Arboleda y Magister en Derecho de la misma casa de estudios, estudiante de Doctorado en Derecho en la línea de investigación de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires- Argentina. Docente asociado e Investigador y Líder del Grupo de Investigación: "Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia" de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: jacubides@ucatolica.edu.co

<sup>3</sup> Estudiante de Derecho Universidad Católica de Colombia. Auxiliar de Investigación del Grupo de Investigación: "Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia" e integrante del semillero de investigación "Observatorio de Justicia Constitucional de Derechos Humanos" vinculado al Centro de Investigaciones Socio jurídicas (CISJUC), adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: amgrandas59@ucatolica.edu.co.

<sup>4</sup> Abogado, Medalla de Oro y Mejor Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción (UNA). Escribano de Público. Máster en Criminología Forense. Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Asunción, Doctorando en Ciencias Políticas y en Ciencias de la Educación. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Asunción. Miembro de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional. Miembro de la Red Internacional de Juristas para la Integración Americana. Miembro del Consejo de Redacción de Juristas de Derecho Administrativo Comparado, Autor de varias obras de Derecho Constitucional y Administrativo.

ayudarán a la protección de derechos humanos. En la evolución de la idea de garantizar la no repetición de violaciones a garantías fundamentales, se desarrollan Sistemas Regionales de Derechos Humanos, como el Interamericano, el Europeo y el Africano, precisamente dentro del Interamericano que es el que atañe a la presente investigación, ha existido un concepto denominado CCV encargado de que en cada Estado parte de este sistema se asegure la aplicación de la CADH, a través de dos modalidades; un CCV concentrado en cabeza de dos organismos creados por el SIDH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y otro que contempla la obligación de organismos jurisdiccionales y autoridades públicas internas de que en sus manifestaciones normativas sea incorporada la CADH a lo que se le denomina Control de Convencionalidad difuso (en adelante, CCV difuso).

En la presente investigación, se hará un desarrollo del CCV difuso en Colombia, teniendo en cuenta que es el mecanismo que contribuye a flexibilizar el trámite de protección, porque tiene una competencia más amplia por parte de todas las instituciones y organismos que pueden ejercerlo, garantizando una plena protección y goce de los derechos humanos de individuos pertenecientes a los Estados que han suscrito la CADH; vislumbrando su origen, taxonomía y aplicación por parte de organismos judiciales como el Consejo de Estado, que resulta ser el más eficaz, también por jurisdicciones especiales, como la Jurisdicción Penal Militar y la contemporánea Jurisdicción Especial para la Paz incorporada al ordenamiento jurídico por Acto Legislativo 01 de 2016 (Cubides & Grandas, 2017, p. 169). Asimismo, apoyando la idea de que debe ser ejercido por todas las autoridades públicas para generar una asimilación plena del CCV en Colombia

De acuerdo a la teoría de Maquiavelo, en un Estado de Derecho debe existir una separación de poderes, el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial, cada uno con funciones limitadas a su competencia, lo cual brinda un equilibrio para el poder público de cualquier Estado. Colombia ha sido un Estado de Derecho desde 1886 y ha evolucionado a un Estado Social de Derecho a partir de 1991, adopta la teoría de separación de poderes practicado por varias instituciones; el poder legislativo es llevado a cabo por el Congreso de la República, el Poder Ejecutivo encabezado por el Presidente de la República y el Poder Judicial, por las tres Altas Cortes, Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, jueces de la República y demás órganos con funciones de administrar justicia. En la presente investigación cabe demostrar que el CCV no pertenece a ninguna rama del poder público en particular, sino que es un mecanismo del que jueces nacionales y autoridades públicas deben ser responsables (Castro, Cubides & Martínez, 2016, p. 49).

## 1 GÉNESIS DEL CCV

Una corriente de la doctrina revela que el origen del control de convencionalidad se remonta al momento en que entró en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es decir, en la creación del SIDH (Castilla, 2011, p. 596). Para analizar el anterior razonamiento, es apropiado estudiar el origen del CCV a partir de dos perspectivas, un origen francés y un origen interamericano.

### 1.1 ORIGEN FRANCÉS

En la actuación judicial que ha ejercido Francia a través de sus tribunales de cierre, hay que resaltar tres decisiones proferidas en diferentes lapsos de tiempo, las cuales demuestran el origen pretoriano y evolución del CCV.

El primer pronunciamiento es una pequeña aproximación al CCV, emana del Consejo Constitucional Francés mediante la decisión núm. 74-54 DC del 15 de enero de 1975, denominada *Interruption volontaire de grossesse* (Interrupción voluntaria del embarazo) (IVG), gracias a una demanda de inconstitucionalidad en la que los actores argumentaban que tenía el respectivo efecto por no adecuarse al artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>5</sup>; a lo que la jurisdicción constitucional aduce que solo “su competencia se limitaba a la estricta confrontación de las leyes con las disposiciones del texto constitucional” (Castro, Cubides & Martínez, 2016, pp. 22-23), es decir, a realizar únicamente el control de constitucionalidad e indica que la adecuación de la CEDH a leyes nacionales correspondía hacer valer por los jueces ordinarios (Eto, 2014, pp. 133-134).

La Corte de Casación francesa al ser un órgano de jurisdicción ordinaria, adopta la teoría del tribunal constitucional y profiere la sentencia hito en materia del CCV *Sociedad Jacques Vabre* del 24 de mayo de 1975, en la que confrontó y adecuó la ley interna a los tratados internacionales, en este contexto a la CEDH (Cubides, Grandas & González, 2016, p.55), en razón a la interpretación del artículo 55<sup>6</sup> de la Constitución Francesa de 1958, que autorizaba al juez inaplicar una ley contraria a un tratado internacional (Fromont, 2002); contribuyendo a realizar una distinción entre un control de constitucionalidad y un control de convencionalidad.

<sup>5</sup> Creada en la ciudad de Roma-Italia por el Consejo de Europa el 4 de Noviembre de 1950, entró en vigor en 1953 con el objetivo principal de proteger libertades y derechos fundamentales, lo cual tenía relación estrecha con la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada en 1948. El artículo 2 de la CEDH, dentro del capítulo de Derechos y Libertades, protege la vida como un derecho individual amparado por la ley (Fundación Acción Pro Derechos Humanos).

<sup>6</sup> Artículo 55 de la Constitución Francesa de 1958. Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte.

Finalmente, el Consejo de Estado francés en 1989 marca la historia del CCV trascendentalmente, por una demanda interpuesta por el señor Nicolo para “anular las elecciones al Parlamento Europeo, por considerar que la ley número 77-729, de 7 de julio, es contraria a lo dispuesto en el artículo 227-1 del Tratado de 25 de marzo de 1957, de la Comunidad Económica Europea” (Alonso, 2000, p. 210), el tribunal de cierre realiza un exhaustivo análisis del caso interpretando el referido artículo 55 de la Constitución Francesa y consideró que “el Tratado de Roma de 1957 debía prevalecer sobre una ley de 1977 relativa a la organización de las elecciones al Parlamento Europeo” (Cubides, 2013). Del mismo modo, es menester afirmar como lo expresan Castro, Cubides & Martínez (2016) que la misma sentencia del Consejo de Estado Francés crea el CCV difuso (en adelante, CCVD) al otorgarle facultad a los jueces de inferior jerarquía a que en un evento de confrontación normativa de leyes con normas convencionales, se aplicarán éstas últimas.

Con lo anterior, se vislumbra que el CCV tiene un origen pretoriano francés, el cual ya sea en diferente denominación, también contempla la facultad que tiene el poder judicial de confrontar una ley nacional con un tratado internacional prevaleciendo este último. Es así como Mauro Cappelletti (1977) denomina en términos de “control de la legitimidad convencional del acto impugnado” la función ejercida por la Corte Europea de Derechos Humanos para aplicar el CEDH.

## 1.2 ORIGEN INTERAMERICANO

El SIDH resulta ser el sistema regional más antiguo del mundo, teniendo su origen en la Primera Conferencia Internacional Americana de 1889 a 1890 dentro del marco de la Organización de los Estados Americanos (Martínez, Cubides, & Reyes, 2016, p.101), conformado por dos órganos la Corte IDH (órgano jurisdiccional) y la CIDH (órgano cuasi-jurisdiccional) revestidas por un compendio de funciones de las que se harán alusión posteriormente, tienen como objetivo asegurar el cumplimiento del Pacto de San José. La Corte IDH en razón de su facultad de emitir sentencias y conceptos por parte de su colegiado, profiere en el año 2003 la primera jurisprudencia interamericana en la que se esboza el concepto de CCV, exactamente en el Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala por el voto concurrente del Juez y en ese entonces Presidente de la Corte IDH Sergio García Ramírez de la siguiente manera

(...) No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus

actuaciones fuera del "control de convencionalidad que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional (Corte IDH, Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, Caso Mack Chang vs. Guatemala, 2003)

Creando una figura denominada por Sierra, Cubides & Carrasco "responsabilidad convencional" (2016, p. 58), en la que todos los Estados se comprometen a adecuar las obligaciones que hacen parte del pacto internacional a toda su normatividad interna.

Un año después el mismo juez Sergio García Ramírez, mediante otro voto concurrente en el Caso Tibi vs. Ecuador, 2004, coadyuva a la construcción de la línea jurisprudencial del CCV, expresando lo siguiente

(...) Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la "constitucionalidad", el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la "convencionalidad" de esos actos (...) (...) El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Partes en ejercicio de su soberanía (Corte IDH, Voto concurrente razonado juez Sergio García Ramírez, Caso Tibi vs. Ecuador, 2004).

Al continuar con el desarrollo jurisprudencial, se encuentra que el Caso Vargas Areco vs. Paraguay del 2006 con voto razonado del juez Sergio García Ramírez, es aquel que enaltece y enuncia taxativamente el término:

La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el "control de convencionalidad" fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede, ni pretende — jamás lo ha hecho —, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno (Corte IDH, Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, Caso Vargas Areco vs. Paraguay, 2006) (el subrayado es nuestro).

No menos importantes, otras sentencias de la Corte IDH contra los diferentes países americanos, desarrollan el CCV y contribuyen a su evolución, por ejemplo, el Caso Almonacid Arellano vs. Chile, 2006, resulta ser otra sentencia fundamental para el concepto de CCV, sobre todo es la fuente del CCV difuso como se retomará en líneas posteriores, Caso Vargas Areco vs. Paraguay, 2006, el Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, 2006, Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá 2008, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México, 2010, Caso Gelman vs Uruguay, 2011.

## **2 CONCEPTO CCV**

### **2.1 SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (SIDH)**

El SIDH es concertado por Estados americanos que han suscrito la CADH, se identifica como un indicador regional de protección universal consolidado formalmente en 1969 pero con raíces teóricas establecidas desde 1948”, (Barreto & Cubides, 2017, p. 662), compuesto por la Corte IDH, como órgano jurisdiccional de naturaleza reparativa y la CIDH como órgano cuasi-jurisdiccional de naturaleza preventiva. El SIDH tiene instrumentos y tratados internacionales para proteger los DDHH de todos los habitantes de los Estados que han suscrito la CADH<sup>7</sup>, a lo que se denomina *Corpus Iuris* (Cubides, Grandas & González, 2016).

Antes de recurrir a la noción de CCV, surge la cuestión de conocer la necesidad del CCV, conforme a Castro, Cubides & Martínez (2016), es un mecanismo para coadyuvar a que los Estados cumplan con sus obligaciones internacionales, responsabilidades que adquirieron al momento de suscribir la CADH y ratificarla en su ordenamiento jurídico interno.

Existen diferentes concepciones del CCV por varios autores, expresa Barreto & Cubides (2016), el CCV es un mecanismo judicial de origen internacional, “con el propósito de garantizar la protección de los derechos contenidos en el componente normativo propiamente dicho del mencionado *Corpus Iuris Convencional*” (p. 668).

Según Vivas & Cubides (2012) es el cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte IDH, consideradas como un precedente jurisprudencial que evita la vulneración del CADH, estas, deben ser incorporadas al ordenamiento jurídico interno y ser vinculantes en el campo nacional e internacional.

Sierra, Cubides & Carrasco (2016, p. 59) lo sintetizan como

una técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y las libertades constitucionales son armonizadas con valores, principios y normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (p. 59).

Lo anterior se refiere a que los operadores jurídicos deben ejercer a través de la interpretación, una labor de armonizar el derecho interno a los parámetros del SIDH (Martínez, Pérez y Cubides, 2015, p. 119).

---

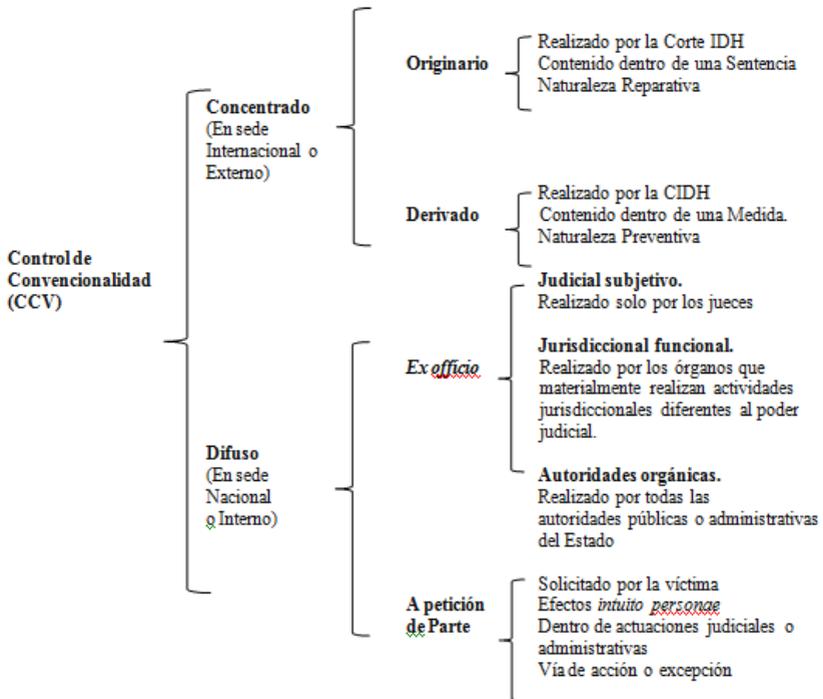
<sup>7</sup> La CADH es la ley regional por la cual surge el sistema interamericano como instrumento jurídico de carácter regional, que lo crea y legitima su funcionamiento (Barreto & Cubides, 2017, p. 663).

Seguendo a Woolcott (2016, p. 82), la Corte IDH a través de su ejercicio del CCV puede también aplicar un principio convencional conocido como “*restitutio in integrum*”, verbigracia, al realizar hermenéuticamente una confrontación de una ley nacional con una convención en un caso concreto facilita garantizar el derecho vulnerado, a declarar una responsabilidad de un Estado y sobre todo asegurar la reparación del daño causado a la víctima en su integridad.

### 3 TAXONOMÍA DEL CCV, CON ENFOQUE AL CCV DIFUSO

En el 2015, Cubides, Chacón & Martínez a través de un esquema ejemplifican la taxonomía del CCV como una construcción teórica respecto al CCV concentrado y CCV difuso, en el que enuncian las características importantes de cada uno de ellos junto al órgano que lo ejerce, como se expone en la siguiente figura.

**CUADRO N° 3. Taxonomía del CCV.**



Fuente: Cubides, J. Chacón, N. & A, Martínez. (2015). El control de convencionalidad (CCV): retos y pugnas. Una explicación taxonómica. *Revista Académica y Derecho*, (11), p. 78.

En el anterior cuadro identifican que los dos órganos del SIDH son los encargados de realizar un CCV concentrado, definido como una confrontación entre leyes nacionales y tratados internacionales ratificados examinando cuáles son las normas que defienden los derechos convencionales y los actos que los han violentado (Quinche, 2014), se materializa cuando la Corte IDH profiere una jurisprudencia convencional con todos sus elementos (original) y la CIDH recomienda tomar medidas para la prevención de perjuicios trascendentales (derivado), con el objetivo de reconocer la eficacia de actos que integran el derecho internacional de los derechos humanos (González, 2016, p.4).

Por su parte, el CCV difuso es entendido como una confrontación normativa a nivel local o nacional (Castro, Cubides & Martínez, 2016, p. 20), como la obligación de los jueces de los Estados parte para adecuar la CADH en asuntos concretos de su competencia (Quinche, 2013), prevaleciendo sobre normas contenidas en el compendio jurídico interno.

Cubides, Reyes & Castro (2016, p. 113) agregan que el examen de compatibilidad no se debe realizar solo frente a la CADH, es apropiado que se incluyan los protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte IDH, es decir, los instrumentos que hacen parte del Corpus Iuris.

Parafraseando a Sierra, Cubides & Carrasco (2016, p. 85), el CCV difuso goza de las siguientes características:

1. Los órganos y jueces de todos los niveles deben velar porque la CADH no se vea afectada en ningún momento, es decir, ejercer CCV.
2. El CCV debe ser realizado por órganos internos y jueces de todos los niveles "ex officio", garantizando el efecto útil.
3. En el CCV deben ser considerados la CADH, las interpretaciones que ha realizado la Corte IDH en ejercicio de sus funciones y el Corpus Iuris en razón del artículo 29 de la CADH.
4. Los órganos internos, incluidos los jueces, deben efectuar dicho control al caso concreto dentro de sus respectivas competencias.
5. Debe hacerse adecuándose a los principios establecidos por la Convención y las garantías judiciales.

Con lo anterior se asegura la premisa de que todos los órganos internos de los Estados parte del SIDH realizan CCV en su modalidad difusa, independientemente de que sean o no jurisdiccionales.

Es así como Carlos, Cubides & Martínez (2016) realizan una clasificación jurisprudencial de la aplicación del CCV difuso ex officio, contribuyendo y ampliando la taxonomía compartida en la presente investigación. Utilizan la metodología

descriptiva mediante la herramienta de línea jurisprudencial y realizan un estudio a las sentencias de la Corte IDH que son hito para calificar cada una de estas categorías. El Caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006) categoriza el criterio judicial convencional<sup>8</sup>, al contemplar que los jueces nacionales de los Estados son los que realizan el CCV difuso. El Caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (2006) expone el criterio judicial orgánico<sup>9</sup>, son los órganos del poder judicial los encargados del CCV difuso. El Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010) es el autor del criterio jurisdiccional convencional, afirma que todos los órganos vinculados que ejerzan funciones jurisdiccionales y estén relacionados con la administración de justicia<sup>10</sup>, en todos sus niveles hacen valer el CCV difuso; esta categoría resulta ser la diferencia con la taxonomía indicada por los doctrinantes en el esquema, ya que contempla organismos que por su naturaleza no son jurisdiccionales pero hacen las veces de administradores de justicia, verbigracia, algunas Superintendencias. La última categoría se denomina criterio autoritativo convencional, en el Caso *Gelman vs. Uruguay* (2011), es tarea de toda autoridad pública para prevenir vulneraciones a los derechos humanos<sup>11</sup>.

Asimismo, los autores argumentan que las anteriores categorías pueden determinar en una escala para explicar el grado de asimilación de los Estados con el ejercicio del CCV

---

<sup>8</sup> Castro, Cubides & Martínez (2016, p. 43) indican que el siguiente voto razonado es el que menciona a los jueces convencionales que resultan ser los jueces internos del Estado. Léase en: Corte IDH, Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, 2006, donde se expresa: "Con apoyo en estas consideraciones, la Corte ha expresado la preocupación que le suscitan ciertas evidentes fracturas de la proporcionalidad que se debiera observar cuando existe una restricción o afectación de un derecho o se emite una decisión que sanciona la violación cometida al amparo de cierta ley y en el desempeño de determinada jurisdicción. El juez de convencionalidad no se erige, por esta vía, en legislador o juzgador nacional, sino aprecia los actos de aquellos al amparo de la Convención, aunque detenga su análisis en ese ejercicio de mera apreciación y no llegue a fijar, por su parte, medidas cuya determinación específica incumbe al Estado, principalmente si existen, como los hay en el presente caso, límites derivados del acto de reconocimiento de la competencia de la Corte"

<sup>9</sup> En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. (Corte IDH, Sentencia Caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, 2006).

<sup>10</sup> Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. (Corte IDH, Sentencia Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 2010).

<sup>11</sup> Debe primar un "control de convencionalidad" (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial (Corte IDH, Sentencia Caso *Gelman vs. Uruguay*, 2011).

esto es si se encuentran en el primer criterio sería un nivel “leve”, si están en el segundo sería un cumplimiento “intermedio”, si se ubican dentro del tercer momento sería “amplio”, y si están dentro del último momento sería “total”. Estos criterios, por tanto, servirán para identificar el grado de cumplimiento o de acatamiento de los Estados al CCV (Castro, Cubides & Martínez, 2016, p. 48).

En conclusión, se afirma que “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas internas y la CADH” (Maldonado, 2017, p.73).

#### **4 CCV EN COLOMBIA**

El Pacto de San José fue firmado el 22 de noviembre de 1969 en Costa Rica, Colombia la aprueba el 30 de diciembre de 1972 mediante la ley 16 del mismo año y es ratificada, según informes de la Organización de Estados Americanos, el 28 de mayo de 1973.

En los antecedentes del CCV en Colombia, se evidencia que antes de la creación de la Corte Constitucional en 1991, ningún tribunal de cierre aplicaba éste término al caso concreto debido a que nunca se hizo referencia a la obligatoriedad que tenía la Convención. No obstante, Cubides, Reyes & Castro (2016, p. 117) afirman que en 1998 mediante sentencia C-481 de la Corte Constitucional al resolver un problema de discriminación laboral por sexo, expone por primera vez en nuestro país la tesis de la obligatoriedad de la CADH

[...] es lógico que nuestro país acoja los criterios jurisprudenciales de los tribunales creados por tales tratados para interpretar y aplicar las normas de derechos humanos. Esa doctrina internacional vincula entonces a los poderes públicos en el orden interno (Corte Constitucional, 1998).

De la misma manera, expresan que la sentencia C- 370 de 2006 tiene incidencia en la incorporación de los tratados internacionales al sistema interno de los Estados parte

la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos humanos (Corte Constitucional, 2006).

Aunque las sentencias referidas afirmaran la obligatoriedad de la CADH y de incorporar los tratados internacionales al ordenamiento interno, de ninguna manera se evidenciaba la aplicación del CCV. Para Pinilla & Cubides (2016) la sentencia hito en la se vislumbró por primera vez el CCV es la Masacre de Santo Domingo vs Colombia (2012)<sup>12</sup>,

en el que la Corte IDH interviene por haber afectado a la población civil a causa de un helicóptero de la Fuerza Aérea que lanzó artefactos contra una avioneta destinada para actividades ilícitas, Colombia en su defensa argumenta que la Corte IDH solo podría basar sus interpretaciones a la luz de la CADH, a lo que respondió que también tiene la facultad de interpretar otros tratados de derechos humanos y cualquier acción u omisión del Estado que permita la vulneración de aquellas garantías, admite la intervención de la Corte (p. 104).

Lo anterior demuestra que la Corte IDH está facultada en Colombia, para interpretar cualquier tratado internacional ratificado por Colombia y no solo la CADH, esto, por ser la Convención que contiene un compendio de derechos humanos y libertades, lo extendiendo la competencia interpretativa de la Corte. A continuación, se contemplaran los mejores ejemplos en los que el CCV difuso se hace efectivo en Colombia.

El CCV difuso en Colombia sigue la premisa de ser ejercido por los jueces nacionales, y órganos judiciales, pero no se evidencia un ejercicio eficaz por parte de autoridades públicas, como se demostrará posteriormente.

#### 4.1 EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Los jueces de la República de Colombia tienen el deber de realizar lo que se conoce como excepción de inconstitucionalidad en razón del artículo 4<sup>13</sup> de la Constitución Política, consiste en inaplicar una disposición que resulte contraria a la Constitución (Pinilla & Cubides, 2016, p.101), ésta decisión puede ser recurrida por parte del accionante cuando considere que el juez nacional no procedió a realizar el

<sup>12</sup> en el que a causa del conflicto armado interno que ha vivido el país, un helicóptero de la Fuerza área Colombiana lanzó artefactos con destino a una avioneta que llevaba armas y dinero para actividades ilícitas como el narcotráfico afectando a la población civil. La Corte IDH condena a Colombia por la violación a derechos humanos, evidenciando la eficacia y existencia del control de convencionalidad ligado directamente con el Estado Social de Derecho adoptados por países latinoamericanos, garantizando derechos humanos y la dignidad humana

<sup>13</sup> Artículo 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

mejor control de constitucionalidad (Sierra, Cubides & Carrasco, 2016). La acción de tutela es la acción pública encargada de la protección de derechos humanos por excelencia, regulada en el artículo 86 de la Constitución Política y es concebida como el escenario en el que el juez de la República ejerce el control de constitucionalidad.

La excepción de inconstitucionalidad es la figura adecuada para entender por analogía como los jueces de la República pueden aplicar la CADH cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos (Sierra, Cubides & Carrasco, 2016, p. 65). Además es el claro ejemplo del CCV difuso en Colombia, ya que los jueces pueden fungir como jueces interamericanos de protección de derechos (Corte IDH. Caso de Cabrera y Montiel, 2010). El ejemplo más claro que le da firmeza al anterior argumento, es que el juez de la República al resolver una tutela, contempla en sus razones de derecho la protección de una garantía fundamental incorporado en una convención.

#### 4.2 CCV DIFUSO POR EL CONSEJO DE ESTADO

El Consejo de Estado es por naturaleza la Alta Corte de la jurisdicción contenciosa administrativa que tiene una aproximación al tema de reparación directa del daño causado por acciones del Estado, por competencia de la Sección Tercera, también se incluye en las características del CCV. Siguiendo esta idea, en sus sentencias proferidas se ha corroborado el ejercicio de tal control, demostrando un eficaz desempeño de sus funciones.

Castro, Cubides & Martínez (2016) establecen una línea jurisprudencial dentro de un espacio de tiempo desde el 2012 hasta el 2016, sobre las jurisprudencias proferidas por el Consejo de Estado que reconocen y tienen incidencia en el CCV. A continuación, enfatizaremos en las sentencias consideradas como “hito” en el tema.

En primer lugar, la sentencia 24070 (2012)<sup>14</sup> es la encargada de mencionar por primera vez el CCV en el Consejo de Estado y le atribuye al juez contencioso administrativo su ejercicio facultativamente. De igual manera, la sentencia 45092

---

<sup>14</sup> Además, la Sala de Sub-sección advierte que para casos como el presente donde cabe valorar la ocurrencia de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario por afectación de miembros de la población civil (muertos y lesionados) inmersa en el conflicto armado, del cual se desprende el ataque armado ocurrido el 27 de agosto de 1999, no puede seguir aplicándose lo establecido en el Código de Procedimiento Civil ajeno al respeto de la protección de los derechos humanos, dado que se estaría vulnerando la CADH, debiendo garantizarse el acceso a la justicia en todo su contenido como derecho humano reconocido constitucional y supraconstitucionalmente (para lo que el juez contencioso administrativo puede ejercer el debido control de convencionalidad), tal como en la sentencia del caso “Manuel Cepeda contra Colombia” se sostiene.

(2013)<sup>15</sup> confirma lo expresado y además agrega que el juez administrativo debe de oficio aplicar el CCV. La sentencia 45679 (2013), manifiesta la obligatoriedad del CCV que tienen los jueces nacionales.

Por último, los autores señalan que la 29764 (2013) es la sentencia más importante, en esta, la utilización del CCV es fundamental para endilgar la responsabilidad al Estado colombiano<sup>16</sup>, en un caso de lesa humanidad cometido por el Ejército Nacional contra unos habitantes del municipio de San Roque por considerarlos colaboradores de la guerrilla.

Paralelamente, otras sentencias del tribunal de cierre de lo contencioso administrativo afirman la eficacia del CCV difuso en ésta Corte, pues el Tribunal cumple con el deber constitucional, legal e internacional de asegurar una reparación integral a las víctimas de violaciones de derechos humanos (Cárdenas & Suárez, 2014, p. 36), evitando que acudan a instancias internacionales para exigir la protección de ellos.

## 5 APLICACIÓN DEL CCV DIFUSO EN COLOMBIA

Anteriormente, al aludir la taxonomía del CCV difuso encontramos un argumento el cual contempla que todas las autoridades públicas de un Estado que adopta la CADH pueden y tienen la obligación de ejercer el CCV de acuerdo a sus funciones, lo que se conoce como CCV difuso ex officio por autoridades orgánicas en la anterior taxonomía y como criterio autoritativo convencional en la actual.

Cubides, Reyes & Castro (2016, p. 114) explican que las diferentes normas internas, leyes, reglamentos y reformas constitucionales, como actos y conductas del Estado, incluidas sus políticas públicas (Ayala, 2015), expedidas por las autoridades públicas pueden hacer valer el CCV mediante regulaciones administrativas, establecer responsabilidades civiles o penales y asegurar las garantías judiciales), garantizando el ejercicio eficaz de sus derechos.

---

<sup>15</sup> Lo anterior en razón a que ya es un lugar común sostener que el Juez Administrativo no es un mero ejecutor formal de las normas legales sino que en razón al rol funcional que desempeña dentro del Estado Social de Derecho, es su obligación, antes que nada, ser garante de la corrección constitucional en la interpretación y aplicación de las normas legales, al igual que ejercer, ex officio, el control de convencionalidad que se le impone en razón a la fuerza vinculante de los tratados de Derechos Humanos y su doctrina.

<sup>16</sup> Acogiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera, y en ejercicio del control de convencionalidad subjetivo, la Sala encuentra que procede ordenar y exhortar a las entidades demandadas al cumplimiento de “medidas de reparación no pecuniarias”, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y a la “*restitutio in integrum*”, que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión.

Por consiguiente, las Superintendencias, los Departamentos Administrativos, Ministerios, entre otros, autoridades que expidan normas o conceptos están obligados a la efectuar al CCV, por ende, se infiere que jurisdicciones especiales como la justicia penal militar también están facultados a realizarlo, como se demuestra a continuación.

### 5.1 JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

Se encuentra en cabeza del Ejército Nacional, encargado de hacer cumplir la Constitución Política y los derechos fundamentales, como de impartir justicia en el ámbito militar (Cubides, Reyes & Castro, 2016, p. 121), para esto, utiliza el mecanismo del CCV difuso, teniendo en cuenta la CADH como la interpretación realizada por la Corte IDH (Corte IDH, 2010). En lo que se refiere a su misión, es la que le otorga la responsabilidad a ésta institución de ejercer el CCV difuso por lo siguiente:

Cubides, Reyes & Castro, (2016, p. 112):

1. La misión principal es proteger a la población civil, hecho que, junto con la CADH, lo faculta para ejercerlo y así direccionar su obrar en la protección de los derechos humanos.
2. El Ejército debe tenerlo en cuenta para no actuar en contra de lo pactado en la CADH, aunque la legislación interna se lo permita.
3. Debe abordarlo cuando ejerza la justicia penal militar.

Es decir, el Ejército Nacional de acuerdo a su misión de proteger los derechos fundamentales de la población civil, está directamente ligado al ejercicio del CCV difuso porque en un caso concreto, debe armonizar el compendio normativo interno con la CADH.

Al establecer que la anterior institución como lo es la Jurisdicción Penal Militar, debe ejercer CCV bajo la premisa que es una autoridad pública que por su misión debe propender por la protección de derechos humanos, se trae a colación un ejemplo de una jurisdicción especial actual, analizando que por su naturaleza eventualmente debe también ejercer un CCV difuso.

### 5.2 JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ (JEP)

Tiene su origen en el Acuerdo Final de Paz del 24 de noviembre de 2016 firmado por las FARC-EP y el Gobierno Colombiano con el objetivo de ponerle fin al

conflicto armado interno (Cubides & Grandas, 2017, p. 148), instaurando medidas como el Sistema Integral de Justicia, Verdad, Reparación y No Repetición (SIJVRNR) dentro de la cuál funcionan cinco mecanismos que contribuyen al cumplimiento de los componentes mencionados.

La JEP se ubica dentro del componente de justicia siendo “un tribunal ad hoc encargado de juzgar todos aquellos crímenes en razón al conflicto armado” asegurando una efectiva transición hacia la paz (Cubides & Grandas, 2017, p. 149). Dentro de la misma JEP existe otra sub clasificación en cinco salas<sup>17</sup>, siendo el Tribunal de la Paz el más relevante en razón a ésta investigación, por ser el órgano judicial que aplicará las sanciones de acuerdo a unas condiciones determinadas<sup>18</sup>, al proferir sentencias que contengan sanciones a quienes fueron autores y partícipes de los crímenes dentro del conflicto armado interno, debe procurar porque sus sentencias no contraríen la CADH ni otro tratado internacional ratificado por Colombia, por ejemplo, no puede condenar por pena de muerte porque estaría vulnerando el derecho fundamental a la vida.

El CCV difuso que debe realizar la JEP y exactamente el Tribunal de Paz, también se respalda por un argumento del Acuerdo Final de Paz que ubican Cubides & Grandas (2016, p. 158) en la sección de apelación, pues argumentan que la acción de tutela “procederá por una manifiesta vía de hecho o cuando la afectación del derecho fundamental sea consecuencia directa de la parte resolutive” (Acuerdo Final de Paz, 2016, p. 160). Es decir, el Tribunal de Paz cuenta con mecanismos constitucionales para evitar que en sus sentencias pueda vulnerar la CADH, en este caso, la acción de tutela, la cual puede ser revisada hasta por la Corte Constitucional (Cubides & Grandas, 2017, p. 158).

Cubides & Martínez (2015, p. 104) sostienen que los órganos judiciales de cada Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos tienen una doble función y es la de ejercer el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad, Pinilla y Cubides expresan que estos dos son mecanismos que complementan y facilitan la armonización entre el Estado Social de Derecho y el principio fundante de la dignidad humana que están incorporados en la Constitución de los países latinoamericanos.

---

<sup>17</sup> Una sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas, la Sala de Amnistía o indulto, Sala de definición de situaciones jurídicas, Unidad de Investigación y Acusación y el Tribunal de Paz (Acuerdo Final de Paz, 2016).

<sup>18</sup> Sí los autores de los crímenes en ocasión al conflicto armado reconocen la verdad y responsabilidad o si existe ausencia de responsabilidad, criterios importantes para aplicar la sanción respectiva, clasificadas en sanciones propias, alternativas y ordinarias (Cubides & Grandas, 2017, p.163).

## **CONCLUSIONES**

El origen del CCV es pretoriano, tuvo su primera aparición en la historia a partir del desarrollo jurisprudencial que brindaron los tribunales de cierre francés. A pesar de que no se denominaba específicamente “control de convencionalidad”, término nominado por la Corte IDH en razón a su función jurisdiccional, enunciada taxativamente en el Caso Vargas Areco vs. Paraguay, 2006 por el voto razonado del juez Sergio García Ramírez; si existía un control con las mismas características actuales, pero con nominación indeterminada.

Las tres decisiones proferidas por los tribunales de cierre estudiadas en la presente investigación demuestran la evolución del concepto de control de convencionalidad. El análisis realizado por la jurisdicción racional resultaba ser limitada, rechazando la facultad de ejercer un control de convencionalidad que por la naturaleza de la misma jurisdicción de garantizar el respeto de los derechos humanos podría materializar el “efecto útil” del mismo. No obstante, el concepto proferido por la Corte de Casación francesa, dista del tribunal constitucional, resaltando que pertenece a la jurisdicción ordinaria y no está tan próxima a manejar temáticas de derechos humanos, a través de su análisis tuvo una aproximación más adecuada al concepto de control de convencionalidad, reconociendo la primacía de los tratados internacionales sobre leyes nacionales. Evidentemente la sentencia que causó más revuelo en el tema, es la sentencia Nicolo proferida por el Consejo de Estado francés, identificando la existencia de un control de convencionalidad, en el cual los órganos jurisdiccionales deben adecuar el derecho interno de cada Estado a los tratados internacionales que han suscrito.

Considerando las nociones sobre el CCV pueden amalgamarse en lo siguiente, es un mecanismo judicial que ejerce la Corte IDH, organismos jurisdiccionales, no jurisdiccionales, autoridades públicas de cada Estado, con la función principal de garantizar y proteger los DDHH debido a la obligación que adquirieron al suscribir la CADH, la idea principal es armonizar el ordenamiento jurídico interno con los tratados internacionales. El CCV también es de naturaleza reparativa incidiendo en el principio de reparación integral cuando la Corte IDH condena a los Estados americanos a reparar el daño causado a la víctima que trascendió a instancias internacionales.

La categorización que realizan los autores Castro, Cubides & Martínez parte de una aplicación limitada al reconocer que solo los jueces nacionales pueden realizar el CCV difuso, pero al mismo tiempo extienden ésta práctica a organismos jurisdiccionales, organismos que colaboran con la administración de justicia y autoridades públicas de cada Estado; de lo cual se puede inferir el sentido amplio del CCV difuso ex officio.

Las modalidades más comunes de realizar el CCV difuso, es por parte de los jueces de la República y el Consejo de Estado, siendo éste último el control más efectivo por el tribunal de cierre de lo contencioso administrativo, pues a través de su jurisprudencia ha reconocido la obligatoriedad de la CADG, asimismo ha inaplicado las disposiciones normativas que contraríen los tratados convencionales.

La Jurisdicción Penal Militar, de acuerdo a sus funciones especializadas tiene la obligatoriedad de realizar el CCV difuso por la misión que tiene dentro del país de proteger a la población civil en sus garantías fundamentales. De igual manera, la Jurisdicción Especial para la Paz a partir de su funcionamiento debe aplicar el CCV en razón a que su órgano sancionador, el Tribunal para la Paz permite que sus sentencias puedan ser recurridas por acción de tutela cuando profiera una sentencia que contrarie derechos y garantías fundamentales, y pueden ser revisadas por la Corte Constitucional, tribunal de cierre especializado en el tema de protección de derechos humanos, lo cual evita que aquellos que fueron sancionados deban acudir a instancias internacionales.

El ejercicio del CCV difuso por parte de jurisdicciones como la especial militar y la JEP, es coincidentalmente el ejercicio ex officio del criterio jurisdiccional convencional.

Hasta el momento en Colombia no se ha reconocido en acto administrativo, regla, decreto, y demás normas proferidas por autoridades públicas, el CCV difuso ni su aplicación; ubicando a Colombia en un grado de asimilación intermedio del CCV, como se demostró en el desarrollo de la presente investigación, organismos con funciones jurisdiccionales ejercen efectivamente el CCV en el país. No obstante, lo anterior no quiere decir que esto no sea obligatorio, las autoridades públicas están vinculadas a la aplicación del CCV difuso, materializaría el efecto útil de la CADH.

## REFERENCIAS

Alonso, M. (2000). La Facultad Del Juez Ordinario de Inaplicar la Ley Interna Posterior Contraria Al Derecho Comunitario. *Revista de Administración Pública*, 138. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17288>

Ayala, C. D. (2015). El control constitucional de la justicia transicional en Colombia, frente a los requerimientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Verba*, 33. Pp. 77-97.

Cárdenas, M. y Suárez, I. (2014). Aplicación de los criterios de reparación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias del Consejo de Estado colombiano. *Revista Opinión Jurídica*, 13(26). Pp. 33-48

Castilla, K. (2011). El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco, *Anuario mexicano de derecho internacional*, 11.

Castro, C. Cubides, & J. Martínez, A. (2016). La génesis del control de convencionalidad: El ejercicio del control de convencionalidad difuso (CCVD) por parte del Consejo de Estado Colombiano 2006-2014. *El Control de Convencionalidad (CCV): Fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (15-49). Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia, Colección Jus Público.

Cubides, J. (2013). El origen del control de convencionalidad (CCV) y sus implicaciones para los Estados que reconocen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). *Ambiente Jurídico*, 15. Bogotá. Pp. 104-125.

Cubides, J. (2012). La relación del fenómeno de la Constitucionalización del derecho con el derecho procesal constitucional. *Justicia Iuris*, 8. Bogotá, Colombia. Pp. 22-29.

Cubides, J. & Barreto, P. A. (2017). Positivización del ordenamiento convencional interamericano en Colombia *Derecho Procesal Constitucional. Codificación Procesal Constitucional*. (661-680). Bogotá, Colombia., Velandia Canosa, Eduardo Andrés (Director Científico), VC Editores Ltda. Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, Asociación Mundial de Justicia Constitucional, Ediciones Nueva Jurídica.

Cubides, J. Chacón, N. & A. Martínez. (2015). El control de convencionalidad (CCV): retos y pugnas. Una explicación taxonómica. *Revista Académica y Derecho*, Universidad Libre Seccional Cúcuta (11), p. 78.

Cubides, J. Grandas, A. & González, J. M. (2016). Constitucionalismo Multinivel (CM): el nuevo paradigma en la protección de los derechos fundamentales. *Perspectivas del Constitucionalismo*. (45-60). Bogotá, Colombia, Universidad Católica de Colombia. Colección Jus Público.

Cubides, J. Reyes, M. & Castro, C. (2016). El control de convencionalidad (CCV) y sus relaciones con la fuerza pública en Colombia. *Análisis y aplicación de los derechos humanos en el contexto de la Corte Interamericana*. (107-123). Bogotá, Colombia, Universidad Católica de Colombia. Colección Jus Público.

Cubides, J., Sánchez, M., y Pérez, C. (2013). El nuevo control difuso de convencionalidad como mecanismo para la protección de los derechos humanos. *Revista del observatorio de derechos humanos: iemp*. Pp. 46-54.

Cubides, J., y Vivas, T. (2012). Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana. *Entramado*, 8. Cali, Colombia. Pp. 184-204.

Eto, G. (2014). La inconventionalidad por omisión: una aproximación conceptual. En J. L. Cáceres (Coord.). *Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional*. Perú: Adrus D & L Editores, 129-151.

Fromont, M. (2002). El control de constitucionalidad ejercido por las jurisdicciones ordinarias francesas. *Revista Pensamiento Constitucional*, (8) 369-382.

González Lemus, M. (2016). La novela "Los derechos en serio en el sistema regional interamericano": una justificación teórica del control judicial de convencionalidad. Madrid: Universidad Carlos III. Pp. 1-158.

Grandas, A. & Cubides, J. (2017). La Jurisdicción Especial para la Paz: Un tribunal ad- hoc en Colombia. *Sociedad y Fuerza Pública ante los retos de la paz*. (147-178). Bogotá, Colombia. Ed. Ibañez, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Ed. Ediciones Escuela Superior de Guerra.

Maldonado, R. (2017). El derecho laboral y el control de convencionalidad. Perfiles de las Ciencias Sociales. 4.8.

Martínez, A. J. & Cubides, J. A. (2015). Influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del control de Convencionalidad (CCV): Análisis de dos casos paradigmáticos. *Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, (95-120). Bogotá, Colombia, Universidad de Colombia, Colección Jus Público.

Pinilla, J. E. Cubides, J. (2016). El control de constitucionalidad: construcción dogmática en Colombia y Argentina. *Derecho Público en el siglo XXI*. (83-121). Bogotá, Colombia, Universidad Católica de Colombia. Colección Jus Público.

Pinon, S. (2010). El sistema constitucional en Francia. *Revista de derecho constitucional europeo*, (14), 17-74.

Quinche, M. F. (2013). El control de constitucionalidad en Colombia. Bogotá: Universidad del Rosario.

Quinche, M. F. (2014). El control de convencionalidad como control normativo no como control simplemente erudito o formal. En E. A. Velandia (Ed.). *Derecho Procesal Constitucional*. 653-673. Bogotá: LEGIS.

Sierra, P. A. Cubides, J. Carrasco, H. (2016). El control de convencionalidad: Aspectos generales en el Sistema Americano de Derechos Humanos y en el derecho colombiano. *El control de convencionalidad (CCV). Fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, (51-87). Bogotá, Colombia, Universidad Católica de Colombia, Colección Jus Público.

Woolcott, O. (2016). El daño al proyecto de vida: Una categoría autónoma y necesaria en la jurisprudencia de la Corte IDH. *Análisis y aplicación de los Derechos Humanos en el contexto de la Corte Interamericana* (75-106). Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia, Colección Jus Público.

### **Normativas**

Acuerdo Final de Paz, 2016.

Constitución Política de Colombia, 1991.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). San José de Costa Rica.

Ley 16 de 1972. Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmada en San José de Costa Rica. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969).

### **Jurisprudencia Nacional**

Corte Constitucional. (1998). Sentencia C-481 de 9 de septiembre de 1998. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (2006). Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

Edilia del Consuelo Jiménez Arroyave vs. Ejército Nacional (2013): Consejo de Estado. Sentencia del 21 de noviembre. Sección Tercera. Acción de reparación directa. 29764

Eudoro Salcedo Acosta vs. Policía Nacional (2012): Consejo de Estado. Sentencia del 22 de octubre. Sección Tercera. Acción de reparación directa. 24070.

José Álvaro Torres vs. Ejército Nacional (2013): Consejo de Estado. Sentencia del 17 de octubre. Sección Tercera. Cambio de Radicación. 45679.

Teresa del Socorro Isaza de Echeverry vs. Ministerio de Defensa Nacional (2013): Consejo de Estado. Sentencia del 17 de septiembre. Sección Tercera. Acción de reparación directa. 45092.

### **Jurisprudencia Interamericana**

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N°. 154.

Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre del 2010. Serie C N°. 220.

Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24 de febrero del 2011. Serie C N°. 221

Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 12 de agosto del 2008. Serie C N°. 186.

Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C N°. 101

Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia del 30 de noviembre del 2012. Serie C N°. 259.

Corte IDH. Caso Tibi vs Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 07 de septiembre de 2004. Serie C N° 114.

Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C N°. 158.

Corte IDH. Caso Vargas Areco vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre del 2006. Serie C N°. 155.

---

# LE FUSIONI DI ENTI NEL FRASTAGLIATO PANORAMA ITALIANO DEI COMUNI, FRA STORIA, CRISI ECONOMICA E INNOVAZIONE FORZOSA: IL CASO DI VERNIO IN TOSCANA

---

**Paolo Cecconi<sup>1</sup>**  
**Eduardo Tozzini<sup>2</sup>**

## INTRODUZIONE

In Italia, dall'anno 2012 e fino al 2015 in modo particolare, si è sviluppato un grande dibattito sulla necessità di un riordino istituzionale che portasse a ridurre il numero dei comuni nella penisola. Infatti, così come in molti altri Paesi europei, nel nostro Paese i Comuni sono molto numerosi e spesso di ridottissime dimensioni demografiche e territoriali.

La discussione sulla tematica è stata diffusamente sostenuta dai governi sia centrale che regionale, almeno per quanto riguarda la Toscana, e per sollecitare la fusione di Comuni sono stati previsti diversi incentivi, almeno virtualmente, sia sul piano finanziario che con altri benefici. Nuove norme sulla fusione e sull'associazione dei locali sono state emanate sia sul piano nazionale che regionale. Il dibattito sul tema è stato poi molto rallentato e ridotto nell'anno 2016, dopo che diverse Comunità interpellate per mezzo di formali referendum consultivi, si erano espresse sfavorevolmente rispetto alle ipotesi di fusione. Altri comuni, hanno deciso di rinunciare alla propria autonomia e identità e si sono invece allineati con la linea sostenuta dai governi superiori, ma grande si è paventato il rischio di un distacco dal sentire delle Comunità locali e quindi lo sviluppo della tematica ha subito ora una brusca decelerazione.

---

<sup>1</sup> Politico Locale, Sindaco emerito del Comune di Vernio, Provincia di Prato, per n.3 mandati. Mandati per i quali è stato eletto e portati a compimento: 1990/1995, 2004/2009, 2009/2014. Laureato in Filosofia Morale presso l'Università di Firenze con una tesi su Bernard Bosanquet, filosofo neo-hegeliano inglese. Durante i suoi studi universitari ha potuto approfondire la "Filosofia del Diritto" di Georg Wilhelm Friedrich Hegel.

<sup>2</sup> Avvocato Italo-Brasiliano iscritto nell'Ordine Degli Avvocati del Brasile, Sezione del Parana, sottosezione della città di Londrina, sotto il n. 66.256 -carta d'Identità italiana n. AT 7344844 (Comune di Vernio).

Laddove, infatti, la popolazione si è schierata contro le ipotesi di fusione spesso ci sono state pesanti ripercussioni anche su piano politico, con cambi di colore alle lezioni amministrative che si sono tenute, per scadenza naturale dei mandati amministrativi, successivamente ai tentativi di affermare le ipotesi di fondere gli enti medesimi tramite referendum consultivi che hanno dato, almeno per parte delle popolazioni interpellate, esito negativo.

Anche nel territorio della Valle del Bisenzio, dove si trovano tre dei sette comuni che compongono la Provincia di Prato, la più piccola territorialmente della Regione Toscana (limitrofa a quella più estesa e popolosa di Firenze), Vernio, Vaiano e Cantagallo, si è sviluppata in quegli anni un'attività tesa a informare la popolazione circa la possibilità di fusione dei rispettivi Comuni in un nuovo più grande Ente. L'ipotesi affrontata riguardava la possibilità di costruire dei tre comuni esistenti, tramite fusione, uno solo più grande con un territorio più vasto, di quasi 200 Km quadrati e una popolazione di circa 20.000 abitanti.

Il tema ha coinvolto notevolmente i politici locali, dai tre sindaci dei tre comuni, ai consiglieri comunali, dai partiti politici, alle associazioni culturali, ricreative etc. Insieme, noi, Paolo Cecconi, avendo ricoperto per tre mandati il ruolo di Sindaco del Comune di Vernio, ed Eduardo Tozzini, avvocato italo brasiliano sentendosi legato ai destini della Comunità dai cui proveniva il proprio antenato emigrato in Brasile agli inizi del novecento, abbiamo ritenuto importante intervenire su questo tema: scrivendo, Tozzini, nell'anno 2013 un approfondito saggio che ha costituito un importante contributo di analisi della problematica rimasta per molti mesi all'attenzione delle comunità locali della Valle del Bisenzio, ed oggi queste comuni attuali considerazioni, comprensive di tale saggio, che proponiamo come riflessione sul tema.

Per quanto riguarda l'opinione del Sindaco del Comune di Vernio su questo tema essa fu in quei mesi promossa intensamente, argomentando con molte ragioni la contrarietà all'ipotesi di fusione. Anche oggi che son trascorsi ormai tre anni dal referendum e dalla fine del suo mandato amministrativo (terminato nel maggio 2014, dopo dieci anni d'impegno – e non sarebbe potuto essere rinnovato per la legge italiana che limita a dieci anni consecutivi la durata del mandato dei sindaci) molta è la soddisfazione per aver condotto quella battaglia che ha contribuito a garantire la prosecuzione dell'autonomia al Comune di Vernio.

Nel suo lavoro di allora Tozzini esaminava la materia dal punto di vista normativo e giuridico e infine dichiarava una propria personale opinione, condivisa da Cecconi e che, fra l'altro, si è successivamente mostrata ampiamente condivisa anche dalla popolazione del Comune di Vernio.

## 1 LA CONSULTAZIONE POPOLARE A VERNIO, VAIANO E CANTAGALLO

Il dibattito su questa ipotesi di fusione dei tre comuni si è, infatti, protratto per diversi mesi, dall'inizio dell'anno 2012 per finirsi con una prima importante tappa, risultato arrivato a metà del mese di gennaio del 2014, quando fu effettuato un referendum consultivo, autorganizzato dalle tre istituzioni comunali e dai locali comitati di opinione, senza determinare così alcun costo economico per la Comunità, che consentì alla popolazione di esprimersi.

L'esito della consultazione fu diverso nei tre comuni della Val di Bisenzio. Mentre la popolazione di Vaiano che partecipò intensamente al dibattito e alla consultazione referendaria si schierò favorevolmente all'ipotesi di fusione dei tre comuni, insieme anche alla maggioranza della popolazione di Cantagallo, quella di Vernio, in modo pressoché in modo inversamente reciproco si schierò sfavorevolmente, costringendo così, secondo gli accordi precedentemente assunti sul valore e le conseguenze delle consultazioni effettuate, ad accantonare, almeno per un po' di anni, l'ipotesi della fusione.

Le conclusioni cui era pervenuto il saggio di analisi giuridica si sono poi dimostrate in tal modo "profetiche": da parte degli abitanti di Vaiano si registrò un consenso notevole all'ipotesi di fusione, a conferma di una posizione non certamente disinteressata, mentre da parte degli abitanti di Vernio fu registrata altrettanta ostilità verso il progetto. Gli abitanti del comune più piccolo, più vasto, e più montano, e anche, almeno in passato, più povero economicamente e socialmente, Cantagallo, manifestarono interesse per l'ipotesi di fusione, sicuramente con la convinzione che questa avrebbe apportato un vantaggio rispetto all'attuale situazione.

Negli anni recenti in Italia si è sviluppato un grande dibattito sulla necessità di ridurre il numero dei comuni, e anche nel territorio della Valle del Bisenzio, dove si trovano tre dei sette comuni che compongono la provincia di Prato, (a più piccola territorialmente della Regione Toscana - limitrofa a quella più estesa e popolosa di Firenze), Vernio, Vaiano e Cantagallo, si è sviluppata un'attività tesa a informare la popolazione circa la possibilità di fusione dei rispettivi Comuni in un nuovo più grande Ente.

Approfondendo la problematica che ha dato origine a questa discussione sulla fusione di comuni e le argomentazioni utilizzate nel livello istituzionale, si può rilevare l'esistenza di un'estesa normativa applicabile al caso, sia nazionale, che regionale, che locale.

Si può notare che in Italia e in altri Paesi europei e occidentali, in considerazione della prolungata situazione economica e finanziaria di crisi, alcuni Stati, e in particolare quello italiano, ma anche ad es. Francia e in Germania, è avanzata una notevole discussione sulla possibilità di ridurre i costi amministrativi a

tutti i livelli strutturali. Il fine risiede nel ricercare soluzioni che offrano possibilità di fornire ai cittadini servizi pubblici a costi inferiori, cercando di salvaguardare una seppur minima efficienza delle cosiddette Autonomie Locali, elementi periferiche dello Stato.

In numerose consessi istituzionali, sia nella politica comunale di Vernio, come in quella degli altri due comuni in questione –Vaiano e Cantagallo- fu avviato il dibattito sul tema della fusione strutturale tra questi comuni.

Valutando la grande importanza che riveste tale discussione sul piano politico-sociale, con i riflessi di grande impatto che causerebbe tale scelta nella vita storica, politica e amministrativa dei tre comuni coinvolti, che costituiscono dal punto di vista geografico la stretta vallata percorsa dal Fiume Bisenzio (o, per definirla con i versi del sommo poeta Dante, *“la valle onde il Bisenzio si dichina”*<sup>3</sup>), va considerato che di là dal *modus operandi* con cui si tratterebbe di affrontare il processo di fusione, si richiede necessariamente, per legittimare una così importante modifica all'architettura istituzionale nel territorio della Val del Bisenzio, di analizzare e supportare tale scelta dal punto di vista giuridico.

La scelta di costituire fra i tre comuni della Val di Bisenzio un unico Ente presenta un carattere molto strutturale, e, come si può immaginare, comporta l'espressione di opinioni sia contrarie che a favore della fusione fra comuni di Vernio, Vaiano e Cantagallo. Come si indica di seguito, una discussione approfondita circa questa possibilità di modifica all'assetto istituzionale del territorio è stata reputata necessaria dai massimi organi di rappresentanza dei tre comuni interessati. Ciò in quanto la consultazione preventiva dei componenti le Comunità, attraverso un'ampia informativa sulle scelte da effettuare e sulle conseguenze da esse derivanti, avrebbe consentito di evidenziare la manifestazione di volontà favorevole o sfavorevole delle popolazioni interessate sulla ipotesi della fusione dei comuni della Val del Bisenzio e di intraprendere quindi un percorso democratico consapevole.

Detto questo, visto la consultazione che si è svolta, il lavoro amministrativo effettuato e considerando la forma con cui sono stati eseguiti, nonché la loro adeguatezza alla legislazione vigente applicabile ai comuni della Val del Bisenzio (Vernio, Vaiano e Cantagallo), analizziamo ora la relativa normativa:

---

<sup>3</sup> “Inferno” – Canto XXXII v. 55-57” “Se vuoi saper chi son cotesti due, la valle onde Bisenzio si dichina del padre loro Alberto e di lor fue.”

## 2 LE NORME ITALIANE APPLICABILI ALLA FUSIONE DEI COMUNI

### 2.1 LA COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA, ART. 133

Innanzitutto è opportuno esaminare alla lettera la Carta Costituzionale, contenente i principi di diritto nazionale applicabili al caso. Essi ci guideranno nell'intera analisi dell'argomento, nei suoi livelli di legittimità infra-costituzionale, confrontandoli con lo Statuto della Regione Toscana, così come con lo Statuto dei comuni interessati; nel caso specifico ci limiteremo allo Statuto del Comune di Vernio. Nella parte II, della Costituzione della Repubblica Italiana, "Ordinamento della Repubblica", troviamo il "Titolo V -Le Regioni, le provincie e i comuni-", dove si trova l'articolo 133.<sup>4</sup>

Tale articolo permette alla Regione, con le sue leggi, di istituire nel proprio territorio nuovi comuni e modificare le loro circoscrizioni e denominazioni, sentite le popolazioni interessate.

Pertanto, abbiamo potuto osservare che la Carta fondamentale del Paese prevede la possibilità che si possa effettuare la fusione tra le comunità; la riorganizzazione delle istituzioni locali, tuttavia, deve essere approvata con Legge Regionale, e l'articolazione interna del territorio è dunque materia soggetta, ad approvazione del Consiglio Regionale, in questo caso, della Regione Toscana.

Dopo aver rilevato la legittimità costituzionale della fusione tra i comuni, abbiamo iniziato ad analizzare la sua ammissibilità confrontandola con le norme della Regione Toscana. Ciò al fine di mantenere un corretto profilo di rispetto della legislazione sulla materia.

La disciplina concernente le norme di legge per la modifica del territorio toscano è espressamente descritta nella Legge Regionale n. 62 citata, soprattutto nel suo Titolo V, denominato "Referendum consultivo per l'istituzione di nuovi comuni, per la fusione di comuni esistenti o per la modificazione delle circoscrizioni e delle denominazioni comunali, ai sensi dell'articolo 133, secondo comma, della Costituzione".

### 2.2 LE LEGGI REGIONALI N. 62/2007- (ART. 59, 1, C/C L'ART. 58, 1) E N. 68/2011 (ART. 62, 2) - *IL REFERENDUM DI COMPETENZA DEL CONSIGLIO REGIONALE*

All'articolo cinquantanove della Legge Regionale Toscana n. 62/2007, è indicato chiaramente come si dovrà sviluppare la consultazione dei Comuni

---

<sup>4</sup> Articolo 133 comma 2 : "La Regione, sentite le popolazioni interessate, può con sue leggi istituire nel proprio territorio nuovi Comuni e modificare le loro circoscrizioni e denominazioni."

interessati alla “fusione” : entro trenta giorni dall’assegnazione della proposta di legge di cui all’articolo cinquantotto, comma uno, la Commissione Consiliare competente, previa consultazione del comune o dei comuni interessati, predispone per il Consiglio regionale la proposta di deliberazione di svolgimento del referendum, in altre parole esprime il parere referente contrario sulla proposta di legge.

A questo punto è opportuno rilevare come i Comuni interessati alla consultazione referendaria della popolazione, ossia quelli di Vernio, Vaiano e Cantagallo, dovessero assumere i provvedimenti necessari per informare i cittadini circa l’argomento in discussione, la loro possibile fusione.

Il procedimento che i tre comuni hanno concordemente affrontato è ben descritto nel “Comunicato stampa sul lavoro svolto dal Gruppo istituzionale intercomunale costituito per l’approfondimento dell’ipotesi di fusione dei tre comuni della Val di Bisenzio”, pubblicato dall’Unione dei Comuni della Val di Bisenzio.

In questo senso è importante tener presente la **Legge Regionale n. 68/2011**, ora in vigore, contenente le “Norme sul sistema delle autonomie locali”.

Questa legge applicabile alla discussione sull’ipotesi di fusione dei comuni della Val di Bisenzio è composta di 117 articoli suddivisi in VI Titoli. Analizzeremo il Titolo IV –Riordino di Enti-:

Titolo IV- Riordino di Enti

Capo I- Norme sulla fusione di comuni

Art. 62. Norme generali [...]

Item due. 2. Due o più comuni contermini, facenti parte della medesima provincia, che, d’intesa tra di loro, esprimono la volontà di procedere alla loro fusione, possono richiedere alla Giunta regionale di presentare la proposta di legge di fusione. Nella richiesta, i comuni evidenziano le consultazioni e i processi partecipativi svolti sulla proposta di fusione e i loro esiti.

Solamente dopo la diffusione delle informazioni, l’illustrazione delle diverse motivazioni e un primo confronto sull’opinione delle popolazioni di Vernio, Vaiano e Cantagallo, potrà essere inviata la proposta di legge al Consiglio Regionale della Toscana. Osserviamo che, poiché è un provvedimento che interessa più di una comunità, solo il Consiglio Regionale sarà in grado di imporre il referendum per decidere in merito alla fusione o meno, secondo quanto previsto dalla Costituzione della Repubblica, articolo 133, così come dalla Legge regionale 62/2007, articolo cinquantanove, item 1, in combinato disposto con l’articolo cinquantotto, anche item 1.

Pertanto, si può completamente concordare con quanto si sostiene nel documento “Comunicato stampa sul lavoro svolto dal Gruppo istituzionale intercomunale costituito per l'approfondimento dell'ipotesi di fusione dei tre comuni della Val di Bisenzio”, pubblicato dall'Unione dei Comuni della Val di Bisenzio.<sup>5</sup>

Quello è stato il percorso necessario, coerente con la norma costituzionale (Art.133), le leggi regionali, 62/2007, 68/2011, e le norme comunali (Statuto del Comune di Vernio), per affrontare, sempre dopo aver sentito la popolazione, la eventuale elaborazione di un progetto di legge regionale per la fusione dei comuni della Val di Bisenzio.

La presentazione ai cittadini delle opinioni di chi è contrario alla fusione e di chi è invece favorevole, ha rappresentato un'importante legittima azione nell'ambito del necessario dibattito.

### 2.3 L'IMPORTANZA DELLA COMUNICAZIONE ISTITUZIONALE E DEL DIBATTITO TRA LE POPOLAZIONI DEI TRE COMUNI

Vista la Costituzione della Repubblica Italiana, nel suo articolo 133, secondo comma, che richiama l'imprescrittibile necessità di consultazione dei cittadini dei tre Comuni in questione, poi abbiamo analizzato la legge regionale n. 62/2007, della Regione Toscana, in particolare il titolo V, articoli cinquantotto, cinquantanove e sessanta, per quanto attiene alla procedura per l'approvazione della fusione tra i Comuni, che obbliga a intraprendere il processo di partecipazione popolare prima di elaborare un futuro progetto di legge di fusione. Da questo punto di vista, il procedimento che si è svolto tra i Comuni della Val di Bisenzio (Vernio, Vaiano e Cantagallo) è sul piano giuridico-amministrativo perfettamente coerente con le norme. Procediamo ora all'analisi dello statuto del Comune di Vernio:

Visti i novantasei articoli, suddivisi in VI Titoli. Richiamando l'attenzione sul Titolo III - Ordinamento Funzionale, Capo II - Partecipazione popolare, specialmente gli articoli 65- Consultazione dei cittadini, 66- Ricerche e sondaggi e 67- Referendum consultivo possiamo osservare che secondo l'articolo sessantacinque, le consultazioni possono avvenire attraverso varie modalità e queste sono:

- a) l'utilizzazione del forum dei cittadini di cui al presente statuto; b) convocazioni delle consulte di cui al presente Statuto allargando la partecipazione, nei casi in cui sia ritenuto opportuno, alla loro base associativa; c) realizzazione di ricerche e sondaggi presso la popolazione; d) indizione di referendum consultivi.

---

<sup>5</sup> “Qualunque sia la decisione che prenderanno i cittadini, sia essa per il sì che per il no alla fusione è stato affermato un modo di fare politica e di coinvolgere le nostre popolazioni attraverso il quale chi vince è indubbiamente la democrazia”.

Dopo aver analizzato i meccanismi a disposizione della Amministrazione Pubblica di Vernio per la consultazione dei cittadini, abbiamo visto che il processo che questa consultazione pubblica ha svolto, con le modalità previste nei due documenti intitolati (1) Comunicato stampa sul lavoro svolto dal Gruppo istituzionale intercomunale costituito per l'approfondimento dell'ipotesi di fusione dei tre comuni della Val di Bisenzio, e il suo allegato, e (2) il "patto dei territori". Essi sono coerenti con le disposizioni del suo statuto comunale, così come il referendum consultivo popolare.

Il referendum popolare è previsto nello Statuto del comune di Vernio per essere utilizzato per decidere su questioni di competenza esclusivamente locale, Titolo III, articolo 67 - *Ex vi* dell'articolo sessantasette, item due, *in verbis*:

Statuto del Comune di Vernio  
Titolo III –L'Ordinamento Funzionale [...]  
Capo II –Partecipazione popolare  
Sezione I –Istituti della partecipazione  
**Art. 67** –Referendum consultivo  
Item 2. Il referendum consultivo può essere promosso dal Consiglio Comunale o da un Comitato di cittadini, con le modalità stabilite dallo statuto e dal regolamento, su materie di esclusiva competenza locale.

Pertanto, il meccanismo utilizzato, ossia la consultazione popolare, attraverso un'ampia diffusione dei temi d'interesse per tutte le persone di Vernio, con assemblee effettuate in tutte le frazioni, così come nei suoi Comuni limitrofi (Vaiano e Cantagallo), in modo tale da ascoltare le opinioni e raccogliere l'orientamento popolare, è stato coerente con gli articoli 65 e 66 (statuto di Vernio), oltre che con la Costituzione della Repubblica Italiana (Art. 133, comma secondo), e la Legge Regionale della Toscana, la n. 62/2007.

L'eventuale svolgimento di un referendum consultivo prettamente locale a conclusione di tale fase informativa e divulgativa, svolto di comune accordo tra i tre comuni e in forma autorganizzata con la presenza degli esponenti dei comitati di ambedue i movimenti d'opinione (favorevoli e contrari alla fusione) senza alcun costo economico a carico delle Comunità locali, fra la popolazione dei tre comuni interessati potrebbe, come condizione non necessaria ma scelta di opportunità, coronare l'intero processo.

Perciò, Il procedimento, nella forma con cui ha, è stato previsto tra i tre comuni della Val di Bisenzio, può dirsi perfetto.

Poiché, infatti, sono tre i comuni interessati all'opinione popolare, pur avendo, i tre consigli comunali di Vernio, Vaiano e Cantagallo espresso il loro

orientamento, decisero, all'unanimità, di lasciare direttamente ai cittadini la scelta se mantenere la struttura istituzionale attuale o andare a creare un comune unico; la divulgazione, effettuata ampiamente, dei materiali con le argomentazioni delle opinioni favorevole e sfavorevole alla fusione attesta il perseguimento della finalit  democratica e il completo rispetto della legittimit  del processo seguito.

Dopo aver dissertato della legislazione applicabile alla fusione dei comuni in Italia, andremo ora a chiarire la nostra personale opinione su quest'argomento cos  sentito e foriero di polemiche, sia in Italia che in qualsiasi altro Paese.

Con il processo di globalizzazione iniziata nel secolo scorso, ci fu inizialmente un grande accrescimento nelle relazioni tra i Paesi e, di conseguenza, fra le loro economie. Confini che prima erano insormontabili dopo la globalizzazione non esistevano pi , ci  che ha permesso che la "economia mondiale" circolasse da un Paese all'altro.

Con ci , aziende che finora avevano avuto il loro DNA prettamente nazionale, quelle italiane in particolare, hanno iniziato a cercare, non le migliori condizioni per operare nel proprio Paese, ma le condizioni pi  favorevoli in altri Paesi. Con tale impostazione, inizialmente semplice, molti posti di lavoro sono stati eliminati, generando un enorme effetto negativo sulla struttura dei governi nazionali, compresi anche quello regionale e quello comunale.

Come ampiamente riportato dalla stampa internazionale, il trasferimento dei gruppi economici italiani in altri Paesi ha generato una grave crisi economica e finanziaria del Paese. Cos , molti responsabili di governo e rappresentanti istituzionali hanno dovuto emanare norme contenenti misure di austerit  e contenimento della spesa pubblica a livello nazionale. Con tali provvedimenti si   cercato di ridurre la spesa pubblica considerata non indispensabile e non pi  sostenibile.

Cos , i cittadini italiani si sono trovati di fronte a misure estreme di contenimento della spesa pubblica compresa quella degli Enti Locali. Finalizzata a quest'ultimo obiettivo anche il tentativo di ridurre il numero dei Comuni, che in Italia sono oltre 8.000, attraverso l'impopolare tentativo di "fusione tra Comuni" vicini: questo l'oggetto di questo Il capitolo del saggio, dove esporremo la nostra opinione personale.

### 3 LA CRISI ECONOMICA E FINANZIARIA D'ITALIA E E LE POLITICHE ESTREME DI BREVE PERIODO CHE PRODURREBBERO CONSEGUENZE IRREVERSIBILI RISPETTO ALLE CONQUISTE STORICHE DI VERNIO

Il processo che s'intende attivare con la soppressione dell'individualità comunale, attraverso la creazione di un nuovo più grande Comune, determinerà nel medio e lungo periodo diverse conseguenze di rilevanza storica.

Si dovrebbe prestare attenzione alle finalità dell'attuale discussione sull'opportunità della riduzione del numero complessivo dei Comuni, da ottenersi attraverso la fusione di quelli limitrofi con basso numero di abitanti; infatti, riteniamo si possa parlare di in un periodo momentaneo per quanto riguarda la crisi in Italia. Si tratta evidentemente di periodo che verrà superato, la storia è piena di esempi in tal senso: la rottura della Borsa di New York nel 1929, che ha generato inizialmente un'enorme crisi sociale, è stata momentanea; più tardi gli Stati Uniti d'America sono divenuti la più grande economia del mondo-.

Le misure notevoli utilizzate in momenti difficili, come ridurre la spesa pubblica attraverso la fusione tra i Comuni, porteranno conseguenze importanti sui meccanismi di rappresentanza e l'architettura istituzionale. L'Italia è riconosciuta in tutto il mondo per la sua identità storica, il suo successo economico e, principalmente, per sue le qualità culturali che hanno fortemente influenzato tutto il mondo.

Tali peculiarità dell'Italia sono dovute all'importante fatto che il Paese peninsulare ha saputo mantenere le sue tradizioni in gran parte intatte. Ciò anche a fronte di tante guerre, alle crisi e alle pressioni internazionali (incluse quelle dell'Unione Europea).

Ora, i principi fondamentali di un popolo dovrebbero essere salvaguardati da decisioni affrettate, che rischiano altrimenti di creare criticità e mettere i primi in discussione. Lo Statuto del Comune di Vernio indica con forte determinazione un principio fondamentale:

#### PRINCIPI FONDAMENTALI

Art. 1 Vernio comunità autonoma

1. **Vernio**, Comune della Repubblica Italiana, nel riconoscere con la Carta Statutaria la propria identità territoriale e culturale di civilissima comunità sviluppatasi sull'Appennino Tosco-Emiliano, afferma la propria autonomia sancita dalla Costituzione, promuove i valori della libertà, dell'antifascismo, della resistenza, della democrazia, della pace, della solidarietà e delle pari opportunità e **valorizza le sue caratteristiche ambientali, culturali, produttive (distacco nostro).**

Naturalmente, con la scelta della fusione tra i tre Comuni della Val di Bisenzio avremmo una notevole modifica nell'identità dell'immagine rappresentativa della Comunità, l'antico stemma di Vernio, e di tutti gli altri simboli appartenenti fino allora al Comune. Inoltre, il Comune di Vernio dichiara nel proprio Statuto di perseguire i principi della carta europea dell'autonomia locale (Strasburgo il 15 ottobre 1985) dagli Stati membri del Consiglio d'Europa, che collega la valorizzazione delle autonomie territoriali al processo di unificazione dell'Europa, *ex vi* dell'articolo nove dello Statuto di Vernio.

In merito a questo punto, dobbiamo rilevare che i rapporti d'integrazione politico-istituzionale a livello europeo e mondiale già realizzati dagli '80 del secolo scorso, come per esempio i **gemellaggi** con gli altri paesi europei (Jettingen, Senones e Marchin) attivati per sviluppare le relazioni con altre nazioni per scopi di conoscenza, di sviluppo della democrazia, di cooperazione e di pace, rischierebbero di non trovare più piena corrispondenza e di essere compromessi.

Pertanto tutti questi atti già realizzati con successo dal Comune di Vernio perderebbero i suoi effetti giuridici. Vernio ne riceverebbe una chiara perdita dal punto di vista culturale, poiché tutto il lavoro svolto dovrebbe essere ricostruito, rifatto, da una nuova entità amministrativa creata dalla fusione dei Comuni della Val di Bisenzio. E' importante rilevare che tra i tre Comuni che discutono dell'ipotesi di fusione, Vernio è l'unico che ha il riconoscimento internazionale di comuni partner di **Francia, Belgio e Germania**.

In questo modo, se fosse fatta una fusione tra i Comuni della Val di Bisenzio, l'unico che ne soffrirà, dal punto di vista delle relazioni internazionali costruite in un trentennio, sarà Vernio e il suo popolo. Ciò perché una volta fatta la fusione, i patti internazionali perderebbero i suoi effetti, in quanto Vernio, quale entità autonoma, avrà cessato di esistere.

Proseguendo l'analisi dei problemi che sorgerebbero nell'ipotesi della fusione tra i tre Comuni, una grande discussione susciterebbe la questione dell'immobile da individuare quale futura sede amministrativa del Comune.

### 3.1 LA SEDE DEL NUOVO COMUNE

In accordo con lo Statuto del Comune di Vernio, la sede del Comune, è il centro rappresentativo e di riunione degli organi, attualmente il Palazzo Comunale, appartenuto alla storica famiglia de' Bardi nella antica frazione-capoluogo di San Quirico di Vernio, e da tale famiglia, imparentata con quell'ancora più famosa dei Medici, lasciato in eredità al Popolo dal Conte Ridolfo de' Bardi. Si riuniscono usualmente il Consiglio Comunale e la Giunta (Articolo undici, Statuto di Vernio).

Analizzando la situazione e i Comuni coinvolti in un eventuale processo di fusione (Vernio, Cantagallo e Vaiano) occorrerebbe il cambiamento della attuale sede amministrativa, con assoluta certezza. Così, naturalmente la nuova sede si stabilirebbe nel centro più popoloso.

Lo stesso dovrebbe accadere con l'ipotesi di fusione per il comune di Cantagallo, donde l'attuale palazzo civico, sede comunale, ubicato in Luicciana che è il suo capoluogo *-in conformità con l'item tre. Dell'articolo sei dello Statuto di Cantagallo-*, con assoluta certezza non avrebbe più lo stesso status e dal punto di vista amministrativo cesserebbe di esistere.

Dalla lettura degli statuti dei tre Comuni, Vernio e Cantagallo, crediamo che un'eventuale fusione sarebbe un affronto ai principi fondamentali che caratterizzano ciascun popolo. Come Vernio, anche Cantagallo dovrebbe mettere in discussione il suo precetto fondamentale, così scritto, *in verbis*:

TITOLO I - NORME GENERALI –Statuto del Comune di Cantagallo

ART. 1 - Principi fondamentali [...]

3. Promuove un equilibrato sviluppo socio-economico del territorio nel suo complesso, sia garantendone l'integrità e la corretta utilizzazione anche attraverso il patrimonio comunale nonché **valorizzando le caratteristiche sociali, culturali** e produttive di ciascuna frazione.

Non faremo senza dubbio alcuna valorizzazione delle caratteristiche sociali e culturali delle frazioni se si procedesse alla soppressione della rappresentanza dei cittadini per mezzo dell'eliminazione dei suoi rappresentanti, con la sola intenzione di "tagliare le spese." Quello che stiamo tagliando è pure la storia locale. Sfidando i principi fondamentali affermati dalla Comunità locale.

Analizzeremo ora la struttura di ogni comune coinvolto, cioè: Cantagallo, Vaiano e Vernio, e, valuteremo i dati approssimativi ai quali abbiamo avuto accesso, al fine di motivare il nostro parere contrario alla fusione dei comuni:

- a) Cantagallo: *approssimativamente* 3.000 abitanti;
- b) Vaiano: *approssimativamente* 10.000 abitanti;
- c) Vernio: *approssimativamente* 6.000 abitanti.

Pertanto, la posizione della sede principale del Comune probabilmente sarebbe individuata nel territorio in cui si trova Vaiano, essendo il più popoloso.

Di conseguenza, con il venir meno della attuale sede amministrativa di Vernio – Palazzo de' Bardi-, e anche di quella di Cantagallo - Via Giuseppe Verdi, 24,

Luicciana - l'incontro dei cittadini con i propri rappresentanti sarà, sia quantitativamente che qualitativamente, sicuramente ridotto e seriamente compromesso.

### 3.2 PERDITA DI RAPPRESENTANZA DEI CITTADINI DI VERNIO E CANTAGALLO

Oltre l'analisi compiuta sulla quantità di popolazione presente in ogni comune ha una grande importanza considerare lo spazio territoriale di ciascuno, di Vernio, di Cantagallo e di Vaiano. Potremo così comprendere l'interesse che motiva alcuni ad intraprendere la strada della fusione.

Secondo i dati cui abbiamo avuto accesso, Cantagallo ha il più grande territorio tra i tre, ma con la popolazione più piccola, seguita da Vernio e Vaiano, vediamo:

*Comune di Cantagallo: novantacinque chilometri quadrati/ 3.000 abitanti*

*Comune di Vernio: sessantatré chilometri quadrati/ 6.000 abitanti*

*Comune di Vaiano: trentaquattro chilometri quadrati/ 10.000 abitanti*

Considerando che con il processo di realizzazione della fusione è presumibile che siano ridotti gli uffici amministrativi e le loro funzionari, così come avrà sicuramente luogo, la perdita d'importanti figure di rappresentatività per i Comuni di Vernio e Cantagallo. Ciò perché molto probabilmente, il nuovo Comune avrà sede nell'attuale territorio di Vaiano, in quanto più popoloso, come precedentemente già messo in rilievo.

Il nuovo comune, risultante dalla fusione, dovrà scegliere come sede principale una tra le tre sedi già esistenti, abbiamo visto che non potrà costruire un'altra sede in un territorio, diciamo, centrale; considerando che la motivazione principale per la fusione è stata giustamente individuata nella realizzazione di economie, con tagli delle spese amministrative. Sicuramente, la nuova amministrazione non sarà insediata nella sede di Cantagallo, né di Vernio. Pertanto, solo i cittadini di Vaiano potranno beneficiare della fusione che stiamo analizzando.

Coloro che propugnano l'idea di effettuare la consultazione pubblica, formalizzando da parte del Consiglio Regionale della Toscana, con apposita decisione, il *referendum* popolare, sostengono che la fusione tra i Comuni porterebbe risparmi alla spesa pubblica, con più efficienza amministrativa, senza perdere l'identità culturale, e il mantenimento di rappresentanza popolare, stanno secondo me sbagliando.

Andiamo avanti analizzando il **Decreto Legislativo 18 agosto 2000, n. 267**  
Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali.

Prima di iniziare a leggere il decreto sull'ordinamento degli enti locali, per le parti che possono essere messe in relazione con il caso della fusione tra i Comuni della Val di Bisenzio, si tenga ben presente un importante avvertimento:

Avvertenza!

Il presente decreto legislativo è pubblicato, per motivi di massima urgenza, senza note, ai sensi dell'art.otto, comma tre del regolamento di esecuzione del testo unico delle disposizioni sulla promulgazione delle leggi, sulla emanazione dei decreti del Presidente della Repubblica e sulle pubblicazioni ufficiali della Repubblica Italiana, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 14 marzo 1986, n. 217.

In questo decreto troviamo la giustificazione giuridica di cui sopra, che permette ai comuni istituiti dalla fusione di due o più comuni contigui per mezzo del suo nuovo statuto comunale, di prevedere l'istituzione di municipi nei territori delle comunità di origine o di alcune di esse (Articolo sedici, item 1 e 2, Dec. Leg. N. 267/2000).

Pertanto, l'unico modo per argomentare che la fusione dei Comuni non porterebbe alla perdita di rappresentatività per i suoi cittadini, sarebbe di prevedere l'istituzione - o anche il mantenimento- della attuale struttura ma attuando una sorta di decentramento, cioè, prevedere un solo Sindaco, ma creando nuovi momenti di rappresentanza. In pratica si verrebbe così a mantenere gli stessi costi, o ad aumentarli, ma con meno potere decisionale degli organi e quindi con una riduzione di rappresentanza. Per capire meglio, ci basta notare l'item due del decreto citato, e si può osservare:

2. Lo statuto e il regolamento disciplinano l'organizzazione e le funzioni dei municipi, potendo prevedere anche organi eletti a suffragio universale diretto. Si applicano agli amministratori dei municipi le norme previste per gli amministratori dei comuni con pari popolazione.

Pertanto, dopo il periodo di eventuale incentivo finanziario, sia della Regione Toscana che dello Stato, previsto per agevolare le fusioni e di cui si potrebbe eventualmente fruire, in genere per dieci anni, tutte le spese amministrative probabilmente poi ritornerebbero. E comunque per i Comuni coinvolti si saranno provocate grandi conseguenze sul piano culturale, sociale, storico, internazionale ed economico.

### 3.3 VERNIO E CANTAGALLO DIVERREBBERO CON LA FUSIONE FRAZIONI DI VAIANO

Con la fusione dei Comuni probabilmente non sarebbero mantenute in vita tutte le strutture pubbliche esistenti in ciascun territorio e, di conseguenza avremmo la riduzione delle medesime, anche di quelle dello Stato, attualmente esistenti a Vernio, così come di quelle esistenti a Cantagallo, poiché sarebbero eliminate.

Saremmo di fronte ad una situazione molto difficile. Il mantenimento delle due strutture esistenti delle Caserme dei carabinieri, per esempio, sarebbe assai difficile e ben presto si perverrebbe ad un solo sito al servizio della sicurezza pubblica, che sarebbe posta, sicuramente, nel capoluogo del nuovo comune, che di certo avrebbe la sede principale a Vaiano. Ciò perché non sarebbe economicamente comprensibile mantenere le due strutture dei Carabinieri a Vernio e a Vaiano.

Inoltre, mantenere l'autonomia del sistema delle scuole, come quella oggi esistente con i due Istituti Comprensivi di Vernio e di Vaiano, non sarà economicamente possibile, così come per il sistema postale e altri specifici importanti servizi.

Poiché l'unico motivazione che giustificerebbe la fusione tra i Comuni sarebbe l'apparente economia che si potrebbe realizzare, solamente virtuale, e che in realtà diventerebbe invece perdita di efficienza della pubblica amministrazione, la concreta conseguenza sarebbe che per far fronte alla domanda di servizi di un territorio sparso e montano, si sarebbe costretti a spendere più risorse.

Dell'analisi della legge regionale 12/2006, che dispone sull'importante tema in materia di polizia comunale e provinciale, vediamo che tra i comuni della Val di Bisenzio è stato possibile promuovere la gestione associata delle strutture della polizia municipale (l.r. 12/2006, Art. 4), *in verbis*:

Art. 4

Gestione associata

1. Più comuni possono provvedere alla gestione associata delle strutture di polizia municipale nelle forme previste dalle vigenti disposizioni di legge.

In questo modo la cooperazione tra i comuni della Val di Bisenzio si presuppone avrebbe potuto estrinsecarsi andando a realizzare una concreta utilità e a creare una struttura di polizia locale più forte, organizzata e presente sul territorio.

In realtà, la stessa legge regionale n.12/2006 (Toscana), proprio a rafforzamento della nostra preoccupazione per la fusione dei Comuni, all'articolo quattordici, applicandolo al caso specifico della Val di Bisenzio, indica implicitamente,

di fatto, come consigliabile il mantenimento delle tre sedi territoriali precedentemente esistenti, manifestando inoltre la priorità che la polizia municipale dovrebbe dare alla presenza sui territori amministrati.

Quindi, se abbiamo invece un solo territorio, un solo comune, invece di avere le tre strutture, come precedentemente, il corpo di polizia naturalmente sarà presente principalmente dove c'è la sede amministrativa comunale. Poiché, evidentemente, non sono state mantenute tutte le strutture esistenti prima della associazione del servizio, *in verbis*:

Art. 14 Corpo di polizia municipale [...]

2. I corpi di polizia municipale, ove possibile, privilegiano un'organizzazione improntata al principio del decentramento e adottano moduli operativi di prossimità nei confronti della collettività amministrata dall'ente locale di appartenenza.

Ci pare chiaro a questo punto che questo virtuale risparmio di risorse, che alcuni portano come argomento per scelte che porterebbero a cancellare l'esistenza di comuni storici italiani, non costituisce una formula magica che consenta di mantenere la compatibilità fra rappresentanza popolare e la fusione. Avremmo in tal caso, invece, una grande concentrazione burocratica nel capoluogo, che si verrebbe a localizzare probabilmente a Vaiano, in quanto centro abitato più popoloso, nonostante sia quello con più ridotta dimensione territoriale. Inoltre, probabilmente, tutte le risorse provenienti dalla regione Toscana e dallo Stato italiano sarebbero concentrate nella sede amministrativa di Vaiano.

#### **4 IL LEGAME DEL POPOLO DI VERNIO CON LE SUE RADICI**

Il modo in cui si è sviluppato il processo di consultazione dei cittadini della Val di Bisenzio, le persone interessate, sul tema del comune unico con la fusione amministrativa e territoriale, trova supporto legale sia nella norma nazionale che in quella locale. È evidente che la forma con la quale tale consultazione si è svolta tra i comuni della Val di Bisenzio, in modo da far emergere ed ascoltare la volontà popolare, ha rafforzato il rapporto democratico tra le istituzioni, sia sul piano politico che sociale. Il meccanismo adottato per rilevare l'opinione popolare è stato pienamente consono alla legge applicabile al processo elettorale in materia di fusione tra comuni limitrofi. Si è trattato, quindi, di consentire alla popolazione locale un grande e approfondito dibattito finalizzato a favorire l'espressione delle proprie opinioni.

Alla fine di tale processo, dopo aver considerato l'opinione popolare, saranno utilizzati dal potere politico istituzionale gli argomenti emersi nelle considerazioni della maggior parte della popolazione interessata per scegliere democraticamente condivise, nel rispetto dell'esito della consultazione svolta.

Nel caso che, con la consultazione pubblica, la maggioranza della popolazione dei tre Comuni si fosse schierata per la scelta della fusione dei tre Enti, ciò costituirebbe la motivazione fondante per l'elaborazione di un progetto di legge da sottoporre al Consiglio Regionale della Toscana, in quanto competente per la decisione relativa allo svolgimento di un referendum istituzionalmente strutturato, per la fusione tra i comuni.

Il *modus operandi* con il quale si è svolto la divulgazione dei materiali sul processo di fusione della Val di Bisenzio, così come l'organizzazione della raccolta dell'opinione dei cittadini, per mezzo delle assemblee pubbliche programmate nei maggiori centri abitati dei singoli comuni, conformemente agli indirizzi enunciati nel comunicato stampa della Unione dei Comuni, sono legittimi, e rispettano tutte le legge applicabili a questo processo di consultazione pubblica. Tuttavia, nonostante la legittimità del processo di consultazione popolare che si è svolto nella Val di Bisenzio, siamo assolutamente contrari alla fusione tra i tre Comuni.

Ciò perché al risparmio virtuale che s'intenderebbe ricavare non corrisponderebbe affatto un corretto riscontro sociale ed economico. Vernio possiede un grande territorio con nuclei storici abitati decentrati, principalmente in aree montane, come per esempio Cavarzano, che si trova a più di cinque chilometri del capoluogo San Quirico, e tante altre frazioni sparse. Così, trasferire oggi la sede istituzionale, dallo storico Palazzo de' Bardi al centro abitato di Vaiano, avrebbe causato una perdita senza misura per la popolazione locale.

Per tutto quello che abbiamo potuto esporre, con tutte le informazioni possibili su questo tema della fusione tra Comuni, inclusi gli aggiornamenti concernenti le più recenti normative emanate sia da parte dello Stato centrale che di quello regionale della Toscana, osservando gli statuti del Comune di Vernio e di quello di Cantagallo, riteniamo di avere espresso il nostro parere legale in base alle leggi in vigore nel Paese peninsulare, nella forma che valutiamo più a voi opportuna. Riteniamo opportuno anche sottolineare che il tempo che abbiamo avuto a disposizione per la preparazione di questo documento era assai ridotto per il compimento di una così vasta analisi.

Infine, si ritiene opportuno testimoniare da parte dell' Avv. Tozzini il più profondo rispetto e ammirazione per il lavoro del Sindaco Cecconi a favore del Comune di Vernio, come primo cittadino, che ha le sue radici in questo luogo, e anche per l'enorme dedizione a questo territorio così ricco di storia, e che così tanto bene ha rappresentato, anche a livello internazionale, in onore dello Statuto di Vernio,

e del suo art. 9, come un vero comune d'Europa, ma anche un comune del mondo, conosciuto anche in America, così come in Brasile.

Il tema dell'autonomia è per Vernio particolarmente rilevante poiché se in Italia la storia dei comuni, che viene da lontano, dall'età prerinascimentale, ha particolare importanza e le popolazioni si sentono ad essa legate, ciò vale tanto più per Vernio.

#### 4.1 LA CONTEA DI VERNIO MANTENUTASI AUTONOMA SIN DAL 1332

La Contea di Vernio fu una terra governata dalla potente famiglia fiorentina de' Bardi dal momento del suo acquisto da quella degli Alberti, nel 1332, per intermediazione del padre di Niccolò Machiavelli, fino, con il breve intervallo costituito dall'arrivo della Rivoluzione Francese alla fine del '700, al Congresso di Vienna del 1815. I Bardi riuscirono a difendere l'esistenza della loro Contea, vicariato imperiale, persino dal Granduca di Toscana Pietro Leopoldo (divenuto posteriormente a tal episodio l'Imperatore Leopoldo I), vincendo a fine '600, contro le iniziali pretese di quest'ultimo, una causa presso la Corte Aulica di Vienna. Quest'ultima confermò il diritto dei Conti Bardi a mantenere il dominio sulla terra di Vernio in virtù di una bolla imperiale di Sua Maestà, l'Imperatore Carlo IV, del 1335, che nominava i Conti di Vernio vicari imperiali. Fra l'altro, tale status di vicariato imperiale proveniva, a Vernio, da un'ancor più antico atto, emanato dal cancelliere di Sua Maestà l'Imperatore Federico I nel 1155.

Solamente l'esistenza di questa secolare storia che riguarda questo specifico territorio, lunga cinque secoli, con la presenza della casata de' Bardi, imparentata, per mezzo di Contessina Bardi, moglie di Cosimo I il Vecchio, con quella dei Medici, protagonisti del Rinascimento fiorentino e italiano, giustifica la resistenza alla fusione con i territori limitrofi, al venir meno del ruolo rivestito dalla Comunità di Vernio e dai suoi Conti in un prestigioso passato.

Non occorre, infatti, soffermarsi particolarmente a ricordare il ruolo della casata dei Bardi nella Firenze rinascimentale, nella promozione della Camerata Fiorentina (alle radici della storia dell'Opera italiana), al loro ruolo nella fondazione dell'Accademia della Crusca (che un ruolo importante ha rivestito, e riveste, per la lingua italiana), alla presenza di suoi esponenti in una serie innumerevole di posizioni strategiche, sul piano culturale, filantropico, religioso, militare, etc. nel corso di diversi secoli.

Certamente i "tempi" cambiano continuamente, la storia si evolve, si possono determinare anche le condizioni per mutamenti istituzionali locali, e si possono agevolare tali mutamenti dimostrandone la positività e/o la necessità; non crediamo che sia da tener ad esempio l'immobilismo storico di quasi cinque secoli del

“Feudo di Vernio” di bardiana memoria, periodo che comunque costituisce per Vernio una ricchezza storico-culturale originale e di valore assai elevato, ma, come abbiamo già rilevato, non pensiamo nemmeno che l’innovazione debba significare necessariamente un valore in sé.

Una questione non secondaria riteniamo sia quella concernente il senso d’identità e allo spirito di coesione che resiste adesso in modo assai pronunciato nelle comunità della Valle e che con un’unificazione dei tre comuni potrebbe invece portare, al contrario, ad un appiattimento, ad una perdita di senso d’identità e attaccamento alla propria terra. Certamente con la “globalizzazione” e l’innesto di provenienze diverse, dalla città, con la ripresa del gusto di abitare in luoghi ambientalmente più interessanti, dove la qualità della vita è migliore, ed anche con l’aumento della presenza di origine “straniera”, un approccio nuovo, anche positivo e di apertura, si rende necessario e si sta evolvendo anche autonomamente, ma il senso d’identità e la coesione sociale che nelle nostre comunità, soprattutto nell’Alta Valle, persistono, credo siano valori da coltivare e promuovere e non da disgregare.

In questo senso, certamente, non crediamo che la riunificazione in un unico comune aiuterebbe il mantenimento delle caratteristiche identitarie; non si tratta solo di “campanile” quanto di senso di consapevolezza delle proprie radici e delle connotazioni storiche del territorio che induce ad un particolare attaccamento alla propria terra e ad un senso di Comunità che costituisce anch’esso un valore importante e da tenere presente. E se assegniamo poca importanza a questo valore e più all’efficientismo e alla contiguità spaziale viene da domandarsi quale senso ha il permanere di tanti comuni diversi nell’arco dei 30 km della piana Firenze-Prato-Pistoia ormai completamente saldata da un *continuum urbanizzato* (poco più di 30 Km, fra l’altro corrispondenti alla stessa lunghezza della Valle del Bisenzio). E ancora, se l’argomento principale per la fusione dei tre comuni è il risparmio economico, citando una battuta fatta da un partecipante a un dibattito fatto a suo tempo su questo tema in Valbisenzio che ha fatto davvero sorridere, “perché non proporsi di risparmiare ancora di più formando un solo comune da Aosta ad Agrigento, cioè dal nord al sud della penisola italiana?”.

Avere un unico organismo politico-amministrativo per l’intera valle, un unico comune in qual modo ne rafforzerebbe l’immagine e la capacità “contrattuale”? Un unico sindaco saprebbe far valere gli interessi e le ragioni della Valbisenzio con forza maggiore di tre sindaci? Si potrebbero conquistare maggiori sostegni ed economici e finanziamenti europei, rispetto anche in questo caso all’egregio lavoro fatto negli anni e decenni trascorsi dalle Amministrazioni Comunale della Valle, semplicemente aumentando di un po’ il numero degli abitanti e riunificando tre comuni?

Non risulta che esistano né soglie dimensionali per l’accesso a bandi che erogano finanziamenti né maggiori capacità di contrattazione passando

rispettivamente da 6.000, 9.000 e 3.000 abitanti a unico comune di 18.000. Forse l'esistenza di un'unica entità anche da questo punto di vista potrebbe invece costituire uno svantaggio.

I problemi che si apporterebbero non sarebbero pochi. Già il comune di Cantagallo è fra quelli territorialmente più estesi della Toscana, riunificando i tre comuni si verrebbe ad avere un territorio di 192,43 Km<sup>2</sup>. Nella classifica degli 8.094 comuni italiani il nuovo comune avrebbe il 161° posto - su 8.094 - per superficie, con un territorio più esteso di quello di metropoli e città capoluogo di regione e di provincia come Milano, Napoli, Trento, Modena, Bologna, Ancona, Pisa, Siena ecc.<sup>6</sup>

Un territorio così ampio, con caratteristiche, seppur in diverso grado, montane e la scarsità di risorse a disposizione non si avvantaggerebbe certamente da un accentramento e da un allontanamento del centro di gestione politico-amministrativo. Sarebbe necessario mantenere, e chissà, forse intensificare, il decentramento di uffici e servizi che garantiscano il collegamento e l'accesso ai cittadini. I vantaggi ottenibili da una riunificazione dei tre comuni, ci sembrano, insomma, tutti da dimostrare.

## 4.2 LA FUSIONE DEI TRE COMUNI E L'IDEA DEL RISPARMIO ECONOMICO-AMMINISTRATIVO

Sui vantaggi di spesa che un'unificazione dei tre comuni della valle apporterebbe, preme evidenziare che essi prevalentemente potrebbero ricavarsi dall'esercizio associato di servizi, e i servizi già associati fra i tre comuni sono già diversi e assai importanti: Segretario Comunale, Protezione civile e incendi, Ufficio stampa, comunicazione e Ufficio Relazioni con il Pubblico, Ufficio gare e appalti, Ufficio tributi (fra Vernio e Cantagallo), Ufficio Controllo di gestione e la valutazione del personale, Biblioteche e Archivi Storici, Ufficio informatica, Catasto aree boschive, Barriere architettoniche, Accessi asili nido, Valutazione Impatto Ambientale.

Fra i tre comuni fu stipulato un accordo per portare il centro di cottura per la mensa scolastica in vallata e oggi ha questo servizio è organizzato insieme. Molti di questi servizi associati sono in essere da molti anni, qualcuno da oltre dieci anni, altri si sono aggiunti più recentemente e altri ancora sono allo studio per essere associati in futuro.

I comuni della Val di Bisenzio, hanno costituito servizi associati quando se n'è rilevata, per una soglia dimensionale più ampia, la convenienza organizzativo-gestionale ed economica, risolvendo, di fatto, in questo modo, laddove è ritenuta possibile e conveniente, la partita della razionalizzazione dei servizi e della spesa.

---

<sup>6</sup> In base ai dati ISTAT censimento 2001.

Già quasi una ventina sono gli uffici associati a livello di vallata e altri sono alla studio per una futura associazione, allorché, appunto se ne rilevi la convenienza organizzativo-gestionale ed economica. Ma ciò è cosa ben diversa dal "rassemblement" delle tre istituzioni comunali la cui identità, storia, vastità del territorio e meccanismi di partecipazione democratica alla gestione della cosa pubblica sono radicati e con un loro preciso, determinato e peculiare significato.

Allora puntare a un risparmio economico che rimane tutto da dimostrare con numeri alla mano, è obiettivo che è del tutto inconsistente, come abbiamo già detto, non solo perché molto è già stato fatto e solo qualcos'altro si può ottenere semplicemente associando l'erogazione di servizi, e utilizzando così al meglio il personale in quelle situazioni in cui, senza allontanare, anche spazialmente, l'erogazione dei servizi dai cittadini si possono individuare delle economie di scala.

Mentre riunire i comuni della vallata in unico ente, non porterebbe affatto a un risparmio significativo.<sup>7</sup> Gli organi di governo dei comuni hanno costi irrisori rispetto alle importanti funzioni che svolgono. Molti non sanno che un Consigliere Comunale percepisce per ogni riunione, e se ne fanno circa una decina all'anno, poco più di 10 euro netti! Un assessore, che s'impegna moltissimo nella cura degli interessi della Comunità che rappresenta, costa poco più di 300 euro al mese e assicura il collegamento con la popolazione, la cura delle specifiche problematiche segnalate, dà luogo a un apporto che presenta un rapporto costi-benefici esageratamente sbilanciato a favore di questi ultimi.

Un unico sindaco, poi, tenendo conto che passando a una popolazione più ampia, di quasi 20.000 abitanti quale avrebbe un unico ente, l'indennità aumenterebbe consistentemente, non costerebbe poi così molto meno di tre. Mentre, a giudicare dalla intensità e dalla quantità del lavoro che comporta già ora lo svolgimento di questo incarico, l'ampiezza del territorio della vallata e il frastagliamento dei suoi centri abitati, sicuramente potrebbe assai meno puntualmente di tre occuparsi delle cose che riguardano le comunità amministrare.

## CONCLUSIONE

Le motivazioni che muovono all'impegno istituzionale in un piccolo comune sono pura passione politica e spirito di servizio, non certo i compensi. Se si pensa al costo di un consigliere comunale o di un assessore di un piccolo comune come sono i nostri, i costi dei "gettoni" di presenza e o delle infime indennità di assessori e sindaci sono di gran lunga inferiori al servizio importante che questi svolgono nei confronti della Comunità che rappresentano. Non c'è confronto fra costi e benefici. Ha senso

---

<sup>7</sup> IRPET Istituto Regionale Programmazione Economica della Toscana – "Dimensioni dei governi locali, offerta di servizi pubblici e benessere dei cittadini".

cercare di risparmiare qualcosa cancellando un prezioso capitale sociale d'impegno civico a bassissimo costo sapendo ad esempio che migliaia di consiglieri e assessori di piccoli comuni in Italia costano tutti insieme l'equivalente di un paio di decine di deputati? <sup>8</sup>

La scomparsa degli organi elettivi dei tre attuali comuni con la riunificazione in uno solo significherebbe un accentramento in solo luogo della capacità decisionale e uno squilibrio nella funzione di rappresentanza. Inoltre un unico ente comunale favorirebbe i centri più popolosi, determinando un allontanamento dei cittadini abitanti nei centri minori dalle istituzioni comunali oggi percepite come le più vicine alla gente. E non consola in tal senso sapere che la legge consente il mantenimento di "Municipi" che, di fatto, sarebbero solo contenitori privi di qualsiasi istituzionale rilevanza. Si determinerebbe dunque un'effettiva riduzione di democrazia, non compensata affatto da vantaggi economici, da risparmi di spesa per la riduzione di sindaci, assessori e consiglieri che sono poco significativi.

Cercare soluzioni estemporanee come vari Governi nazionali hanno fatto negli anni recenti, non credo sia affatto una buona strategia, se si vuol bene davvero al nostro Paese. Servono ben più autorevoli riflessioni ordinamentali e riforme condivise fatte da una direzione del Paese che non si proponga di lavorare per slogan e spot propagandistici ma per costruire davvero un sistema delle autonomie locali che funzioni e che possa fornire il suo importante contributo a recuperare ritardi e fare dell'Italia un Paese più adeguato alle sfide che è necessario affrontare.

La discussione e il confronto, in senso lato, sono sempre positivi e costruttivi, ma riteniamo che l'opzione di rivedere gli assetti istituzionali dei comuni in Italia debba profilarsi a più lungo termine, legata a scelte normative più ampie, al nuovo ordinamento delle autonomie locali, a una svolta autenticamente federalista, quella tendente a un vero rispetto delle Autonomie Locali, mentre negli scorsi anni abbiamo assistito in Italia più al tentativo di affermazione di un gretto e progressivo centralismo statale. Per questo motivo riteniamo che la proposta di riunificare i tre comuni della Valle del Bisenzio sia in questo momento fuori tempo e inadeguata.

Questa, naturalmente, la nostra opinione, che corrisponde alle conclusioni cui si perviene anche con il lavoro di analisi giuridica compiuto puntualmente nella disamina dell'argomento che precedono queste considerazioni finali, come contributo tecnico-giuridico inviato in Italia dal Brasile, nell'anno 2013, quando la discussione sul tema della fusione dei Comuni nella Val di Bisenzio era nel pieno del suo fervore.

---

<sup>8</sup> Cfr. A. Misiani, F.R.Frieri, "Proposta per i piccoli Comuni: associarli ma non cancellarli" Quotidiano L'Unità 22-08.2011.

## BIBLIOGRAFIA

ANCI - Dip. Funzione Pubblica, Rapporto sullo stato del processo di esternalizzazione delle funzioni e dei servizi dei Comuni, <http://www.anci.it>. Editore Associazione Nazionale Comuni Italiani, Roma, 2007.

ANCI TOSCANA gestioni associate e fusioni di comuni: in Toscana un cantiere aperto - il punto di vista del comitato direttivo - 7 marzo 2013, Anci Toscana Firenze, 2013.

CASTRO, Antonio del. (Sacerdote Fiorentino) Vita della Beata Berta dei Conti di Vernio – già signori di Vernio Monaca nel venerabil monistero di S. Felicità di Firenze. Anno 1685. Casa editrice Color 55 di Campi Bisenzio. Ristampa del Settembre 2011. A cura del Comune di Vernio, Giampiero Guarducci (bibliofilo pratese) e Compagnia dell'Aringa di S. Ippolito di Vernio.

CECCONI, Paolo; LUCARINI, Paolo. Contro Anacleto Francisci (già segretario del Comune di Vernio). Legittima Difesa della Commissione d'Inchiesta eletta dal Consiglio Comunale di Vernio. A cura del Comune di Vernio.

EUROPE. Council of Europe. "The Size of Municipalities, Efficiency and Citizen Participation", Local and Regional Authorities in Europe, n. 56, 1995.

FRASCHINI, A., OSCULATI, F., (2006), "La teoria economica dell'associazionismo tra enti locali", Università del Piemonte Orientale - Dipartimento di politiche pubbliche e scelte collettive POLIS, Workingpaper, n. 71, Vercelli, 2006.

GORI, Orsola. Una dona del Rinascimento. Contessina Bardi. Accademia Bardi. Vernio, 2012. Stabilimento Tipografico Pliniana. Selci-Lama (PG).

IOMMI, S., "La Toscana: una lunga esperienza nella cooperazione intercomunale", in AA.VV. (a cura di), La finanzia territoriale in Italia. Rapporto 2012, Franco Angeli Editore, Milano, 2012.

IRPET - Istituto Regionale Programmazione Economica della Toscana – "Dimensioni dei governi locali, offerta di servizi pubblici e benessere dei cittadini". Lo studio fa parte di una collana a diffusione digitale e può essere scaricato dal sito Internet: <http://www.irpet.it>. ISBN 978-88-6517-045-8 – Firenze, 2013.

ISTAT, L'Italia in 150 anni. Sommario di statistiche storiche 1861-2010, <http://www.istat.it>. Casa Editrice Istat - Istituto nazionale di statistica, Roma, 2011 - consultazione nel sito web effettuata nel dicembre 2013.

\_\_\_\_\_. Annuario statistico 2010, <http://www.istat.it>, Casa Editrice Istat - Istituto nazionale di statistica, Roma, 2011 - consultazione nel sito web effettuata nel dicembre 2013.

MARCELLI, I. Gli Archivi Bardi di Vernio –Inventario del Fondo Bardi Serzelli - La Biblioteca dell'Orso, Centro Bardi, Lucca, 2006.

MINAGLIA, A. Gli Archivi Bardi di Vernio – Inventario della Compagnia di San Niccolò di Bari– La Biblioteca dell'Orso, Centro Bardi, Lucca, 2006.

MISIANI, A.; FRIERI, F.R. "Proposta per i piccoli Comuni : associarli ma non cancellarli" Quotidiano L'Unità, 22-08.2011, Pag. 17 – Foglio 1, Roma, 2011.

PICCONI, N. "Pd, c'è troppa fretta sul Comune unico" Quotidiano La Nazione 08-05-2013, Pag.12, Firenze, 2013.

MANUCCI, Umberto; SARTI, Arianna. La Società della Miseria. Uomini, fame e allegria in Val di Bisenzio. Stabilimento grafico Rindi. Prato. 2000.

MONTANARI, Uberto C. Vernio Leggendaro. A cura del Comune di Vernio. 2010.

NANNINI, Lisa; STEFANACCI, E. Mario. La Biblioteca "Petrarca" e la Scuola. Concorsi, feste, temi. 2011. Gruppo Editoriale L'Espresso S. p. A. Roma.

\_\_\_\_\_. La Scuola Elementare a Vernio. Storie e immagini di edifici, alunni e insegnanti. Edizione "Il Leccio". Tipografia Thomas. Vernio, 2012.

ONIDA, Valèrio. La Costituzione. La legge fondamentale della repubblica. Casa Editrice Il Mulino. Bologna. 2ª edizione, 2007.

VERNIO. Unione dei Comuni della Valbisenzio: In Val di Bisenzio un unico comune? Documento per la consultazione unitaria dei cittadini della Val di Bisenzio. Vernio, 2013.

---

# LA DICTADURA POPULISTA DE JUAN VELASCO ALVARADO EN EL PERÚ DE LOS 60

---

Edgardo Torres López<sup>1</sup>

## 1 ANTECEDENTES

En el Derecho Romano clásico la acepción de dictadura, era diferente a la que conocemos en nuestros días. Abrahán Siles Vallejo sostiene que la dictadura era un régimen de gobierno extraordinario, que no colocaba al dictador fuera de la Constitución; que la dictadura tenía la exclusiva finalidad de preservar el orden constitucional, la República y sus instituciones de gobierno ordinario frente a un peligro grave. Por eso Carl Friedrich sostuvo que «en la República Romana la dictadura supuso por siglos un baluarte a favor del régimen republicano, y no condujo a la usurpación de poderes», y Karl Loewenstein que en el modelo romano, la dictadura se hallaba prevista constitucionalmente y solo debía servir para el mantenimiento de la Constitución.<sup>2</sup> En la historia se conoce que no todos los dictadores respetaron dicha norma; algunos como Julio Cesar, rompieron el orden constitucional y pretendieron perpetuarse en el poder.

La acepción de dictadura en nuestros días, no se asemeja al concepto clásico del Derecho Romano; no significa la defensa del orden constitucional, sino su ruptura.

La única manera legal que un régimen democrático, tiene para defenderse a sí mismo, ante una situación extremadamente grave, es aplicar los mecanismos que la Constitución posibilita. (Suspensión temporal de garantías, referéndum; adelanto de elecciones etc.); para evitar la vulneración de los derechos humanos y causar el menor daño posible. El Estado Constitucional de Derecho, rechaza las dictaduras cualquiera sea su signo. Asimismo el ordenamiento jurídico internacional las proscrib; tanto así que los dictadores tienen que vestir su régimen con apariencia democrática.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito. Juiz Superior da Corte Superior de Justiça de Lima Norte/Peru.

<sup>2</sup> file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-LaDictaduraEnLaRepublicaRomanaClasicaComoReferente-4932966.pdf.

Las dictaduras por lo general, nacen por *golpe de estado, rebelión o revolución, si fracasan son consideradas delitos contra el orden público, penados por ley ordinaria y por la militar; y si triunfan momentánea o indefinidamente, generan una nueva legalidad.*

*El golpe de estado* es la toma del poder político, de un modo repentino, y de forma violenta, por parte de un grupo de poder, violando la legalidad institucional establecida en el **Estado de Derecho**.

*La rebelión consiste en el levantamiento público y hostil contra los poderes del Estado.* Puede implicar un levantamiento masivo, organizado y con un contenido político definido. No necesariamente tiene por objetivo derrocar al gobierno establecido, sino que suele tratarse de un levantamiento armado para contradecir violentamente decisiones del gobierno o desconocer parte del ordenamiento jurídico. Una rebelión, por ejemplo, podría querer limitar o poner fin a un régimen autoritario, pero no necesariamente ser un intento por llegar al poder e imponer un nuevo régimen. Esa es una de las principales **diferencias entre una rebelión y una revolución**.<sup>3</sup>

La revolución es un *cambio violento en las instituciones políticas, económicas o sociales de una nación.* Un levantamiento armado y masivo que pretende generar un cambio profundo y definitivo de las estructuras políticas, económicas y sociales de una nación. Implica una lucha contra actores colectivos antagónicos. Ejemplos de **Revoluciones son la revolución francesa que derrotó al Rey de esa época y la Rusa** que derrocó el régimen absolutista del Zar e impuso la denominada dictadura del proletariado, con el fin de instaurar una sociedad sin clases; generando en realidad una opresión mayor.

Las revoluciones entendidas de esta manera, con la consiguiente reacción de quienes no aceptan sus objetivos, a lo largo de la historia han incurrido en vulneraciones masivas de los derechos humanos, antes durante y después del triunfo de sus líderes y promotores.

El "Libro negro del comunismo" estima en cien millones los muertos por represión en los distintos regímenes comunistas. De ellos, dos tercios (65 millones de personas) perdieron la vida en China, especialmente durante las dos grandes etapas de represión: Las denominadas "Revolución Cultural" y "Gran Paso Adelante". Le sigue la Unión Soviética, con un genocidio de 20 millones de personas, a lo que hay que sumar s 2 millones de muertos a manos del Gobierno en Camboya, otros tantos

---

<sup>3</sup> <http://www.vix.com/es/btg/curiosidades/7868/diferencias-entre-una-revuelta-una-rebelion-y-una-revolucion>.

en Corea del Norte, 1,7 en África, 1,5 en Afganistán, un millón de personas en Europa del Este y varias decenas de miles en Iberoamérica.<sup>4</sup>

En la guerra contra el terrorismo en el Perú, según informe de la Comisión de la Verdad se padeció aproximadamente 70,000 muertes. En las dictaduras de Argentina de Jorge Rafael Videla, y Leopoldo Galtieri 30,000.

Según María Werlau, Directora Ejecutiva de Archivo Cuba, un proyecto dedicado a documentar los crímenes de gobierno cubano; 8.190 personas habrían sido asesinadas por el régimen de Fidel Castro desde su llegada al poder en 1959, y otras 200 desaparecido; de los 8.190 muertos, 5.775 fueron ejecutadas y 1.234 asesinadas en forma extrajudicial. Otros 984 fueron víctimas de homicidios provocados en las prisiones, informa Europa Press.<sup>5</sup>

Para preservar la vida, la libertad y respetar los derechos humanos, el Estado Constitucional de Derecho, es constante en enseñar que la solución de los problemas sociales y económicos, deben efectuarse, por vías pacíficas y legales; proscribiendo la dictadura y la arbitrariedad.

## 2 OPRESIÓN, RIQUEZA Y POBREZA EN EL CAMPO



Hasta la década del 60 en las zonas rurales del Perú, se vivía un régimen príncipesco a favor de los grandes hacendados y opresivo en contra de los trabajadores agrícolas. Dicho régimen para algunos investigadores no era feudalismo o semi feudalismo como en el siglo IXX se vivió en Europa; era una forma de esclavitud,

principalmente de indígenas en los valles y la serranía; y de negros y chinos en la costa peruana.

<sup>4</sup> <http://www.libertaddigital.com/mundo/cien-millones-de-muertos-por-la-represion-comunista-1276291369/>

<sup>5</sup> <https://www.taringa.net/posts/info/17464596/Muertos-en-la-Dictadura-de-Fidel-Castro.html>

Algunos indígenas en las haciendas de la sierra, llevaban la peor parte; eran oprimidos y explotados considerados casi como esclavos por parte de hacendados extranjeros y peruanos;<sup>6</sup> algunos solo alimentados con alcohol, agua, coca y forraje del que sobraban los caballos y los cerdos.

No tan grave, era la situación de los obreros en las haciendas de la costa norte en el Perú, en la década de los 50; pero también vivían en un estado de franca explotación y vasallaje.

Por ejemplo, Casa Grande que abarcaba la costa, sierra y parte de la selva norteña; era un enclave alemán en suelo peruano, de propiedad de la familia Gildemeister; un emporio de riqueza; conocido a nivel mundial por la producción de grandes cantidades de azúcar<sup>7</sup>.

Fue una de las primeras haciendas exportadoras de caña de azúcar en el mundo; los ingresos solo favorecían a sus propietarios. La mayoría de trabajadores y la población peruana, no gozaba de los beneficios de dicha prosperidad.

La referida hacienda, según información proporcionada por una persona que vivió allí, en condición de hijo de un obrero,<sup>8</sup> era como un país dentro de otro país; con autoridades propias, construcciones, lugares de esparcimiento e incluso monedas y billetes originarios.



Hacienda Casa grande im Tshole Chirama.

Los alemanes que dirigían la hacienda, tenían locales exclusivos con lujo y confort; los peruanos vivían en condiciones deplorables.

<sup>6</sup> Podría parecer una exageración. Es en parte la realidad; así puede verificarse en diversos libros de historia y literatura. Un día escuché el testimonio de un hijo de un hacendado peruano cómo era el trato de opresión a los indígenas.

<sup>7</sup> Azúcar blanca, producida de la quema de la caña, y procesada con cal. Diversos estudios han demostrado los daños y perjuicios que pueden producirse por el consumo periódico de dicho producto.

<sup>8</sup> Gráficamente él me refirió que la situación que se vivía parecía a una película antigua, en la que se aprecia la esclavitud de los israelitas, como Moisés o Ben-Hur.

Algunos hacendados y personas relacionadas a ellos, eran simpatizantes del fascismo; se recuerda a uno con problemas de conducta, generados probablemente en la segunda guerra mundial, que volaba una avioneta, haciendo maromas en el aire y vuelos rasantes para fumigar las plantaciones, y de paso atemorizar a los aldeanos.



Unos cuantos alemanes eran sencillos, de trato cordial, humano, herederos de la cultura aristocrática alemana; opacados por los primeros. Casa Grande fue un crisol de razas, procedencias, y conductas, con relación a la propiedad de la tierra; dominio de las personas; dominio de la cultura, y conocimientos.

En la hacienda trabajaba un médico que se caracterizaba por la maldad en su trato. Rechazaba atender los partos de las trabajadoras. En una oportunidad le dijo a una mujer embarazada: Esta es la última vez que atiendo un parto tuyo. Al año siguiente, la mujer sin elección, nuevamente resultó embarazada. El médico la encerró en una habitación del consultorio y puso llave. Dijo ya regreso, y lo hizo; pasando el fin de semana. Cuando retornó, abrió la puerta. La mujer y su hijo ya estaban muertos, desangrados.

En esa época existía temor que los recién nacidos, especialmente varones, algún día pudiesen sobrepasar la población y el control de los hacendados.

Los obreros en el campo trabajaban desde el amanecer hasta el anochecer; en condiciones deplorables y remuneraciones ínfimas, que solo les permitía sobrevivir junto con su familia. Carecían de los más elementales derechos: Salud, educación para sus hijos; descanso vacacional.

En cambio los dueños de la hacienda emulando a la parábola bíblica “El hombre rico y Lázaro”, tenía un círculo cerrado de parientes y amigos, con los que hablaban su propio idioma; gozando de lujo, confort y riqueza; ignorando el sufrimiento humano.

### **3 LA ILUSIÓN DE LAS ARMAS<sup>9</sup>**

La extrema pobreza en el campo, las enfermedades y las injusticias se expandían como una epidemia; anidando ira, indignación rencor y sentimientos venganza, hacia los hacendados extranjeros y peruanos, opresores de los trabajadores de origen nacional, chino o africano.

En el Perú del Siglo XX se presentaba diversas alternativas para salir de la opresión de los hacendados, como en la historia sucesivamente se repite. La resiliencia y sometimiento pasivo; la rebelión armada; o la lucha legal por la libertad, para alcanzar progresivamente mejores formas de vida.

Algunos seguidores del APRA, (Alianza Popular Revolucionaria Americana) inicialmente eligieron decididamente el camino de las armas, impulsado diversas sublevaciones;<sup>10</sup> y recibiendo como reacción, persecución, muerte, destierro, y su máximo líder Víctor Raúl Haya de la Torre 5 años de asilo en la Embajada de Colombia en el Perú.

Por sufrimiento y reflexión, la mayoría aprista, con el paso del tiempo hizo del lado el camino de la rebelión armada; transformándose en un partido reformista, revalorando la opción democrática.

El pragmatismo político de Haya de la Torre, consiguió por indicada necesidad de sobrevivencia de su partido, una alianza con Odría, Presidente de la República que impulsó una persecución política contra él y sus seguidores en la década del 40. A partir de ese pacto trabajaron juntos en el Congreso de la Republica; en oposición al gobierno del Presidente José Luis Bustamante y Rivero; así también suscribieron un pacto con Mariano Ignacio Prado, con el objetivo de preparar el camino y llegar al gobierno y al poder; aplicando el lema seasap “solo el APRA, salvará al Perú.

El objetivo, aun cuando no se reconozca era llegar al gobierno y al poder reteniéndolo por tiempo indefinido, tal vez 40 años seguidos, según dijo públicamente el ministro Wilfredo Huayta, del primer gobierno del Apra, o como el PRI de México, (80 años) anhelo y práctica de diversos gobiernos que con prácticas dictatoriales han profundizado los grandes conflictos y crisis económica al interior de las naciones.

---

<sup>9</sup> Guarda tu espada — le dijo Jesús —, porque los que a hierro matan, a hierro mueren. Mateo 26:52.

<sup>10</sup> El 7 de julio de 1932 ocurrió una sublevación popular contra el gobierno, en la ciudad de Trujillo, norte del país, con participación de trabajadores de la hacienda Laredo, alumnos del Colegio Nacional San Juan, al mando de Manuel Barreto llamado “El Búfalo Barreto” de filiación Aprista

#### 4 LA INFLUENCIA DE LA REVOLUCIÓN CUBANA

En el contexto de opresión, injusticias y cuestionados pactos, lentamente en el Perú de los años 50, se fue gestando una revolución armada, alentada desde el exterior del país, con roles estelares de cabecillas entrenados en Cuba, Hugo Blanco, Luis de la Puente Uceda, Héctor Béjar, Javier Heraud, entre otros.

Lo que algunos no podían imaginar en ese tiempo, es que si triunfaba la revolución que impulsaban, a la luz de los acontecimientos históricos posteriores, en Cuba, Centro América, Venezuela, el remedio tal vez hubiese sido más grave o peor que la enfermedad que se sufría.

No lo pensaban así, los imitadores y peones en el tablero de ajedrez mundial, de las revoluciones soviética, china y cubana; que proclamaban alcanzar la dictadura del proletariado; la supresión de clases; la economía socialista, supuesta redentora de la igualdad y justicia social. Como si los males que sufría el país, se pudiesen vencer con males mayores.

Luis de la Puente, fue uno de esos caudillos, gran lector de libros y folletos guerrilleros; que rompió con el Apra, como protesta por los pactos suscritos por su partido; y eligió el camino de las armas.

El argumento de la ruptura fue que Haya de la Torre, había modificado el programa auroral de la “Alianza Popular Revolucionaria Americana” convirtiendo su partido en uno reformista.

Esto en parte fue cierto; pero también lo es, que un ideario político, no es una religión de pureza, un dogma para cumplir, o mandatos inalterables grabados en piedra. La realidad obliga a adecuar y mejorar los programas y las doctrinas, incluso a las propias ciencias sociales, que gozan de prestigio y aparente certidumbre.

Luis de la Puente, intentó regresar a los orígenes del aprismo; promoviendo la insurgencia, como la aplicación de la política por medios ilegales: Eligió el camino promovido por Fidel Castro y el Che Guevara: La subversión y las armas, para combatir el latifundismo; destruir el régimen democrático y el Estado Constitucional de Derecho representado en esos años, por Fernando Belaunde Terry. Su objetivo era implantar un nuevo sistema, adornado de frases como “democracia directa” “sociedad sin clases” “dictadura del proletariado” que escondía una esencia totalitaria y antidemocrática.

Dicho camino llevó a la muerte a decenas de jóvenes, como el poeta Javier Heraud y al propio Luis de la Puente Uceda, quienes fueron abatidos en la selva peruana de Madre de Dios, por las fuerzas del ejército, en la década del 60.

Fue una lástima que Javier Heraud un joven de 23 años elija el camino de las armas. Pudo haber seguido el camino de la lucha legal, realizando un magnífico aporte al desarrollo del país y de América Latina, como poeta e intelectual. Fue

capturado ideológicamente y utilizado como miles de jóvenes inocentes e idealistas que caen en brazos de movimientos mesiánicos e iluminados, que inoculan el dogmatismo, no respetan los derechos humanos, y constriñen o anulan la libertad en todas sus formas.

El poeta, en uno de sus poemas brinda hondo testimonio a los jóvenes, para no incurrir en el mismo error fatal.

5  
Si tú supieras  
qué difícil  
es vivir entre  
cadáveres,  
qué difícil  
caminar con  
los ojos cerrados,  
porque ya no se puede mirar.  
Y aquí ( tenías  
razón, toda la  
vida será un  
niño)

Canción al amigo de Javier Heraud

La semilla de la subversión estaba sembrada, y con el surgimiento de grupos subversivos se dieron tomas de tierras, asaltos a bancos, por grupos que emulaban a los montoneros argentinos, uruguayos y Túpac Amaros.

En una película peruana se muestra parte de la historia de un asalto a un banco, para fines subversivos. El film se titula **“Abisa a los compañeros”**, con b labial, tomando la frase de un poema de Cesar Vallejo; a Pedro Rojas revolucionario español.

**¡Abisa a todos compañeros pronto!**  
Palo en el que han colgado su madero,  
lo han matado;  
¡lo han matado al pie de su dedo grande!  
¡Han matado, a la vez, a Pedro, a Rojas!

¡Viban los compañeros  
a la cabecera de su aire escrito!  
**¡Viban con esta b del buitre en las entrañas**  
de Pedro  
y de Rojas, del héroe y del mártir!

El dinero mal habido de fuentes nacionales e internacionales, conforme se ha visto en numerosos casos, servía para financiar a la subversión, y también para beneficio de los cabecillas y personas cercanas a los subversivos; es decir no todos los guerrilleros eran revolucionarios románticos y generosos; algunos cabecillas proclamándose como representantes del pueblo, en realidad aprovechaban la guerrilla, para beneficio propio.

La influencia de la revolución cubana de 1960 era notoria. Las Universidades bullían de ideologías, convicciones, sentimientos y propaganda revolucionaria. En las plazas públicas más congestionadas, se obsequiaba o vendía a precio de regalo, libros y folletería de color rojo, elogiando y divulgando interpretaciones dispares de la ideología de Marx, Engels, Lenin Mao.

Asimismo y panfletos color negro o verde oliva, ensalzando a Fidel Castro, al Che Guevara, y a los representantes de la revolución cubana, presentados como paradigmas y modelos de un nuevo orden mundial. Al paso de los años se descubrió, que eran falsos líderes, promotores de la violencia y destructores de la democracia representativa, símbolos de la constante y persistente penetración ideológica, estructurada y preparada desde Rusia, China, y Cuba, en la llamada guerra fría.

Emulando al Quijote de la Mancha, que se trastornó por leer tantos libros de caballería, la penetración ideológica de los países comunistas, tenía el objetivo de envolver la mente y corazones de la juventud con ideas de odio subversivo contra el gobierno y los hacendados; disfrazados de supuesto amor por los pobres y oprimidos; inocular en la gente sencilla del pueblo un virus de envidia y repudio a las personas acomodadas; un rechazo al orden jurídico y a los Estados Constitucionales de Derecho; desobedecer sin que se advierta principios morales esenciales con supuestas ideologías redentoras; hacer pensar que el único camino de la mejoría económica y social era la dictadura del proletariado; utilizando cualquier medio, para lograr los fines propuestos.

Los libros y folleterías que inundaban los ambientes universitarios eran considerados doctrina “omnipotente” y “todo poderosa” presentada como si fuera ciencias sociales, que inducía a la violencia y al rechazo del orden jurídico y político democrático.

Claro está, que la literatura subversiva era parcializada, sesgada y difusora de medias verdades. No mencionaba las violaciones de los derechos humanos, los fusilamientos sin juicios o con juicios populares sin garantía alguna; las torturas a los presos políticos; las persecuciones en Rusia; las confinaciones en Siberia en Rusia; los 20 millones de homicidios en Rusia; y 78 millones en China; los miles de fusilados en Cuba; el imperialismo cubano en Angola, llamado eufemísticamente, solidaridad internacional; para embaucar y ganar adeptos; solo difundía las atribuidas hazañas

de los barbudos, como luchadores por la igualdad social, con supuestos logros en educación, medicina y deporte.

Asimismo, los autoproclamados redentores de América Latina, solo mencionaban las desigualdades y las injusticias del denominado “mundo occidental y cristiano” representado por Estados Unidos de América; las diferencias de clases, las grandes riquezas de los hacendados y capitalistas, y la extremada pobreza de la gente del pueblo.

Parafraseando a la biblia, podría decirse que los comunistas eran especialistas en mirar y denunciar la paja en el ojo ajeno; pero no veían la viga en el propio, es decir la opresión, extrema pobreza, falta de libertad; dictadura y violaciones a los derechos humanos, en los países de la denominada órbita soviética, china y cubana que en esa época admiraban y defendían. Eran ciegos guías de otros ciegos; que con el argumento de la liberación del pueblo, llevaban de la mano al pueblo, por el camino de la violencia y el despeñadero. Eran ciegos que no querían ver la opresión, escasez y temor, reinante en los países con gobierno dictatoriales; guiados por cabecillas promotores de la violencia, e ideología de odio, con una combinación de idealismo estulticia y desconocimiento de los valores del derecho, que rechazaban la solución de los problemas económicos y sociales por la vía del respeto a los derechos fundamentales de la persona humana.



Se presentaba a los subversivos, como ángeles justicieros o Robín Hoods; adalides de la moral y la solidaridad continental; apóstoles de un mundo nuevo; santos laicos, que traerían la igualdad venciendo al imperialismo norteamericano, a los malvados explotadores a los colonizadores extranjeros. Lo que no se decía es que los barbudos de esa

época de la denominada guerra fría, en el ajedrez mundial, trabajaban para el imperialismo soviético o chino; para los vendedores de armas; para los que no respetaban el ordenamiento jurídico.

A un inicio la revolución cubana, recibió el apoyo de su pueblo y de la comunidad internacional, e incluso de la iglesia, que acepta como último recurso legítimo contra la tiranía, la rebelión. La lucha contra la dictadura de Batista, generó el apoyo y solidaridad de todo el continente, incluso del pueblo norteamericano.

Lo que ya no se aceptó, fue al paso de los años la imposición de una nueva dictadura, que no respeta los derechos fundamentales, ni los principios democráticos

de elecciones libres legales y universales; apoderándose del gobierno y del poder por largas décadas con el apoyo de la Unión Soviética; dictadura que no obstante a la caída del muro de Berlín, continua hasta la fecha.

La dictadura generó la disidencia de diversos líderes y la deserción justa de parte de miles de ciudadanos, que fueron calificados por el régimen de Castro, como traidores, gusanos y otros injustos epítetos; cuando en realidad fueron ciudadanos que luchaban por su libertad, y algunos la consiguieron huyendo a Estados Unidos, o a otros países.

Cuando los supuestos revolucionarios sustituyeron a los tiranos; fueron tan o más tiranos que los primeros. Los extremos se unen según demuestra el científico Alexis Carrel, en su libro “La Conducta en la Vida”<sup>11</sup>. Ambos polos diferentes – no opuestos – en el fondo buscan riquezas, predominio y poder total, con el disfraz de la lucha contra la desigualdad social; o en el otro polo la lucha contra el comunismo.

La lucha legal contra la extrema desigualdad, generando mayor trabajo y producción respetando el ambiente ecológico, se justifica; pero no la lucha violenta contra una democracia, para entronizar otra forma de desigualdad, en un estado de opresión de gobernantes y funcionarios, contra los ciudadanos.

La predica subversiva envolvió a jóvenes estudiantes de las universidades públicas y privadas; los profesores y alumnos de centros educativos; los sindicatos; obreros en las industrias; los pobladores en los barrios marginales. En esos años no caló en el campo. Si lo hizo en décadas posteriores, con el surgimiento de los movimientos subversivos Sendero Luminoso y MRTA, con la consiguiente reacción del Estado; que muestran el horror y el terror, al que pueden llegar los seres humanos, dejando corto al propio Hobbes, que calificaba al hombre como lobo del hombre.

La lección sería que no se puede sustituir la realidad, con ideologías. No se debe intentar solucionar problemas, promoviendo ni aplicando la violencia; ni decidir el camino a seguir motivados por influencias externas o emociones del momento; sin ponderar las consecuencias de los actos.

No es fácil vencer la tentación totalitaria. Incluso algunos miembros de la Iglesia Católica en el Perú y América Latina, sufrieron un proceso de influencia subversiva, con planteamientos e interpretaciones difundidos acorde a la época ebullición social y esperanzas redentoras; tergiversando principios morales esenciales; procurando unir el marxismo con el cristianismo, apoyando o siendo condescendientes con la subversión contra gobiernos democráticos; lo que por norma y práctica del evangelio y la doctrina no procede. Más fácil sería unir el agua

---

<sup>11</sup> <https://www.stormfront.org/forum/t773123/>.

con el aceite; pero como en la política casi todo es posible, con una visión sesgada, algunos católicos eligieron el camino de lucha contra las injusticias, condescendiendo con los zelotes contemporáneos. Otros se fueron al extremo opuesto; condescendiendo o aliándose con los explotadores. La mayoría permaneció fiel al evangelio.

## **5 EL GOLPE MILITAR DE VELASCO ALVARADO**

El gobierno de Fernando Belaunde Terry, en la década del 1960, no obstante de diversos intentos de reforma agraria, cooperación popular, y mejora de la economía, era socavado por grupos opositores y personas de su entorno. Un detonante y también excusa de la gestación del golpe de estado fue la pérdida de la página 11, del contrato petrolero con la empresa norteamericana International Peruvian Company IPC, aparentemente lesivo al Estado Peruano; pero también lo fue el incremento de impuestos para los empresarios.

La actuación de movimientos subversivos en Argentina, Chile, Brasil, Uruguay repercutía como una olla hirviendo en el Perú, y en otros países de América Latina; difundiendo la ideología de una supuesta liberación contra la sociedad opresiva, proponiendo acciones y cambios violentos como única solución a los problemas sociales.

Algunos estudiosos investigaban la posibilidad de una transformación, en una forma que no sea cruenta, para suprimir el gamonalismo y los enclaves extranjeros; reorganizar las instituciones denominadas democráticas, aun a costa de limitar o suprimir la libertad, influidos por los supuestos éxitos que exhibía la revolución cubana y la social democracia en Europa.

En 1950, se fundó en el Perú el Centro de Altos Estudios Militares CAEM con el objetivo de contribuir al desarrollo, la seguridad y defensa nacional. El fundador fue el Gral. José María del Carmen Marín, quien estudió en Francia, el

modelo social demócrata. Al paso de 18 años de fundación, en el CAEM se gestó un movimiento de militares y civiles que impulsaron y ejecutaron, un golpe de estado autodenominado revolución pacífica, de democracia de participación plena; humanista y cristiana; que a



un inicio generó en una confluencia entre personajes de izquierdas y derechas para derrocar al gobierno democrático.

El líder de ese movimiento fue el general Juan Velasco Alvarado, nacido en Piura en el Distrito de Castilla, el 16 de junio de 1909, en el seno de una familia de bajos recursos económicos. Fue hijo de Juan Francisco Velasco Gallo y de Clara Luz Alvarado; tuvo 7 hermanos. Cursó estudios escolares primarios en el Centro Escolar N° 21 y secundarios en el Colegio San Miguel, ambos en su ciudad natal.

En 1929 viajó a Lima, incorporándose ese año en el Ejército del Perú como soldado raso y, tras dedicarse de lleno al estudio, ingresó a la Escuela de Oficiales. Contrajo matrimonio con doña Consuelo Gonzales Posada, hija de militantes del partido aprista, propietarios de una pequeña hacienda en Ica. Al paso de los años, llegó al grado de Teniente Coronel EP y dirigió la Escuela Militar (1952). Posteriormente ocupó cargo similar al frente de la Escuela de Infantería, hasta llegar a jefe de Estado Mayor de la IV División del Centro de Instrucción Militar del Perú (1955-1958). Ascendió a General de Brigada EP en el gobierno de Manuel Prado Ugarteche en 1959. En enero de 1968, asumió la Comandancia General del Ejército y la presidencia del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas del Perú.<sup>12</sup>, jurando lealtad al gobierno constitucional de Fernando Belaunde Terry.

El 2 de octubre de 1968 Velasco Alvarado, participó como uno de los invitados al Palacio de Gobierno, al juramento del nuevo presidente del Consejo Ministros, Francisco Mújica Gallo. Por esos días se difundían insistentes rumores de golpe de Estado, para evitar el triunfo electoral del Apra, rumores que fueron disipados con la presencia del Gral. Velasco en la ceremonia democrática; sin embargo el golpe de estado, ya estaba planeado. En la madrugada del 3 de octubre de 1968; diversos tanques tomaron por la fuerza el Palacio de Gobierno, Velasco Alvarado con el apoyo de las Fuerzas Armadas, usurpó el poder; desalojó al Presidente Belaunde, y lo deportó a Buenos Aires Argentina.

En horas de la tarde, por Canal 5 de Panamericana Televisión, en imagen a blanco y negro apareció el General Juan Velasco Alvarado; leyendo con rostro adusto, un discurso que anunciaba el fin del gobierno de Belaunde Terry, por corrupción, “por traición a los intereses de la patria”; proclamando una era de “cambios revolucionarios”.

Asimismo proclamaba el inicio de la justicia social en el Perú, una democracia verdadera de participación plena, humanista y cristiana. Ni capitalismo,

---

<sup>12</sup> <http://investipolitik.blogspot.pe/>

ni comunismo, repetía, la tercera vía de los No Alineados en la guerra fría. Ni con Estados Unidos de América, ni con la Unión Soviética.<sup>13</sup>

Velasco Alvarado, anunció el cierre del Congreso de la República. La reorganización del Poder Judicial; la reforma agraria, la nacionalización de tierras e industrias; la estatización de centros mineros, y petroleros. El receso de la libertad política, la proscripción de los partidos; la confiscación de los medios de comunicación social: El Comercio, El Expreso, Diario Correo. La Prensa.

El 4 de octubre de 1968, Velasco Alvarado, declaró la nulidad del Acta de Talara y el 9 de octubre de ese año, anunció la expropiación de la International Petroleum Company IPC, a la par que se ejecutaba la ocupación militar de los yacimientos de La Brea y Pariñas y la refinería de Talara, en un acto teatral y de ilusión para grandes sectores populares. Ese día fue declarado de **“la Dignidad Nacional”**.

Posteriormente por Decreto Ley se promulgó el Estatuto Revolucionario, institucionalizando una Junta de Gobierno Militar integrada por los comandantes generales del Ejército, Marina y Aviación, confirmando al Gral. Velasco Alvarado como Presidente de la Junta y del Gobierno.

Con estas medidas, le rodearon de una serie de políticos como Carlos Delgado, (simpatizante aprista); Héctor Comejo Chávez, (demócrata cristiano) Héctor Béjar, (socialista) y diversos investigadores en ciencias sociales que impulsaban la denominada “tercera vía”.

El gobierno militar recibió el apoyo decidido de la Democracia Cristiana, y del Partido Comunista del Perú PCP, (moscovita); y la oposición y rechazo de los otros partidos comunistas, (pro chino) europeos, americano, albanes, etc.

A un inicio algunos integrantes de los partidos democráticos extrañamente estaban a favor y otros decididamente en contra de la dictadura.

En un mitin del partido aprista peruano en Campo Marte, según testimonio dado por el ex canciller Francisco Tudela, Haya de la Torre se manifestó de acuerdo con las políticas del gobierno de Velasco, salvo en cuanto al rompimiento del orden constitucional y la limitación a la libertad política y de prensa.

A un inicio el gobierno dictatorial por los cambios y promesas que ofrecía recibió el apoyo mayoritario del pueblo; asimismo de famosos escritores como Mario Vargas Llosa quien siguió estudios en el colegio militar Leoncio Prado, contando la

---

<sup>13</sup> En el fondo primaba la retórica. El Perú, como país subdesarrollado seguía alineados. Por ejemplo para la compra de armamento, como Estados Unidos, no podía vender al Perú, por su alianza estratégica con Chile, el gobierno de Velasco se lanzó a los brazos de la URSS.

historia en la novela “La Ciudad y los Perros” y Alfredo Bryce Echenique, quien en esa época divulgó “Un Mundo para Julius”

El gobierno de la Junta Militar, impulsó un modelo económico, basado en la exportación de materias primas, protección de la industria nacional y sustitución de importaciones; para procurar favorecer el mercado interno.

Constituyó SINAMOS (Sistema Nacional de Apoyo a la Movilización Social, 1972) con la finalidad de regular la vida política del país; coordinar y sustituir organizaciones populares (industria y campesinado); producía una serie de folletos de propaganda con todas las reformas emprendidas.

Promulgó el Estatuto de la Libertad de Prensa, con la finalidad de controlar los medios de comunicación (prensa, radios y televisión).

Asimismo impulsó las siguientes reformas:

a) Educativa (Ley 19326) para crear “un Hombre Nuevo”, educar para el trabajo y eliminar analfabetismo; impulsaron las ESEPs, (Escuelas Superiores de Educación Peruana, el Instituto Nacional de Investigación y Desarrollo de la Educación. Asimismo, se estableció el uso de uniforme único; enseñanza de quechua, música popular andina y artesanía de nativos.

b) Agraria; con el objetivo eliminar el latifundio y minifundio; se expropiaron haciendas; se crearon las SAIS (Sociedad Agrícola de Interés Social) y CAPS (Cooperativas Agrarias de Producción Social); se designó el 24 de junio como Día del Campesino.

c) Industrial, para mejorar las condiciones del trabajador mediante la creación de Comunidades Industriales que representaban al sector laboral; se impulsaron las Empresas de Propiedad Estatal, que a un inicio tuvieron relativo éxito y luego fracasaron.

d) Minera, para conseguir el monopolio de los minerales se estatizó Petro Perú (petróleo), Sider Perú (siderúrgica de Chimbote), Compañía Peruana de Vapores (transporte marítimo), Aero Perú (transporte aéreo), Entel Perú (comunicaciones), Electro Perú (energía) y Enafer Perú (ferrocarriles). Se crearon las empresas estatales Minero Perú, Centro Min Perú, Hierro Perú; elevando la burocracia y costos de funcionamiento.

Las estatizaciones favorecieron a una nueva burocracia de funcionarios; a costa de la ineficiencia empresarial, subsidios del estado, y colapso económico de las empresas; surgieron nuevas desigualdades e injusticias con las consiguientes protestas de la población; por ejemplo los funcionarios de las grandes empresas públicas, ganaban 10 a 15 veces más que los campesinos, obreros, o profesores públicos.

En la política internacional se impulsó la integración latinoamericana vía el Pacto Andino y Acuerdo de Cartagena.

El país se orientaba para unos hacia una forma de capitalismo de Estado; y para otros hacia un extremo socialismo, similar al de Cuba.

La mayoría de textos y discursos del gobierno militar fueron populistas: “Campesino, el patrón ya no comerá más de tu pobreza.” “La tierra será para quien la trabaja”, “Nacionalización de tierras e industrias”. “Reforma Educativa” Reforma Agraria, y otras reformas.



Los textos y discursos populistas, pueden calmar, pero no solucionar los problemas, ni los conflictos sociales. La extrema pobreza en la ciudad y en campo, aumentó. Las clases medias disminuyeron sus ingresos económicos. El pueblo vivía angustiado por la crisis económica, por la falta de empleo y libertad

política. En dicha época se produjeron, un gran número de huelgas y manifestaciones; propiciadas por los sindicatos de trabajadores, por el magisterio. Los estudiantes escolares y universitarios perdieron cientos de días de clases de estudio.

La mayoría de familias, hacía largas colas para adquirir productos de pan llevar; un kilo o medio kilo de azúcar o arroz; de haber sido el Perú, uno los primeros exportadores mundiales de azúcar, dicho producto y otros de pan llevar, tenían altos precios y escaseaban.

Un signo notorio de los gobierno populistas, es que pese a su prédica popular y reformista, generan graves crisis económicas; escasas de productos, largas filas, para adquirirlos. Así se sufrió en el Perú en los gobiernos de José Luis Bustamante y Rivero; de Velasco Alvarado y pasados 25 años en el primer gobierno de Alan García, con las políticas de estatizaciones, nacionalizaciones, control de precios.

Igual fenómeno se repitió en Chile, con el gobierno de Salvador Allende, con Juan Domingo Perón en Argentina, y décadas posteriores en Venezuela con los gobiernos de Chávez y Maduro en Venezuela. Cuando se anula la libertad política y la libertad económica, suprimiendo el Estado de Derecho, con el argumento de

procurar la igualdad y la justicia, a lo largo de la historia se ha visto que se genera, situaciones de mayor desigualdad e injusticia.

## 6 EL GOLPE MILITAR EN CHILE

El 4 de noviembre de 1970, la Unidad Popular liderada por el presidente Salvador Allende, por vía de elecciones democráticas llegó al gobierno nacional en la República de Chile.

Con el gobierno socialista, empezaron las nacionalizaciones, la escasez de productos; las huelgas de camioneros, las protestas; las largas filas para adquirir alimentos; las marchas de madres de familias, golpeando cacerolas vacías.

El desenlace fue que un 11 de setiembre de 1973, el General Augusto Pinochet, quien fue designado por el propio Salvador Allende, como comandante en Jefe para salvaguardar la democracia; ejecutó un golpe militar, con el apoyo de las Fuerzas Armadas, los Carabineros y el auspicio del gobierno norteamericano de Richard Nixon.

Uno de los argumentos, fue que si antes del gobierno socialista hubo exclusión y discriminación económica y social; sectores radicales de la Unidad Popular, deseaban implantar la dictadura del proletariado, deseaban que la opresión y discriminación se invierta; que la “tortilla se vuelva”, según texto de una canción popular en Chile de esa época.

La historia se repite; los extremos se oponen, se odian, se tensan, luchan y se atraen. No se puede vencer la violencia con una mayor violencia. La injusticia abre nuevos capítulos de violencia. La justicia los cierra.

La novela de Isabel Allende, “La Casa de los Espíritus”, narra en gran parte, los terribles y dramáticos momentos anteriores y posteriores al golpe de estado que vivió el pueblo chileno.

Augusto Pinochet, con la participación de las fuerzas armadas y los carabineros reprimió con extrema dureza a los partidarios del gobierno de izquierda de la Unidad Popular de Allende.

El estadio nacional sirvió de cárcel improvisada para los presos políticos; algunos fueron torturados y asesinados; muestra que la lucha por el poder total, prescindiendo de la moral y derecho, puede convertir al hombre, no solo en lobo del hombre; sino en una especie algo peor.

En Chile, estuvieron afincados, grupos fascistas que colaboraban con los fines de la dictadura.

En la película titulada “Colonia Dignidad”, se muestra una forma de esclavitud a la que estaban sometidos grupos de jóvenes y ciudadanos chilenos, con el dominio de una secta de extrema derecha, cuyo líder se apoderó de la libertad, voluntad y el trabajo de las personas; e incluso disolvía familias, apoderándose de los niños y vulnerando de diversas formas sus derechos. En la película se aprecia que cobijaban a torturadores de presos políticos, fabricantes de armas y gases venenosos.

Con el terrorismo de Estado, generado en una situación de violencia, para supuestamente restablecer el orden; se hacía extrañar la vigencia del Estado Constitucional de Derecho, que tiene como finalidad respetar a ciudadanos y autoridades, proteger la democracia con la firmeza de la ley y principalmente ser garantía de los derechos fundamentales de vida, integridad, libertad, opinión, trabajo y participación política.

La violencia en Chile venía de las izquierdas y derechas extremas. Esta última al final reprimió y torturó a integrantes, simpatizantes del gobierno socialista y probablemente a algunos inocentes.

En un conflicto social de grandes proporciones, todos los actores políticos tienen algún grado de responsabilidad. En una situación como la vivida, no solo hay culpables de un lado; sino son responsables todos los extremos violentos. La mayor responsabilidad correspondería a los sectores de extrema derecha; que quebraron el orden constitucional; pero también a los de la extrema izquierda que socavaron sus bases. Por la ruptura del Estado de Derecho, también serían responsables los partidos políticos, las instituciones y el propio pueblo que no quiso, no supo o no pudo preservar la democracia; por el contrario sectores populares apoyaron el golpe.

Aun cuando la democracia, tenga defectos y errores; por mandato constitucional deben ser corregidos respetando el ordenamiento jurídico constitucional. En Chile, como también en el Perú dichos defectos debieron ser corregidos mediante referendo, o con una nueva opción política, ganando las elecciones; pero se eligió el camino del golpe militar; sin “pensar en toda la tierra” como reclamaba Pablo Neruda, (Oda la Paz)

Realizando un paralelo entre la dictadura de Chile y del Perú, podríamos decir lo siguiente: En la década de los 60 y 70, ambos con gobiernos militares, fueron por caminos diferentes en lo político, económico y en los planes nacionales e internacionales.

En lo político, la dictadura de Pinochet vulneró los derechos civiles, de la vida e integridad de los opositores al golpe de estado. La de Velasco Alvarado; vulneró la libertad de opinión, de propiedad, de prensa, de asociación.

En lo económico el gobierno militar de Chile, llevó al Ministerio de Hacienda a los Chicago Boys, quienes impulsaron la liberalización de la economía; y las garantías en las inversiones económicas que experimentaron un notorio incremento.

En el Perú, el Gral. Velasco Alvarado, en los años de 1968 a 1975 impulsó las nacionalizaciones, estatizaciones, la regulación de precios; proteccionismo industrial y laboral. El camino opuesto al modelo chileno.

Chile fue orientado por la doctrina de Milton Friedman, con políticas liberales, de inversión y desarrollo; con una visión de conquista en los mercados externos; y la concentración del Estado en sus funciones principales. Dicha política inicialmente fue aplaudida y ponderada; pero al paso de los años, ahondó las brechas sociales, educativa y económicas.

El Perú, fue orientado por los planteamientos de Keynes del denominado Estado Bienestar, según el cual el estancamiento del país, y la falta de consumo interno ocurría por una mala distribución de los recursos económicos, en poder de la oligarquía peruana e inversionistas del extranjero. Dicha política generó grandes expectativas populares; empero al paso de los años, trajo como consecuencia un grave déficit fiscal, inflación, retraimiento de las inversiones.

El Perú, apostó por la integración andina. Chile por una alianza económica, y militar con Estados Unidos, y Europa. El paralelo entre las dictaduras de Perú y Chile, sirven para demostrar que no todas las dictaduras son parecidas. La dictadura de Pinochet, vulneró los derechos humanos, atentando contra la vida, integridad, y libertad, de cientos de personas. Es necesario saberlo; porque siempre en la historia está presente la tentación totalitaria y la violencia; para la supuesta solución de diversos problemas sociales.

En una clase de Derecho Constitucional, en la Universidad Católica Sede Sapientiae en Lima Norte, en el año 2015, un alumno opinó que la mejor forma de vencer la delincuencia sería aplicar los métodos de Pinochet en Chile. Como profesor le pregunté, si sabía que con esos métodos, la mayor parte de veces las víctimas resultan jóvenes inocentes como los presentes en el salón de clase. Se quedó callado, realizando un gesto de incredulidad. Luego simplemente se retiró del curso de derecho constitucional, que no todos aceptan, porque no se quiere reconocer en la teoría y práctica que se basa en la ley moral fundamental.<sup>14</sup>

Como paradoja de la historia, tanto en el Perú y en Chile, concluida las dictaduras por la presión popular, los integrantes de los gobiernos que fueron defenestrados, retornaron al poder luego de aproximadamente 12 años. Pinochet fue perseguido por la justicia internacional impulsada por el juez Baltazar Garzón. Al

---

<sup>14</sup> "Traten ustedes a los demás tal y como quieren que ellos los traten. Mateo 7:12. No cometer violencias, ni torturas a otros, como no desees sufrirlas.

final no fue juzgado, como si lo fueron otros militares. Murió antes; cuando se descubrió que tenía cuentas de dinero en un banco del exterior.

### 7 ANÁLISIS DEL GOLPE MILITAR DE JUAN VELASCO ALVARADO

El gobierno militar de Juan Velasco Alvarado en el Perú de los 60, puede ser calificado de dictadura populista, por buscar el apoyo del pueblo con reformas populares; que crearon nuevas estructuras con reformas y empresas públicas que al final, no dieron resultados positivos; favoreciendo tan solo a ciertos sectores relacionados a esas empresas; estructura que continuó incluso con sucesivos gobiernos denominados democráticos.

La mayor parte o totalidad del programa político de la dictadura de Velasco fue reformista, como intentando eliminar de la faz del país, el “**pasado vergonzante**”, similar al que nombra la marsellesa aprista, en su conocido himno:

Contra el pasado vergonzante  
nueva doctrina surge ya,  
es ideal realidad liberante  
que ha fundido en crisol la verdad,  
que ha fundido en crisol la verdad.

Tatuaremos con sangre en la historia  
nuestra huella pujante y triunfal,  
que dará a los que luchan mañana  
digno ejemplo de acción contra el mal.

Peruanos abrazad  
la nueva religión,  
la Alianza Popular conquistará  
la ansiada redención.<sup>15</sup>

Los reformistas e iconoclastas se equivocan al considerar que la mayor parte de acciones de los gobiernos pasados son negativas. Con seguridad no lo son, el respeto a la vida, la libertad, la dignidad, la propiedad y la democracia.

Los cambios extremos que ejecutan las dictaduras populistas, a veces resultan peores, que lo que se pretende mejorar.

La reforma agraria, fue la estrella fugaz del régimen dictatorial de las fuerzas armadas de Velasco Alvarado; con el objetivo de impulsar un cambio en la

---

<sup>15</sup> *Música*: Rouget de Lisle. *Letra*: Arturo Sabroso Montoya.

propiedad de la tierra; con promesas que la tierra, sería para quien la trabaje, lo que en parte no se cumplió. Que no habría explotadores ni explotados; lo que no fue cierto.

Que la inversión llegaría con préstamos del Estado, con la desaparición del latifundio; con la propiedad cooperativa y comunal, emulando la propiedad ancestral de los incas. Todas esas propuestas no dieron resultados y de ser un país exportador de productos agrícolas, el Perú pasó a ser importador de alimentos.

Se creó el Banco Agrario, para préstamos en algunos casos sin intereses, o con endeudamientos que fueron condonados, perjudicando la responsabilidad crediticia.

Algunos agricultores obtenían el crédito y los dedicaban para actividades ajenas a la producción agraria. Los nuevos agricultores no tenían vocación ni capacitación agraria: Los antiguos trabajadores se convirtieron en socios de cooperativas agrarias, y ya no querían trabajar en la tierra. Decían: “Que trabajen los que no son socios: Los obreros y campesinos”. Al final faltaba mano de obra y emprendedores que estimulen, promuevan y fructifiquen la producción agrícola.

Se perdió el principal incentivo agrario; el amor a la tierra, a la agricultura y el estímulo para lograr ganancias legales.

Si bien la reforma agraria terminó en parte con la oligarquía del campo y el



denominado gamonalismo; se fue a otro extremo: Hizo surgir a nuevos gamonales entre dirigentes de Comunidades Campesinas, Sociedades Agrícolas y Cooperativas; algunos de estos dirigidos por militares. Se parceló y se descuidó del campo; hubo ausencia de capacitación y de tecnología.

Algunos estudios, consideran que en el gobierno de Velasco Alvarado no se puede negar la existencia de cambios positivos; que el país evitó o por lo menos aplazó una revolución social cruenta al estilo moscovita, chino o cubano. Reconoció algunos derechos sociales que la democracia por su debilidad, y luchas internas no pudo lograr. Posibilitó el fin de los enclaves extranjeros. Dio un mayor impulso a la educación, a las carreras técnicas, a la cultura nacional. Debilitó la discriminación y menosprecio a los indígenas. Los grandes latifundistas extranjeros, como los Gildemeister huyeron del

país, pero llevándose grandes cantidades de dinero; dirección y conocimiento agrícola, que se requería.

El gobierno militar trató de transformar las relaciones sociales, económicas y culturales en el campo; los antiguos propietarios fueron cambiados por nuevos sin experiencia, sin conocimientos, ni vocación agraria; por lo que el cambio no fue positivo.

La SAIS, las Sociedades Agrícolas de Interés Social; las CAPs, Cooperativas Agrarias de Producción, reemplazaron a las grandes haciendas. Asimismo intentó crear y fortalecer la industria nacional. Esto en parte fue cierto; pero también en parte lo es, la descarnada crítica de Aldo Mariátegui, el nieto del pensador y político socialista, José Carlos Mariátegui que califica al régimen militar de robo “robo” y “corrupción” en las grandes compras de armamento; contratos de obras públicas, y acumulación de cuantiosa deuda externa.

La reforma agraria fracasó, por el modelo de corte socialista impuesto, la falta de propiedad privada e incentivos para la producción; falta de capacitación. Los aspectos negativos primaron; no existió libertad política, ni económica; no existía seguridad jurídica para las inversiones; hubo escases de productos; vulneración de derechos civiles.

## **8 FIN DEL GOBIERNO MILITAR**

El gobierno militar, salvo en lo que se refiere la falta de respeto a la democracia representativa y a la libertad política, desarrolló un programa político populista; algunos sostienen que fue parte el programa auroral del Apra, por el que un gran número de militantes sufrieron persecución y otros perdieron la vida.

El programa máximo internacional del APRA constaba de 5 puntos generales como base para los programas de las secciones nacionales de cada país latinoamericano. Los cinco puntos generales fueron los siguientes:

- 1° Acción contra el imperialismo yanqui. (posteriormente se agregó contra todo imperialismo).
- 2° Por la unidad política de la América Latina.
- 3° Por la nacionalización de tierras e industrias.
- 4° Por la internacionalización del Canal de Panamá.
- 5° Por la solidaridad con todos los pueblos y clases oprimidas del mundo.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> <https://cavb.blogspot.pe/2006/09/plan-de-accin-inmediata-o-programa.html>.

Al haber realizado dicho programa; dejó una enseñanza que debe ser conocida por las generaciones; en el sentido que el populismo, no es una alternativa de desarrollo eficaz, para los pueblos.

En el Perú la dictadura de Velasco Alvarado no incurrió en los extremos de la dictadura de Augusto Pinochet en Chile o de Videla y Galtieri en Argentina. Los gobiernos militares de Chile y Argentina, estuvieron orientados por el fascismo. En el Perú por el populismo.

De otro lado, el gobierno dictatorial de Velasco del Perú de los años 60, siguió planteamientos Keynesianos; con resultado parecidos pero no tan graves como los generados por el denominado socialismo del siglo XXI en Venezuela; con expansión del estado con empresas públicas deficitarias y colapsadas; intervención en la economía; dirigismo en lo social y cultural; dependencia externa; y convulsión social.

El país retrajo las inversiones; incrementó el gasto público, con grandes proyectos sobre valorados: Majes en el Sur, Olmos y Gallito Ciego en el Norte. El gasto en armamento adquirido de Rusia, llevó a incrementar significativa la deuda externa.

En el gobierno militar populista de Velasco, al igual que en el gobierno dictatorial de Pinochet, se conoce que hubo diversos casos de corrupción, similar a los que en las últimas décadas se ha descubierto en los gobiernos democráticos; y que están siendo juzgados por el Poder Judicial.

Algunos integrantes y allegados de la dictadura populista, surgieron como propietarios de grandes extensiones de terrenos; promotores de urbanizaciones; beneficiarios de inmuebles, viajes al extranjero y cuentas en el exterior.

En lo militar, uno de los objetivos del gobierno de Velasco Alvarado, aparentemente fue recuperar los territorios arrebatados por Chile hacía más de 100 años en la guerra del Pacífico. Arica, Antofagasta, Tarapacá, que Chile. La superioridad de Perú, en armamento militar probablemente fue de 3 a 1; esto en la práctica servía poco, por la firme alianza de Chile con los Estados Unidos de América. Una sola llamada del departamento de Estado Norteamericano, habría logrado inmovilizar a las fuerzas armadas del Perú, y evitar una guerra con Chile, en los años 70.

Parafraseando al escritor mexicano Octavio Paz, el balance del gobierno militar, estaría representado por la figura de un "Ogro Filantrópico".

En la década del 60, influido por la revolución castrista, el movimiento de los No Alineados, las dictaduras populistas; iban en contra de la tendencia mundial de occidente; resumida en la doctrina de Karl Popper, en su famoso libro: "La

sociedad abierta y sus enemigos”; (1945) y en las encíclicas papales “Paz en la Tierra” del Papa Juan XXIII (1961) y Populorum Progressio de Pablo VI (1967), que enseñan que el desarrollo económico y social debe efectuarse con pleno respeto a la vida y a los derechos y deberes fundamentales.

Corea del Sur y los denominados Tigres Asiático, siguió el camino de la liberalización económica y política; el impulso a la educación; el control y seguridad jurídica por parte del Estado.

El Perú de la dictadura populista, se distinguía de un lado, por las huelgas, movilizaciones, los paros; de otro lado, por el proteccionismo industrial, la regulación de precios, el estatismo y la falta de libertad.

Corea del Sur, por la disciplina, el trabajo creativo, la educación de calidad; la innovación, la estabilidad jurídica, el incremento de exportaciones con valor agregado.

En el Perú, para graficar la distorsión y pobreza del sistema educativo, tenía como líder de los profesores, a Horacio Zevallos Gámez, un profesor poeta y político extremista, retratado con un fusil en la mano.

El gobierno del general Velasco Alvarado, tuvo relativos éxitos y estrepitosos fracasos. Evito una revolución cruenta. No se conoce que haya vulnerado en forma masiva los derechos humanos, como sí lo hicieron las dictaduras de Trujillo en Santo Domingo, Pinochet en Chile y de Videla y Galtieri en Argentina.

Velasco es recordado por el pueblo peruano, por sus medidas de carácter social; por haber logrado que los campesinos y obreros, sean sujeto de derechos; por la planificación del Distrito de Villa El Salvador, que de gigantesco arenal, pasó a ser una ciudad participativa y autogestionaria; por la titulación de lotes urbanos a favor de miles de pobladores, la revalorización y fortalecimiento de la identidad nacional; pero también por la represión, la falta de transparencia y la gran deuda externa que generó a raíz de las compras de armamento militar; ineficiencia de las empresas públicas, y probables casos de corrupción en las obras públicas.

El año 1975, se produjo el contragolpe de estado. Francisco Morales Bermúdez, derrocó al Gral. Velasco quien estaba enfermo. Posteriormente perdió una pierna, por enfermedad.

Así como Velasco Alvarado se presentó por televisión un 3 de octubre de 1968 anunciando una autodenominada revolución pacífica; un 30 de agosto de 1975, aparecía por televisión el Gral. Francisco Morales Bermúdez, para anunciar la II fase del gobierno revolucionario, que desactivó algunas instituciones del gobierno militar, caso de SINAMOS.

Morales Bermúdez, acorralado por la presión popular, abrió paso al retorno de la democracia; convocó a una Asamblea Constituyente el año de 1978. La Asamblea fue presidida por Víctor Raúl Haya de la Torre, quien con integrantes del APRA y el Partido Popular Cristiano, y un reducido grupo de izquierda elaboraron la Constitución Política de 1979, proteccionista en lo político, social y económico, con un preámbulo que seguramente es una de las proclamas de filosofía política, más formidables y poéticas en el mundo; que difiere de la realidad en la que se aprecia la vulneración constante de los derechos humanos; por lo resulta un ideal por realizar.

El preámbulo de la Constitución de 1979 y sus primeros artículos fueron los siguientes.

### CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERU PREÁMBULO

Nosotros, Representantes a la Asamblea Constituyente, invocando la protección de Dios, y en ejercicio de la potestad soberana que el pueblo del Perú nos ha conferido;

**Creyentes en la primacía de la persona humana** y en que todos los hombres, iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado;

Que la **familia es célula básica de la sociedad y raíz de su grandeza**, así como ámbito natural de la educación y la cultura;

Que el trabajo es deber y derecho de todos los hombre y representa la base del bienestar nacional;

Que la justicia es valor primario de la vida en comunidad y que el ordenamiento social se cimienta en el bien común y la solidaridad humana;

Decididos a **promover la creación de una sociedad justa, libre y culta, sin explotados ni explotadores**, exenta de toda discriminación por razones de sexo, raza, credo o condición social, donde la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía; una sociedad abierta a formas superiores de convivencia y apta para recibir y aprovechar el influjo de la revolución científica, tecnológica, económica y social que transforma el mundo;

Decididos asimismo a fundar un Estado democrático, basado en la voluntad popular y en su libre y periódica consulta, **que garantice, a través de instituciones estables y legítimas, la plena vigencia de los derechos humanos, la independencia y la unidad de la República**; la dignidad creadora del trabajo; la participación de todos en el disfrute de la riqueza; la cancelación del subdesarrollo y

la injusticia; el sometimiento de gobernantes y gobernados a la Constitución y la ley; y la efectiva responsabilidad de quienes ejercen función pública;

Convencidos de la necesidad de **impulsar la integración de los pueblos latinoamericanos y de afirmar su independencia contra todo imperialismo;**

Conscientes de la fraternidad de todos los hombres y de la necesidad de excluir la violencia como medio de procurar solución a conflictos internos e internacionales;

Animados por el propósito de mantener y consolidar la personalidad histórica de la Patria, síntesis de los valores egregios de múltiples origen que le han dado nacimiento; de defender su patrimonio cultural; y de asegurar el dominio y la preservación de sus recursos naturales; y,

Evocando las realizaciones justicieras de nuestro pasado autóctono; la fusión cultural y humana cumplida durante el virreinato; la gesta de los Libertadores de América que inició en el Perú Túpac Amaru y aquí culminaron San Martín y Bolívar; así como las sombras ilustres de Sánchez Carrión, fundador de la República y de todos nuestros próceres, héroes y luchadores sociales, y el largo combate del pueblo por alcanzar un régimen de libertad y justicia.

Hemos venido en sancionar y promulgar, como en efecto sancionamos y promulgamos, la presente:

## **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERU**

### **TITULO I**

#### **DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES DE LA PERSONA**

##### **CAPITULO I**

###### **DE LA PERSONA**

**Artículo 1.**La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla.

**Artículo 2.** Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad.

**Al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece.**

La Constitución de 1979, fue modificada por la Constitución de 1993, más realista en lo económico y con un preámbulo más sobrio y lacónico y primeros artículos que son los siguientes:

***El Congreso Constituyente Democrático, invocando a Dios Todopoderoso, obedeciendo el mandato del pueblo peruano y recordando el sacrificio de todas las generaciones que nos han precedido en nuestra Patria, ha resuelto dar la siguiente Constitución:***

## TITULO I

### DE LA PERSONA Y DE LA SOCIEDAD CAPITULO I

#### DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

**Artículo 1.-** Defensa de la persona humana La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

**Artículo 2.-** Derechos fundamentales de la persona Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

.....

#### **IX Corolario.-**

El ex senador Carlos Cabieses López<sup>17</sup>, del Partido Acción Popular, del Presidente Fernando Belaunde Terry, contra quien se ejecutó el golpe militar de Velasco Alvarado; hace un balance negativo de la historia que la resumimos del siguiente modo.

<sup>17</sup> <https://cabieses.lamula.pe/2011/03/17/velascato/cabieses/>

1. La dictadura de Velasco, interrumpió la democracia, con el objetivo de perpetuarse en el poder y orientándose a un régimen de corte socialista.
2. Truncó la prosecución de la obra constructora que estaba realizando Fernando Belaunde, como la carretera marginal de la selva que había dado buenos resultados de conectividad en la década del 60.
3. Truncó las inversiones económicas. Las comunidades industriales y las laborales, fueron copias del sistema yugoeslavo denominado autogestionario, que frenaron las inversiones nacionales y extranjeras. Los empresarios no iban a invertir en empresas que podían llegar a ser de propiedad de los trabajadores.
4. Impulsaron la estatización de las empresas para beneficio de los integrantes del propio gobierno. Llegó a haber 220 empresas estatales. En el gobierno de Fernando Belaunde solo existieron 29. El crecimiento de la burocracia fue el fruto de esta decisión. Esas empresas, sin excepción, generaron millones de dólares en pérdidas.<sup>18</sup>
5. La dictadura de Velasco, por el modelo que implantó generó el colapso de la producción agrícola en el campo. No pagó las expropiaciones, solo entregó bonos a los afectados, continuando hasta la fecha la deuda agraria.
7. Se deprecó el mar peruano; excediéndose en la pesca de 12.000.000 a 13.100.000 toneladas, y casi, casi producen la extinción de la ancho veta.
8. El Gobierno Militar se hizo propietario de 123 plantas y 1.500 embarcaciones, la mayoría paralizadas. Pocos años después tuvo que deshacerse de esos bienes por colapso financiero. De las 744 naves operativas que tenía, 513 fueron transferidas a particulares que exportaron muchos de ellas, especialmente a Chile.
9. Las exportaciones peruanas que representaban en 1969 el 19% de las del Grupo Andino en 1978 se habían reducido al 10%. Mientras las exportaciones del Grupo Andino crecieron en la década a una tasa anual de 15:47, las del Perú lo hicieron en 5.6%
10. Dos gastos cuantiosos significaron la excesiva compra de armamentos y el subsidio del petróleo, cuando había subido en todo el mundo. Generó una deuda que transmitió al segundo gobierno de Belaunde de 8.000

---

<sup>18</sup> Lo curioso, es que concluido el régimen militar, tanto Fernando Belaunde del Acción Popular, como Alan García del Apra, mantuvo la estructura de empresas públicas, que tanto déficit y colapso económico generó.

millones de dólares, de deuda exterior. La de Belaunde en 1963, que comprendió gobiernos anteriores, fue de 800 millones.

Por otra parte varios estudiosos concuerdan en señalar que el gobierno militar calificado por algunos como una simple dictadura populista y por otros como un reformismo burgués, fue un proceso de transformación con resultados positivos, en cuanto al empoderamiento y reivindicaciones del pueblo; y resultados negativos en cuanto a lo económico y político. Fue una experiencia que derrumbó los mitos socialistas del Siglo XX y una vacuna, para no volver a implantar el modelo económico populista que tanto perjuicio ha generado.

El General Juan Velasco Alvarado Falleció en el Hospital Militar de Lima el 24 de diciembre de 1977.

Al paso del tiempo, la mayoría de reformas, empresas públicas, parcelación agraria etc, fueron revertidas; retornando la privatización de las empresas y el latifundio, esta vez con mayor respeto a los trabajadores del campo.

Lo que no se debe perder de vista, que las instituciones, los partidos políticos, y los regímenes, ya sean democráticos o dictatoriales, están conformados por personas humanas; podrían existir grandes planteamientos y bellas doctrinas; pero si la conducta de la persona humana es negativa y se inclina hacia la corrupción; no existe cambio posible.

Una nueva sociedad es posible, según decía Erick Fromm en su libro Tener y Ser solo sí, en el proceso de desarrollarla la conducta de la persona humana, exhibe valores éticos <sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> <http://www.enxarxa.com/biblioteca/FROMM%20Tener%20y%20Ser.pdf>.  
Anexos: Fuentes citadas en internet. Fotografías extraídas de internet.



SEÇÃO II

DIREITOS  
HUMANOS,  
DIREITOS  
SOCIAIS E  
TUTELA  
JURÍDICA



---

# PISO DE PROTECCIÓN SOCIAL: DOCTRINA CONTEMPORÁNEA DESARROLLADA POR LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO, HERRAMIENTA CLAVE PARA PROMOVER CONDICIONES FAVORABLES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES<sup>1</sup>

---

Oscar G. Barrientos Jiménez<sup>2</sup>

## INTRODUCCIÓN

La constante lucha por el pleno ejercicio de los derechos humanos es sin duda preexistente al propio Estado. Los primeros seres humanos que habitaron nuestro planeta tuvieron que hacer frente no solo a tierras inhóspitas sino a terremotos, sequías, inundaciones, enfermedades y animales peligrosos; el hombre primitivo debió satisfacer por instinto sus necesidades más elementales, refugiándose en cavernas, aprendiendo a guardar sus alimentos para preservarse de las contingencias en las épocas de escases y a domesticar algunos animales, convirtiéndose con el transcurso del tiempo en cazador o pastor. Posteriormente, con los primeros asentamientos humanos y comunidades organizadas, el ser humano ha necesitado protección contra las contingencias de la vida. El desarrollo y establecimiento de sistemas formales de seguridad social para prestar apoyo a los

---

<sup>1</sup> La versión original del presente artículo fue publicada en el Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano de la gestión 2014, publicación anual del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, previo arbitraje académico del Comité Editorial y fue expuesta en la ponencia desarrollada por el autor en las Jornadas de Asociaciones de Derecho Constitucional de América del Sud organizada por la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno – UAGRM y la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales – ABEC el año 2015 en Santa Cruz – Bolivia. Presentamos para el Proyecto Coletánea Derechos Humanos en homenaje al Humanista Dr. Melitón Torres Tovar (1932-2016), una versión ampliada y actualizada.

<sup>2</sup> Abogado de la Universidad Mayor de San Andrés, Diplomado en Educación Superior e Investigación de la Unidad de Post Grado y Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – UMSA, Diplomado en Argumentación Jurídica de la Universidad Privada Franz Tamayo – UNIFRANZ, Máster en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar, Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, columnista del periódico El Diario. [oscarbarrientosjimenez@gmail.com](mailto:oscarbarrientosjimenez@gmail.com).

ingresos y asistencia médica representó un paso importante en la evolución de las sociedades humanas. El surgimiento de diversos tipos de mecanismos formales de protección social en todo el mundo – desde mecanismos de protección social comunitarios de carácter voluntario hasta regímenes públicos de seguridad social obligatorios de carácter contributivo o no contributivo– pone de manifiesto la necesidad humana universal de seguridad social<sup>3</sup> y explica la importancia de definir claramente los derechos y prestaciones que ella supone.<sup>4</sup> Actualmente, uno de los principales retos de los sistemas de protección social es la garantía, exigibilidad y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC).<sup>5</sup> En el ámbito de estos derechos, los desafíos sociales a los que se enfrenta el mundo son enormes. En 2010, el Producto Interno bruto (PIB) mundial era diez veces superior al de 1950 en términos reales (lo que representa un incremento del 260 % per cápita). Sin embargo, y a pesar de las seis décadas de fuerte crecimiento económico transcurridas desde la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el acceso a unas prestaciones y unos servicios de protección social adecuados continúa siendo un privilegio que sólo se puede permitir un número relativamente escaso de personas. Las estadísticas actuales reflejan de forma elocuente la pobreza y la privación generalizadas. Aproximadamente 5.100 millones de personas, es decir, el 75 % de la población mundial, no están cubiertas por una seguridad social adecuada (OIT), y 1.400 millones de personas viven con menos de 1,25 dólares al día (Banco Mundial). El 38 % de la población mundial (2.600 millones de personas) no dispone de acceso a una red de saneamiento adecuada, y 884 millones de personas carecen de acceso a fuentes adecuadas de agua potable (ONU-HABITAT); 925 millones de personas padecen hambre crónica (FAO); cerca de 9 millones de niños menores de 5 años mueren cada año de enfermedades en buena medida prevenibles (UNICEF y OMS); cada año 150 millones de personas se ven expuestas a catástrofes financieras, y 100 millones de personas acaban viviendo

---

<sup>3</sup> La seguridad social ha sido reconocida como un derecho humano desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y posteriormente por parte del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales así como por la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres.

<sup>4</sup> Conferencia Internacional del Trabajo, 100.ª reunión, *Informe VI. Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa*, Ginebra, 2011, p. 7.

<sup>5</sup> Los DESC son derechos humanos que “nacen de la dignidad humana y son, por ende, inherentes a la persona humana” A pesar de las diferencias que pueden surgir al caracterizar los derechos, los DESC son derechos humanos de igual naturaleza, igual jerarquía y, en definitiva, igual importancia que los llamados derechos civiles y políticos. En este sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos resalta que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus [DESC], tanto como de sus derechos civiles y políticos” (Preámbulo, considerando 4) (Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *“Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Sistema Universal y Sistema Interamericano”*, San José, Editorama S.A., 2008, p. 23).

por debajo del umbral de la pobreza cuando se ven obligadas a hacer frente a los costes de la atención médica (OMS).<sup>6</sup>

A nivel de Latinoamérica y el Caribe se refleja aún mayor desigualdad ya que conviven personas con muchos privilegios, demasiado ricas con otras demasiado pobres donde una persona llega a ganar hasta 16 mil veces más que otra, produciéndose la concentración casi absoluta de la riqueza que reproduce la pobreza y desigualdad extremas. En 2013 unos 165 millones de personas –más de la cuarta parte de la población de la región– eran pobres, de los cuales 69 millones vivían en la indigencia.<sup>7</sup> Además, 200 millones de personas están en riesgo de caer de nuevo en la pobreza por su situación de vulnerabilidad.<sup>8</sup> El crecimiento del PIB en América Latina y el Caribe presenta una desaceleración: de un crecimiento de 2.9% en 2012 a uno de 2.5% en 2013<sup>9</sup> y en 2014 fue ya de 1.1%. Para 2015 el pronóstico actual es que el año cierre con un crecimiento promedio en la región de sólo 0.5%; continuando la bajada iniciada en 2011. Además en 2013, los datos de pobreza arrojaban ya resultados inquietantes con respecto a 2012 de aumento del número de personas viviendo bajo el nivel de pobreza y pobreza extrema.<sup>10</sup> En 2014 en América Latina el Índice de Gini de la riqueza era de 0.809, esto significa que la riqueza y la propiedad se concentran en muy pocas manos. Lo preocupante es que desde el año 2000 al 2014 en toda la región esta tendencia muestra un leve empeoramiento, por lo que no cabe augurar cambios si no se introducen reformas significativas.<sup>11</sup> La brecha entre el ingreso del 10% más rico y el 10% más pobre de la población sigue siendo escandalosa. El 10% más pobre de la población de la región concentra niveles tan bajos de ingresos que en 2013 apenas alcanzaban un pírrico 1.3% del total regional.<sup>12</sup> En 2014, el 10% más rico acumulaba el 70.8% de la riqueza y del patrimonio de la región. La concentración es tan radical que en ese 2014 la mitad de la población más pobre de la región sólo acumulaba el 3.2% de la riqueza y del patrimonio, y el 70% de la población más pobre apenas alcanzaba el 10%.<sup>13</sup> En la

<sup>6</sup> Organización Internacional de Trabajo, (OIT), *Piso de Protección Social para una globalización equitativa e inclusiva*, Informe del Grupo consultivo presidido por Michelle Bachelet Convocado por la OIT con la colaboración de la OMS, Ginebra, OIT, 2011, p. xxiii.

<sup>7</sup> CEPAL (2015), *Panorama Económico y Social América Latina y el Caribe, 2014 de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños*, Naciones Unidas: Santiago, Chile, p. 65.

<sup>8</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe de Desarrollo Humano, 2014*, Naciones Unidas, Santiago, Chile.

<sup>9</sup> CEPAL (2015), *Panorama Económico y Social América Latina y el Caribe, 2014*, op. cit., p. 65.

<sup>10</sup> *Ibid.*, pp. 45 y 46.

<sup>11</sup> Rosa Cañete, et. al., *Privilegios que niegan derechos, desigualdad extrema y secuestro de la democracia en América Latina y el Caribe*, 2015, OXFAM, p. 38. Disponible en: <https://www.google.com/search?q=Rosa+Ca%C3%B1ete%2C+et.+al.%2C+Privilegios+que+niegan+derechos%2C+desigualdad+extrema+y+secuestro+de+la+democracia+en+Am%C3%A9rica+Latina+y+el+Caribe%2C&ie=utf-8&oe=utf-8>.

<sup>12</sup> CEPALSTAT. Disponible en: [http://estadisticas.cepal.org/cepalstat/WEB\\_CEPALSTAT/Portada.asp](http://estadisticas.cepal.org/cepalstat/WEB_CEPALSTAT/Portada.asp).

<sup>13</sup> Rosa Cañete, et. al., *Privilegios que niegan derechos...*, op. cit. p. 37.

riqueza y el patrimonio los datos hablan de una situación de desigualdad aún más profunda. En el año 2014, el 1% más rico poseía el 41% de la riqueza de América Latina y el Caribe, mientras que el 99% restante debía repartirse el 60%.<sup>14</sup> Si se mantiene esta tendencia, en los siguientes ocho años –para el 2022– el 1% más rico acaparará más riqueza –alrededor del 51%– que el 99% restante –49%–.<sup>15</sup> Entre los más ricos también hay privilegiados. Sólo 32 personas acumulan la misma riqueza que el 50% de la población más pobre de la región.<sup>16</sup> Del año 2002 al 2015, la riqueza de los multimillonarios de América Latina y el Caribe, que Forbes agrupa en una lista, ha crecido al ritmo promedio del 21% anual. Lo que significa un crecimiento seis veces superior al del PIB que fue de un 3.5% anual<sup>17</sup> y un 6% más alto que el crecimiento de la riqueza del resto del mundo. Es decir, una gran parte del crecimiento económico está siendo capturado única y exclusivamente por los más ricos, lo que profundiza aún más las brechas de desigualdad.

## **1 LA DOCTRINA DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO<sup>18</sup>**

El concepto ‘Piso de Protección Social’ (en adelante el concepto) fue desarrollado por la Organización Internacional de Trabajo (OIT) sobre la base de las experiencias recientes de ampliación de la protección, particularmente en los países en desarrollo. La Junta de Jefes Ejecutivos de las Naciones Unidas y los Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en la Cumbre sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio de 2010 expresaron su apoyo a este concepto, entendido como un conjunto integrado de políticas sociales diseñado para garantizar a toda persona la seguridad de los ingresos y el acceso a los servicios sociales esenciales, prestando especial atención a los grupos vulnerables y protegiendo y empoderando a las personas a lo largo de todo el ciclo de vida.<sup>19</sup> En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Río de Janeiro del 20 al 22 de junio de 2012, se tuvo como objetivo reactivar los compromisos mundiales relativos a la sostenibilidad con un nuevo conjunto de decisiones y medidas. Con el fin de contribuir a la resiliencia a largo plazo de los ciudadanos a las múltiples crisis que enfrenta nuestro mundo, Río +20: “El futuro que queremos” representa un impulso que aumente exponencialmente la cobertura y los servicios de protección social en todo el mundo, por lo que el concepto es perfectamente adaptable a los actuales Objetivos de Desarrollo Sostenible y a sus respectivas metas establecidas hasta el año 2030 que

---

<sup>14</sup> Base de datos de Credit Suisse 2014.

<sup>15</sup> Rosa Cañete, et. al., *Privilegios que niegan derechos...*, op. cit. p. 39.

<sup>16</sup> Banco Mundial (2015) “*Ten richest africans own much poorest half continent?*”.

<sup>17</sup> EL PIB de los países de América latina y El Caribe creció de 2000-2013 a una tasa promedio anual de 3.5%. Disponible en: <http://wdi.worldbank.org/table/4.1>.

<sup>18</sup> Publicaciones OIT. Disponibles en: [www.ilo.org/publns](http://www.ilo.org/publns).

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. xxiv.

pretende un mundo sin pobreza, con menos desigualdades y donde todos tengan acceso a la protección social.

El concepto es parte de una estrategia bidimensional para la ampliación de la seguridad social que comprende un conjunto básico de garantías para todas las personas (la dimensión horizontal) y la aplicación gradual de normas más rigurosas (la dimensión vertical), de conformidad con el Convenio de la OIT sobre la seguridad social (norma mínima), 1952, núm. 102,<sup>20-21</sup> entre otros. A medida que los países amplíen el espacio fiscal y de políticas,<sup>22</sup> se basa en principios compartidos de justicia social y en el derecho universal de todas las personas a la seguridad social y a un nivel de vida adecuado para la salud y bienestar de ellas y sus familias que incluya aspectos tales como la alimentación, el vestido, la vivienda, la atención médica y los servicios sociales necesarios. El concepto brinda un enfoque basado en los derechos cuya idea fundamental es que nadie debería vivir por debajo de un determinado nivel de ingresos y que todo el mundo debería al menos poder acceder a servicios sociales básicos con el fin de mejorar sus posibilidades de acceder a un trabajo decente.<sup>23</sup>

La Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en 2011 puso de manifiesto el amplísimo respaldo de que goza el concepto y perfeccionó las definiciones anteriormente citadas. Esta redefinición unificó la relación entre la seguridad de los ingresos y el acceso a bienes y servicios básicos bajo la forma de garantías básicas de seguridad social. La Conferencia Internacional del Trabajo acordó la siguiente definición:

**[P]isos de protección social, que incluyan garantías de seguridad social básicas para que, durante su ciclo de vida, todas las personas necesitadas puedan costearse una atención de salud esencial y puedan tener acceso a la misma, y gozar de una seguridad del ingreso que se eleve como mínimo a un nivel definido en el plano nacional. Las políticas relativas al Piso de Protección Social deberían tener por objeto facilitar un acceso efectivo a bienes y servicios esenciales, promover una actividad económica productiva y aplicarse en**

---

<sup>20</sup> Se trata del único convenio internacional que define las nueve ramas de la seguridad social, establece normas mínimas para cada una de ellas, y enuncia principios para la sostenibilidad y buena gobernanza de dichos sistemas. Otro rasgo importante de este Convenio es la inclusión de cláusulas de flexibilidad que permiten a los Estados Miembros ratificantes aceptar por lo menos tres de las nueve ramas de la seguridad social, incluyendo por lo menos una de las tres que cubren una contingencia o desempleo de larga duración, de modo que el mayor número posible de países puedan cumplir los requisitos que en él se establecen (Conferencia Internacional del Trabajo 100.a reunión, *op. cit.* p. 14).

<sup>21</sup> El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha recomendado a los países que ratifiquen este Convenio como medio de cumplir las obligaciones que les impone el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (OIT, 2011b:166).

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. xxv.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 9.

**estrecha coordinación con otras políticas de promoción de la empleabilidad, reducción de la informalidad y la precariedad, creación de empleos decentes y promoción de la iniciativa empresarial,<sup>24</sup> (resaltado propio).**

En el marco de la definición señalada, podemos referir que “Piso de Protección Social es un conjunto de derechos básicos de seguridad social y transferencias, destinados a ayudar a promover los derechos humanos y apoyar niveles de vida dignos en todo el mundo. El objetivo de los pisos de protección social es ampliar el respaldo y la protección básica a todas aquellas personas que los necesiten”.<sup>25</sup> Mediante el concepto el Sistema de las Naciones Unidas está proponiendo extender los beneficios de la seguridad social como estrategia para alcanzar de forma gradual su universalidad. El concepto constituye una medida coyuntural hacia el establecimiento de formas más amplias y robustas de seguridad social, es decir, como medida estructural.<sup>26</sup>

### 1.1 COINCIDENCIAS CON LA DOCTRINA DEL MÍNIMO VITAL Y EL MÍNIMO EXISTENCIAL

Considerando que el concepto comprende fundamentalmente la satisfacción de necesidades sociales básicas en resguardo del la dignidad humana de las personas, es necesario referir de manera concordante que la Corte Constitucional de Colombia estableció la doctrina del mínimo vital: El mínimo vital es un derecho fundamental ligado estrechamente a la dignidad humana, pues “constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional”.<sup>27</sup> El mínimo vital es un derecho que se deriva de los principios de Estado social de derecho, dignidad humana y solidaridad, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad en la

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>25</sup> Pisos de protección social simplificado. Disponible en: <http://portal.ugt.org/medioambiente/2r%20Pisos%20de%20proteccion%20social.pdf>.

<sup>26</sup> OIT, PNUD y ONU Mujeres, *Combatiendo la desigualdad desde lo básico, Piso de protección social e igualdad de género*, p. 14. Disponible en:

[http://www.do.undp.org/content/dominican\\_republic/es/home/library/womens\\_empowerment/piso\\_de\\_proteccion\\_social/](http://www.do.undp.org/content/dominican_republic/es/home/library/womens_empowerment/piso_de_proteccion_social/).

<sup>27</sup> Corte Constitucional de Colombia: Sentencia Constitucional SU-995/99 de 09 de septiembre de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU995-99.htm>.

modalidad de decisiones de protección especial a personas en situación de necesidad manifiesta, dado el carácter de derechos directa e inmediatamente aplicables, para el caso es especialmente relevante el derecho fundamental al mínimo vital, en particular el de las personas que apenas cuentan con lo indispensable para sobrevivir, donde el principio de Estado social de derecho consiste en la determinación de un mínimo de subsistencia digna y autónoma protegido constitucionalmente. Este mínimo constituye el contenido del derecho fundamental al mínimo vital, el cual, a su vez, coincide con las competencias, condiciones básicas y prestaciones sociales para que la persona humana pueda llevar una vida libre del temor y de las cargas de la miseria.<sup>28</sup>

En Alemania, en donde el Estado social de derecho es igualmente un principio fundamental, se ha precisado en la jurisprudencia constitucional que una persona humana requiere del mínimo existencial necesario para poder vivir dignamente, mínimo que no puede ser desconocido por el Estado, en particular, el legislador en ejercicio de la potestad tributaria. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Alemán decidió en un fallo de 1992 que al contribuyente del impuesto de renta deben quedarle, luego del cumplimiento de sus obligaciones tributarias, los recursos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia,<sup>29</sup> norma legal que otorgaba un auxilio familiar a los hijos.<sup>30</sup> De la jurisprudencia glosada, se puede destacar como un Estado social de derecho<sup>31</sup> tiene la obligación de implementar mecanismos de protección especial en beneficio de los sectores más empobrecidos incluso teniendo el deber de establecer una política tributaria coherente con el propio estado de necesidad.

---

<sup>28</sup> Derecho fundamental al mínimo vital. Disponible en: <http://www.gerencia.com/derecho-fundamental-al-minimo-vital.html>.

<sup>29</sup> Esta decisión fue adoptada por el Tribunal Constitucional Alemán en la sentencia constitucional por la cual resolvió varias cuestiones de inconstitucionalidad elevadas por el Juzgado Social de Trier, el Juzgado Social de Lüneburg y el Tribunal Social del Bund al Tribunal Constitucional para ser resueltas por éste en ejercicio de sus competencias.

<sup>30</sup> Tribunal Constitucional Federal Alemán: BVerfGE 82, 60 (111) de 29 de mayo de 1990 – *Steuerfreies Existenzminimum* (mínimo existencial libre de impuestos).

<sup>31</sup> Constitución Política del Estado, "artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional[...]"(énfasis agregado).

### **3 PRECISANDO LOS ALCANCES DEL CONCEPTO**

#### **3.1 POLÍTICAS SOCIALES INTEGRADAS PARA PROTEGER Y CAPACITAR A LAS PERSONAS A LO LARGO DE TODO EL CICLO DE VIDA**

El concepto apuesta por la coherencia y coordinación de las diferentes políticas sociales para evitar que los individuos y las familias caigan en la pobreza y la penuria y permanezcan anclados en ellas; pretende proteger a las personas que no son capaces de obtener unos ingresos decentes a través del trabajo y empoderar a los trabajadores para que aprovechen las oportunidades económicas y encuentren una vía para salir de la pobreza; combina el enfoque tradicional basado en el ciclo de vida caracterizado por programas integrales de desarrollo humano para los niños y sus familias, las personas subempleadas y los trabajadores pobres (incluidos los que padecen alguna discapacidad) y las personas de edad, junto con los últimos desarrollos en el análisis de la pobreza y la vulnerabilidad. Estos últimos tienen en cuenta el empleo precario y la diversidad de estructuras familiares y constituyen la base de la mayor parte de los nuevos programas de protección social introducidos en los países en desarrollo.

Se trata de un marco para coordinar las ayudas públicas destinadas a los hogares, que aborda las distintas causas de la pobreza y la exclusión social y busca aprovechar la capacidad productiva de quienes están en condiciones de trabajar.

#### **3.2 ADAPTACIÓN DEL CONCEPTO A LAS DIVERSAS REALIDADES NACIONALES**

Aunque se trata de un concepto mundial, los pisos de protección social existentes se han adaptado al marco de las estructuras institucionales, las restricciones económicas, las dinámicas políticas y las aspiraciones sociales propias de cada país, su proceso de aplicación será progresivo y gradual, en función de las prioridades y capacidades nacionales, sobre la base de los sistemas existentes de protección social y mediante fuentes sostenibles de financiación.

En la construcción de un sistema de protección social, el concepto debe entenderse como un primer paso hacia un nivel más elevado de protección. A medida que las economías crezcan y el espacio financiero y fiscal se amplíe, es de prever que el nivel de protección aumente. En aquellos países en que ya existe un sistema de protección social completo pero segmentado, el enfoque basado en el concepto no debe considerarse como una forma de reducir los niveles de protección,

sino como parte del proceso destinado a reducir las eventuales brechas de cobertura y promover la coherencia de las políticas sociales.<sup>32</sup>

Mediante el diálogo social, para la implementación del Piso de Protección Social cada país debe realizar un balance de la situación que tenga en cuenta los planes vigentes y su capacidad fiscal, de forma que se identifiquen las brechas de protección, se evalúe el costo y la sostenibilidad de las opciones disponibles, y se elaboren las medidas específicas que constituyan el piso nacional de protección social.<sup>33</sup>

### 3.3 HERRAMIENTA CLAVE PARA PROMOVER CONDICIONES FAVORABLES EN EL EJERCICIO DE LOS DESC

El enfoque del concepto representa una poderosa intervención que puede ofrecer un conjunto coherente y adaptable de políticas capaces de empezar a invertir esta situación de exclusión y de promover la dignidad humana. Puede contribuir de forma significativa a la cohesión, la paz y la estabilidad social, lo que a su vez ayudaría a minimizar el malestar social, además, promueve la estabilidad macroeconómica, toda vez que los países pueden confiar en que la protección social actúe como un estabilizador automático de gobernabilidad. Con ello, se sientan unas bases sólidas para formas de crecimiento con mayor capacidad de recuperación y una prosperidad sostenible que sean menos vulnerables a la volatilidad de la economía mundial y a los efectos de las crisis económicas y financieras periódicas. Asimismo, puede promover la estabilidad macroeconómica y la prosperidad porque aumenta la capacidad productiva de los grupos vulnerables al liberar su potencial aún por explotar y permitirles contribuir más plenamente a la vida económica y social.<sup>34</sup>

La OIT ha demostrado que todos los países, incluidos los de ingresos bajos, no sólo deberían, sino que pueden adoptar una política de desarrollo de un Piso de Protección Social. Aún en el caso de que no pueda desarrollarse un piso social básico completo de una sola vez, un enfoque escalonado y gradual puede generar beneficios inmediatos en términos de reducción de la pobreza, crecimiento que favorezca a los pobres y desarrollo social.<sup>35</sup>

En el documento final de la Cumbre de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), adoptado por consenso por la Asamblea General el 22 de septiembre de 2010, se considera que el concepto figura entre las políticas y los enfoques que

---

<sup>32</sup> Organización Internacional de Trabajo, *op. cit.*, p. 12.

<sup>33</sup> OIT, PNUD y ONU Mujeres, *Combatiendo la desigualdad desde lo básico...*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 7.

han alcanzado mayor éxito ya que promover el acceso universal a los servicios sociales y brindar niveles mínimos de protección social puede contribuir de manera importante a la consolidación de los beneficios ya logrados en materia de desarrollo y al logro de otros nuevos.<sup>36</sup>

Por último, el concepto obtuvo el pleno respaldo del G-20. La declaración adoptada por los Ministros de Empleo y Trabajo (27 de septiembre de 2011) recomienda el desarrollo de pisos de protección social definidos a nivel nacional con el objetivo de lograr un crecimiento fuerte, sostenible y equilibrado, y anima a las organizaciones internacionales a coordinar sus iniciativas para ayudar de forma más eficaz a los países a desarrollar sus pisos sociales. Asimismo, insta a garantizar fuentes de financiación eficaces (incluida la solidaridad internacional) para la aplicación de los pisos sociales definidos a nivel nacional.<sup>37</sup>

#### 3.4 RECOMENDACIÓN NÚM. 202 DE LA OIT SOBRE PISOS DE PROTECCIÓN SOCIAL

En la Recomendación núm. 202 de la OIT sobre los pisos de protección social se especifica que los Estados Miembros, al diseñar y poner en práctica el Piso de Protección Social, deberían:

a) combinar medidas preventivas, promocionales y activas, prestaciones y servicios sociales;

b) promover la actividad económica productiva y el empleo formal considerando la adopción de políticas que incluyen la contratación pública, la concesión de créditos públicos, la inspección del trabajo, políticas del mercado de trabajo e incentivos fiscales y que fomentan la educación, la formación profesional, las competencias productivas y la empleabilidad, y

c) asegurar la coordinación con otras políticas que fomentan el empleo formal, la generación de ingresos, la educación, la alfabetización, la formación profesional, las competencias y la empleabilidad, que reducen la precariedad, y que promueven el trabajo estable, la iniciativa empresarial y las empresas sostenibles en un marco de trabajo decente.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>37</sup> *Ibid.*, pp. 19 y 20.

<sup>38</sup> OIT, PNUD y ONU Mujeres, *Combatiendo la desigualdad desde lo básico...*, op. cit. p. 14.

## 4 EL PISO DE PROTECCIÓN SOCIAL ESTABLECIDO EN BOLIVIA

Para intentar precisar y abordar la conformación del Piso de Protección Social establecido en Bolivia, es necesario remitirnos al sistema de seguridad social implementado, en este contexto, nos referiremos al sistema de seguridad social contributivo y al sistema de seguridad social no contributivo.

### 4.1 SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL CONTRIBUTIVO

La característica fundamental de un sistema de seguridad social contributivo es el aporte obligatorio del asegurado,<sup>39</sup> en otras palabras, el mecanismo de sostenibilidad financiera se basa en la cotización<sup>40</sup> del asegurado,<sup>41</sup> condicionante necesaria para acceder a las prestaciones, lo que doctrinalmente se conoce como seguro social, en el caso de Bolivia, este sistema se atomiza en dos seguros a saber: El seguro social de corto plazo (en adelante SSCP) y el seguro social de largo plazo (en adelante SSLP).<sup>42,43</sup>

#### 4.1.1 SSCP: Aportes Patronales, Prestaciones en Especie y en Dinero<sup>44</sup>

Los entes gestores de salud son las prestadoras de servicios del SSCP, dependen del Ministerio de Salud y Deportes y están normados por el Código de Seguridad Social.<sup>45</sup> Otorgan protección a los trabajadores y sus familiares a través de

<sup>39</sup> Es la cotización mensual obligatoria y adicional voluntaria a cargo del asegurado dependiente, y la cotización mensual y adicional voluntaria a cargo del asegurado independiente (Anexo a la Ley 065, *Glosario de Términos Previsionales del Sistema Integral de Pensiones, Definiciones Aplicables*).

<sup>40</sup> En su significado original quiere decir fijar o poner precio a alguna cosa, con el sentido de pagar una cuota, o en su quinta acepción, de pagar una persona la parte correspondiente de gastos colectivos, contribuciones, afiliaciones u otros conceptos. Como se observa, la expresión utilizada denota el punto de referencia legal sobre el cual se calcula el pago de las cuotas, así como el acto mismo de pago de éstas (*Ibid.*, p. 142).

<sup>41</sup> En el caso de Bolivia, el sistema de seguridad social contributivo se financia con el aporte laboral y patronal. En otros países, este sistema es financiado también con el aporte estatal.

<sup>42</sup> La Ley 924 de 15 de abril de 1987, conocida como racionalización de la seguridad social boliviana, determina la creación del SSCP –financiado en su totalidad por el aporte patronal– y del SSLP para riesgo profesional, invalidez, vejez y muerte –financiado por el aporte laboral y en ese entonces también por el aporte estatal–.

<sup>43</sup> En Bolivia esta extraña atomización de la seguridad social en corto y largo plazo continúa vigente, no obstante que la reciente CPE, en su artículo 45, determina las prestaciones de manera integral.

<sup>44</sup> Son prestaciones en especie la atención sanitaria en medicina general y especializada, la atención odontología, quirúrgica, hospitalaria, suministro de medicamentos y alimentación. Son prestaciones en dinero los pagos efectivos en moneda de curso legal y corriente.

<sup>45</sup> El artículo 1 del Código de Seguridad Social establece: "Conjunto de normas que tiende a proteger la salud del capital humano del país, la continuidad de sus medios de subsistencia, la aplicación de

los seguros de enfermedad, maternidad, riesgos profesionales, invalidez y asignaciones familiares, mediante el reconocimiento de prestaciones en especie y en dinero al asegurado cotizante, esposa o conviviente, hijos menores de diecinueve años de edad, padres y hermanos en condiciones de dependencia (grupo familiar). También están incorporados al seguro de maternidad y enfermedad, los rentistas y su grupo familiar, además de los beneméritos de la patria, sus familiares y los menores que se encuentran bajo tutela del Estado.<sup>46</sup>

#### 4.1.2. Prestaciones

##### 4.1.2.1. Seguro de enfermedad o accidente

En caso de enfermedad reconocida por los servicios médicos de un ente gestor, el asegurado y los beneficiarios tienen derecho a las prestaciones en especie que dichos servicios consideren indispensables para su curación, que entre otros pueden ser: Asistencia médica general, asistencia médica especializada, intervenciones quirúrgicas, servicios de curación dental y suministro de medicamentos.

Asimismo, en caso de enfermedad también determina un estado de incapacidad para el trabajo, el asegurado tiene derecho a partir del cuarto día de reconocimiento de la incapacidad por los servicios médicos del ente gestor, a un subsidio diario que se pagará mientras dure la asistencia sanitaria.<sup>47</sup>

##### 4.1.2.2. Seguro de maternidad

La asegurada y la esposa o conviviente del asegurado tienen derecho a prestaciones en especie que consiste en la atención médica desde la concepción, gestación, parto y puerperio, atención médica pre natal, suministro de medicamentos, suministro de vacunas, entre otras. Asimismo, se otorga a la asegurada el subsidio de incapacidad temporal por maternidad equivalente al 90% del salario cotizante, 45 días antes y 45 días después del parto, requiriéndose cuatro cotizaciones anteriores a la fecha del parte de baja por maternidad; el subsidio prenatal consiste en la entrega a la asegurada o beneficiaria de una asignación mensual en productos alimenticios inocuos, no transgénicos con valor nutritivo de origen nacional acorde a

---

medidas adecuadas para la rehabilitación de las personas inutilizadas y la concesión de los medios necesarios para el mejoramiento de las condiciones de vida del grupo familiar”.

<sup>46</sup> Rober Espinal, *Seguridad Social para todos*, La Paz, Garza Azul Impresiones y Editores, 2011, pp. 17 y 18.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 19.

las necesidades de la gestante, equivalente a un salario mínimo nacional, la duración del subsidio prenatal comienza a partir del primer día del quinto mes de embarazo y fenece al nacimiento del hijo; el subsidio de natalidad que consiste en la cancelación a la asegurada o beneficiaria de una suma en dinero, equivalente a un salario mínimo nacional por el nacimiento de cada hijo, para beneficiarse con este subsidio el progenitor deberá presentar el certificado de nacimiento del recién nacido al ente gestor que se encuentre asegurado.

#### 4.1.2.3 Seguro de riesgos profesionales

El asegurado tiene derecho a la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, atención médica general, de especialidad, hospitalización, cirugías, alimentación, exámenes complementarios, rehabilitación, prótesis entre otros, no requiere cotizaciones previas.

#### 4.1.3 SSLP: Aportes Laborales y Patronales, Prestaciones en Dinero

Transitoriamente los operadores del SSLP son las administradoras de fondos de pensiones – (AFP), reguladas por la Autoridad de Fiscalización Pensiones y Seguros – (APS) y el aspecto normativo está a cargo del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y el Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social. El instrumento técnico legal del SSLP es la ley del Sistema Integral de Pensiones, Ley 065 de 10 de diciembre de 2010.

#### 4.1.4 Prestaciones

##### 4.1.4.1 Prestación de vejez

Comprende el pago de una pensión de vejez vitalicia para el asegurado, pensiones vitalicias y temporales por muerte a los derechohabientes, según correspondan y gastos funerarios al fallecimiento del asegurado. Para el acceso a esta prestación del asegurado debe independientemente de su edad tener una pensión igual o superior al 60% de su referente salarial de vejez, producto del saldo acumulado en su cuenta individual. Otra modalidad es para asegurados con más 55 años de edad (hombres) y 50 años (mujeres) que tuvieron aportes al sistema de reparto vigente hasta mayo de 1997 y logren financiar una pensión igual o superior al 60% de su referente salarial de vejez. Y finalmente a partir de los 58 años independientemente del monto acumulado en su cuenta individual y cuenten con una densidad superior a 120 cotizaciones.

#### 4.1.4.2 Compensación de Cotizaciones

Definido como el reconocimiento que se otorga a los asegurados por aportes efectuados al sistema de pensiones vigente al 30 de abril de 1997, denominado sistema de reparto.

#### 4.1.4.3 Pensión de invalidez o enfermedad

Se otorga en caso de sufrir invalidez parcial o total definitiva a causa de accidente o enfermedad de trabajo o causa ajena al trabajo

#### 4.1.4.4 Pensión por muerte

Son pensiones originadas al fallecimiento de un asegurado menor de 65 años, en relaciones laborales o ajenas a la relación laboral, que consisten en pensiones vitalicias y temporales según correspondan a favor de los derechohabientes.

#### 4.1.4.5 Gastos funerarios

Son pagos por única vez, equivalentes a Bs.1.800 a la persona que acredite haber cubierto los gastos funerarios de un asegurado fallecido.

### 4.2 SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL NO CONTRIBUTIVO: ASISTENCIA SOCIAL, PRESTACIONES EN ESPECIE Y EN DINERO<sup>48</sup>

En sentido contrario al sistema de seguridad social contributivo, la característica de un sistema de seguridad social no contributivo no encuentra su fuente de financiamiento en el aporte laboral o patronal, es financiado por impuestos y básicamente son políticas públicas diseñadas para implementar mecanismos de protección social a favor de grupos vulnerables, en consecuencia, para acceder a sus prestaciones los beneficiarios no requieren acreditar ningún aporte o cotización.

---

<sup>48</sup> Por razones de espacio no se incluyen otras políticas que también conforman el piso de protección social como la renta solidaria para personas con discapacidad, el bono anual para los no videntes, los programas desnutrición cero, desayuno escolar, mi primer empleo digno y el de apoyo al empleo, entre otros.

#### 4.2.1 Programa Mi Salud

El programa Mi Salud tiene como objetivo brindar atención médica a la población casa por casa y de manera gratuita, además fortalecer los centros de salud. Es una iniciativa del Gobierno boliviano, que cuenta con el asesoramiento del hermano país de Cuba, y que de manera piloto se implementa en la ciudad de El Alto. Posteriormente pretende cubrir a todo el territorio nacional. El programa cuenta con 150 médicos, 150 enfermeras, 40 radiólogos, 40 laboratoristas y 40 estadígrafos que brindarán atención médica gratuita a 3.000 ciudadanos entre niños, adultos y mayores entre 21 y 60 años de edad, demanda una inversión de 50 millones de bolivianos que en un 67% es financiado por el Gobierno Nacional y tiene una contraparte del Gobierno Autónomo Municipal.<sup>49</sup>

#### 4.2.2. Programa Mi Agua en el altiplano paceño

El programa Mi Agua tiene el propósito de incrementar la producción agropecuaria y llevar el bienestar a los bolivianos, garantizando la seguridad alimentaria. Cada uno de los 327 municipios rurales de Bolivia recibirá 300.000 dólares en 2013 para poner en marcha sistemas de agua potable y riego, así como para ganadería. Según los datos proporcionados por el Ministerio de Medio Ambiente y Agua, 72 alcaldes recibieron los contratos por un monto global de 128,8 millones de bolivianos, para la ejecución de 158 proyectos.<sup>50</sup>

#### 4.2.3. Seguro Universal Materno Infantil<sup>51</sup>

Tiene carácter universal, integral y gratuito, otorga prestaciones de salud en los niveles de atención del sistema nacional de salud y del sistema de seguridad social de corto plazo a las mujeres embarazadas, desde el inicio de la gestación, hasta los 6 meses posteriores al parto y a los niños y niñas, desde su nacimiento hasta los 5 años de edad, siendo una prioridad en la estrategia de reducción de la pobreza.

---

<sup>49</sup> *La Razón Digital*, "Gobierno crea programa 'Mi Salud' para brindar atención médica gratuita casa por casa", 01 de junio de 2013. Disponible en: [http://www.la-razon.com/index.php?url=/sociedad/Gobierno-programa-Salud-atencion-gratuita\\_0\\_1843615686.html](http://www.la-razon.com/index.php?url=/sociedad/Gobierno-programa-Salud-atencion-gratuita_0_1843615686.html).

<sup>50</sup> Fondo Nacional de inversión Productiva y Social, "Presidente inició programa 'Mi Agua' en el altiplano paceño", s.f. Disponible en: <http://www.fps.gob.bo/index.php/noticias/Presidente-inici-el-programa-Mi-Agua-en-altiplano-paceo.378.html>.

<sup>51</sup> Creado por ley del Seguro Universal Materno Infantil, Ley 2426 de 21 de noviembre de 2002.

#### 4.2.4. Seguro Para el Adulto Mayor<sup>52</sup>

Tiene carácter integral y gratuito, otorga prestaciones de salud en todos los niveles de atención del sistema nacional de salud, a ciudadanos mayores de 60 años de edad con radicatoria permanente en el territorio nacional y que no cuenten con ningún tipo de seguro de salud.<sup>53</sup>

#### 4.2.5. Renta Universal de Vejez (Renta Dignidad)<sup>54</sup>

La renta universal de vejez es un beneficio vitalicio, no heredable, de carácter no contributivo que el Estado otorga a todos los bolivianos residentes en el país mayores de 60 años, que no perciban una renta en el sistema de seguridad social de largo plazo o una remuneración contemplada en el presupuesto general de la nación consistente en un total anual de 3.000 bolivianos (250 mensuales). Este beneficio se otorga también a los bolivianos que perciben una renta del sistema de seguridad social de largo plazo en un 75% del monto de la Renta Universal de Vejez es decir en un total anual de 2.400 bolivianos (200 mensuales). Además otorga a los derechohabientes 1.800 bolivianos por concepto de gastos funerales, a la muerte del titular del derecho.

#### 4.2.6. Bono madre niño–niña Juana Azurduy<sup>55</sup>

Tiene por finalidad hacer efectivos los derechos fundamentales de acceso a la salud y el desarrollo integral consagrados en la Constitución Política del Estado, para disminuir los niveles de mortalidad materna e infantil y la desnutrición crónica de los niños y niñas menores de dos años. Igualmente, pretende instituir el incentivo para la maternidad segura y el desarrollo integral de la población infantil de cero a dos años de edad. Es pagado de la siguiente manera: primer control prenatal: Bs.50, segundo control prenatal: Bs.50, tercer control prenatal: Bs.50, cuarto control prenatal: Bs.50, parto institucional más control prenatal: Bs.120. Para niños y niñas menores de 2 años, 12 controles bimestrales integrales de salud, cada uno por Bs.125. Es decir, un total de hasta 1.820 bolivianos en un período de 33 meses.

---

<sup>52</sup> Creado por ley 3323 de 16 de enero de 2006.

<sup>53</sup> Tanto el seguro materno infantil como el seguro para el adulto mayor fueron fusionados por la Ley 475, de prestaciones de servicios de salud integral del Estado Plurinacional de Bolivia, de 30 de diciembre de 2013, manteniéndose la cobertura y las prestaciones descritas.

<sup>54</sup> Implementado mediante la Ley de la Renta Universal de Vejez (Renta Dignidad), Ley 3791, de 28 de noviembre de 2007. La Ley 378 de 16 de mayo de 2013 modifica los montos de la Renta Universal de Vejez.

<sup>55</sup> Implementado mediante Decreto Supremo 0066, de 3 de abril de 2009.

#### 4.2.7. Bono Juancito Pinto<sup>56</sup>

Es un subsidio de incentivo a la permanencia y culminación del año escolar de los niños y niñas en los primeros cinco años de primaria, en las unidades educativas públicas de todo el territorio nacional, tiene un valor de Bs.200 anuales siendo entregado en dos cuotas, cada una de Bs.100 el primer pago, es efectuado al inicio de la gestión escolar y el segundo pago al cierre de esa gestión, también puede ser pagado en especie, con productos nacionales. El Juancito Pinto comenzó el año 2006 con un presupuesto de Bs.216.993.400 para escolares de primero a quinto de primaria. Pero para 2013, además de ser pagado a los seis cursos de primaria, llegó hasta el cuarto de secundaria con Bs.390.301.800.<sup>57</sup>

## 5 DESAFÍOS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EN LA LUCHA CONTRA LA POBREZA Y LA EXCLUSIÓN

Es necesario, desde ya, un sincero compromiso de los gobiernos para repensar el modelo de desarrollo, enfrentar la desigualdad y no perder los logros alcanzados en la lucha contra la pobreza. Es una necesidad ineludible desde el punto de vista ético, político, social y económico. Y atenderla no será sencillo, porque enfrentar la desigualdad significa garantizar los derechos de muchos... reduciendo los privilegios de unos pocos.<sup>58</sup> No es tarea fácil, pero los Gobiernos latinoamericanos deben revisar su dependencia de las industrias extractivas y tomar medidas para diversificar sus economías, generando empleo y variar la procedencia de sus recursos fiscales. En este contexto, las políticas públicas de mayor relevancia para reducir la desigualdad económica son la política fiscal, política de empleo, de protección social, políticas para reducir las desigualdades entre hombres y mujeres; y las políticas para garantizar servicios públicos de calidad, principalmente educación, salud y acceso al agua y saneamiento.<sup>59</sup>

Una de las estrategias más efectivas para erradicar la deserción escolar, el trabajo infantil y el trabajo forzoso es la implementación de programas de incentivo a la educación, ya que el ejercicio de este derecho garantiza en un futuro mayores probabilidades de acceder a una fuente laboral formal. Los programas vinculados al empleo y a la formalización del empleo son fundamentales para reducir los índices de pobreza extrema, en este contexto el gran desafío es reducir progresivamente la economía informal (mas formalidad = mas derechos = más trabajo digno o trabajo

<sup>56</sup> Implementado mediante Decreto Supremo 28899, de 26 de octubre de 2006.

<sup>57</sup> *La Razón Digital*, "Cerca de 2 millones de alumnos recibirán el bono Juancito Pinto", 23 de octubre de 2013. Disponible en: [http://www.la-razon.com/sociedad/Cerca-millones-recibiran-Juancito-Pinto\\_0\\_1930007015.html](http://www.la-razon.com/sociedad/Cerca-millones-recibiran-Juancito-Pinto_0_1930007015.html).

<sup>58</sup> Rosa Cañete, et. al., *Privilegios que niegan derechos...*, op. cit. pp. 11 y 12.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 16.

decente),<sup>60</sup> sin embargo, para “formalizar” la economía se requiere un crecimiento sostenido y políticas activas de empleo y modernización productiva. La informalidad en el empleo es otra limitante en la extensión de la protección en salud, dado que el modelo de la seguridad social exige una relación formal obrero-patronal. En Bolivia existen 1.3 millones de trabajadores informales, que representan el 64% de la población ocupada en el área urbana.<sup>61</sup> La formalización del empleo también tiene un efecto directo sobre las capacidades del Estado de recibir entradas fiscales para financiar políticas sociales redistributivas, lo que genera un proceso virtuoso hacia la creación de Estados de Bienestar. La formalización podría traer consigo otros beneficios sociales, como jubilación y seguro de salud, que ayudan a la disminución de la desigualdad.<sup>62</sup> La eliminación de normas y leyes sesgadas y discriminatorias son punto central en una agenda de género que apunte a la igualdad en el mercado laboral. Se deben desarrollar políticas para asegurar un trato igualitario en el trabajo, iguales salarios para iguales funciones y que permita la inserción laboral de las mujeres desligándola de los roles tradicionales de género. Y también es central el trabajo doméstico y reproductivo, invisible, no valorado por la sociedad y asumido en su mayoría por las mujeres, generalmente sin remuneración.<sup>63</sup> Se trata de un trabajo que garantiza las condiciones para el funcionamiento del sistema económico y social pero que no recibe reconocimiento.<sup>64</sup>

Los sistemas de protección social son esenciales en la lucha contra la desigualdad en la medida en que reducen la vulnerabilidad de las personas ante los riesgos del ciclo de vida, como la enfermedad, la maternidad, la discapacidad o la vejez, que pueden significar una pérdida del ingreso. También comprenden las políticas públicas que atienden las necesidades específicas de las poblaciones más excluidas y hacen que la sociedad en su conjunto sea más solidaria, igualitaria y menos individualista. Los sistemas de seguridad social en la región deben garantizar

---

<sup>60</sup> El trabajo decente es aquel que se desarrolla en condiciones de justicia, seguridad, equidad y libertad, proporcionando oportunidades de empleo y un ingreso digno. Los ejes sobre los que se sustenta el trabajo decente son cuatro: empleo, normas y principios y derechos fundamentales, seguridad social y diálogo social, y se presenta la igualdad de género como un eje transversal. La seguridad social es un eje estratégico del Programa de Trabajo Decente de la OIT.

<sup>61</sup> Organización Panamericana de la Salud, (OPS), *Exclusión en Salud. Estudio de Caso. Bolivia, El Salvador, Nicaragua, México, Honduras*, Serie Extensión de la Protección Social en Salud, núm. 2, Washington, D.C., OPS, 2009, p. 30.

<sup>62</sup> Rosa Cañete, et. al., *Privilegios que niegan derechos...*, op. cit. p. 17.

<sup>63</sup> El trabajo no remunerado es aquél que, sin retribución económica o en especie, se realiza para el mantenimiento de los hogares, las comunidades y la sociedad en su conjunto. Comprende tres principales tipos de trabajo: el cuidado de personas cuidado-dependientes, tales como niños y niñas, de personas adultas mayores, con enfermedad o discapacidad; el mantenimiento diario del bienestar en el hogar, el trabajo voluntario en la comunidad; y la producción de subsistencia de bienes y servicios que de otro modo podrían o debieran estar cubiertos por las políticas públicas o por el mercado. OIT, PNUD y ONU Mujeres, *Combatiendo la desigualdad desde lo básico...*, op. cit., p. 15.

<sup>64</sup> *Ibíd.*, p. 18.

la universalidad y la solidaridad entre los colectivos y así frenar las desigualdades ocasionadas en el mercado laboral. Debe fortalecerse el impulso de políticas que aumenten la cobertura a los trabajadores informales y protejan los derechos de las mujeres. Las políticas de protección social, como los sistemas de seguridad social o los programas de asistencia, deben diseñarse también para cubrir las deficiencias del mercado laboral y redistribuir la carga del trabajo doméstico y reproductivo no remunerado.

Los sistemas de transferencia condicionada de efectivo, si bien han contribuido a garantizar ingresos en los hogares más pobres, son un instrumento limitado en la lucha contra la desigualdad y deben apoyarse dentro de un esquema más amplio que garantice servicios universales de calidad, construya conciencia de derechos y enfrente las desigualdades de género. Estos programas deben implementar transferencias condicionadas (transferencias de recursos a familias pobres que deben comprometerse a cumplir ciertas metas en los ámbitos de la educación, la salud y la nutrición, la combinación de asistencia monetaria (o en especie) con exigencias educativas o de salud permite combinar el alivio de la pobreza a corto plazo con objetivos a largo plazo, mediante el desarrollo del capital humano como una manera de superar los mecanismos de reproducción intergeneracional de la pobreza.<sup>65</sup> Los estudios sobre el impacto de las transferencias sociales básicas en 30 países en desarrollo han demostrado que este tipo de medidas han tenido un efecto significativo en la reducción de los niveles de pobreza y desigualdad. Los estudios también indican que las medidas del Piso de Protección Social han tenido un efecto notablemente positivo en diversos indicadores de desarrollo social, tales como la matrícula escolar y el estado de salud y nutricional de la población.

Estos estudios también muestran que estas medidas han tenido un impacto positivo significativo al mejorar el espíritu empresarial en las familias receptoras, ayudándoles a superar las barreras para entrar en el mercado y acceder al crédito. En algunos países, las transferencias de dinero en efectivo también han ayudado a promover la igualdad de género mediante el fortalecimiento de la condición social de las mujeres en los hogares y las comunidades.<sup>66</sup>

Al margen de encontrar formas de potenciar la cobertura provisional por la vía contributiva, otro gran desafío es consolidar modelos de pensiones no contributivas que permitan abarcar a la población históricamente excluida de los mecanismos formales de ahorro para la vejez.<sup>67</sup> Las pensiones solidarias han

---

<sup>65</sup> Consejo Económico para América Latina y el Caribe (Cepal), *La protección social de cara al futuro: Acceso, financiamiento y solidaridad*, Santiago de Chile, Cepal, 2006, p. 164.

<sup>66</sup> Pisos de protección social simplificado, *op. cit.*, p. 2.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 117.

mostrado ser efectivas para garantizar rentas mínimas en los adultos mayores y también deben ser reforzadas.

La coordinación de los programas sociales de lucha contra la pobreza no debe limitarse a los servicios de salud y educación. También es importante establecer puentes con otras áreas de la actividad estatal y especialmente con las políticas públicas sobre infraestructura, vivienda, agua potable, saneamiento y transporte.<sup>68</sup>

Es vital para la implementación de políticas y programas sociales de lucha contra la pobreza fortalecer los indicadores socio – laborales (línea base), la adopción de criterios de focalización y la necesidad de contar con instrumentos de medición de la pobreza y vulnerabilidad para la asignación de beneficios, así como indicadores de evaluación y monitoreo de programas son un importante desafío a fin de evitar programas sociales con fines de clientelismo político y de realzar su eficacia.<sup>69</sup>

La implementación del Piso de Protección Social debería también permitir reducir las brechas de género en el mercado laboral y en la protección social a partir de identificar los sectores donde es más urgente contar con transferencias y servicios (como los de salud reproductiva y materno-infantil así como de cuidados de la infancia y de otras personas cuidado-dependientes). En tanto instrumento de planificación y de gestión debería además permitir desarrollar diagnósticos más detallados así como poner en marcha estrategias públicas de corresponsabilidad en relación a la conciliación entre trabajo y familia, con actuaciones desde la propia administración pública que sumen a las empresas y las familias.<sup>70</sup>

En el caso concreto de Bolivia no se cuenta con los recursos suficientes, la infraestructura adecuada y el personal necesario para el monitoreo y el cumplimiento de las disposiciones legales laborales, no resultando útil tener una legislación laboral adecuada si esta no se cumple. En consecuencia, es importante fortalecer al Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social como entidad garante de los derechos laborales en la vía administrativa, en especial en sus funciones de inspección.<sup>71</sup> Asimismo, se debe crear una red interinstitucional (con participación de instituciones gubernamentales como el Ministerio de Desarrollo Rural y Tierras, Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social y Ministerio de Planificación del Desarrollo, el Instituto Nacional de Estadísticas, Unidad de Análisis de Políticas Sociales y Económicas, instituciones privadas, organizaciones sociales como la

---

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 179.

<sup>70</sup> OIT, PNUD y ONU Mujeres, *Combatiendo la desigualdad desde lo básico...*, op. cit., pp. 17 y 18.

<sup>71</sup> Fernando Soto y Emilio Klein (coords.), *Políticas de mercado de trabajo y pobreza rural en América Latina*, t. II, Roma, Cepal, OIT, FAO, 2012, p. 85.

Central Obrera Boliviana y Agencias de Cooperación Internacional como la FAO y la OIT) para coordinar acciones en el tema, apoyar investigaciones, realizar análisis y reflexiones sobre empleo rural y pobreza. Uno de los objetivos de esta red debe ser la construcción de un Observatorio del Empleo Rural a nivel nacional.<sup>72</sup>

Finalmente, para acabar con la desigualdad se necesitan gobiernos con un claro compromiso con las mayorías, capaces de desligarse de los intereses de las élites políticas y económicas; gobiernos y ciudadanía conscientes de que no existen pobres sin ricos y que la solución a la desigualdad y la pobreza implica mirar la otra cara de la moneda: la riqueza.<sup>73</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 100.a reunión, Informe VI, *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa*, Ginebra, 2011.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Sistema Universal y Sistema Interamericano*, San José, Editorama S.A., 2008.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO GINEBRA (OIT), *Piso de Protección Social para una globalización equitativa e inclusiva*, Informe del Grupo consultivo presidido por Michelle Bachelet Convocado por la OIT con la colaboración de la OMS, Ginebra, 2011.

CONSEJO ECONÓMICO PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL) (2015), *Panorama Económico y Social América Latina y el Caribe, 2014 de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños*, Naciones Unidas: Santiago, Chile.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD) (2014), *Informe de Desarrollo Humano 2014*, Naciones Unidas, Santiago, Chile.

CAÑETE Rosa, et. al., *Privilegios que niegan derechos, desigualdad extrema y secuestro de la democracia en América Latina y el Caribe*, 2015, OXFAM.

BANCO MUNDIAL (2015) “*Ten richest africans own much poorest half continent?*”

PISOS DE PROTECCIÓN SOCIAL SIMPLIFICADO. Disponible en:  
<http://portal.ugt.org/medioambiente/2r%20Pisos%20de%20proteccion%20social.pdf>.

OIT, PNUD y ONU Mujeres, *Combatiendo la desigualdad desde lo básico, Piso de protección social e igualdad de género*. Disponible en:  
[http://www.do.undp.org/content/dominican\\_republic/es/home/library/womens\\_empowerment/piso\\_de\\_proteccion\\_social/](http://www.do.undp.org/content/dominican_republic/es/home/library/womens_empowerment/piso_de_proteccion_social/).

ESPINAL Rober, *Seguridad Social para todos*, La Paz, Garza Azul Impresiones y Editores, 2011.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 86.

<sup>73</sup> Rosa Cañete, et. al., *Privilegios que niegan derechos...*, op. cit. p. 23.

CONSEJO ECONÓMICO PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL), *La Protección Social de Cara al Futuro: Acceso, financiamiento y solidaridad*, Santiago de Chile, Cepal, 2006.

SOTO, Fernando y Emilio Klein (coords.), *Políticas de mercado de trabajo y pobreza rural en América Latina*, t. II, Roma, Cepal, OIT, FAO, 2012.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, (OPS), *Exclusión en Salud. Estudio de Caso. Bolivia, El Salvador, Nicaragua, México, Honduras*, Serie Extensión de la Protección Social en Salud, núm., 2, Washington, D.C., OPS, 2009.

### **Sentencias Constitucionales**

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia Constitucional SU-995/99 de 09 de septiembre de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN, BVerfGE 82, 60 (111) de 29 de mayo de 1990 – *Steuerfreies Existenzminimum* (Mínimo existencial libre de impuestos).

---

# A IMPORTÂNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM PROL DA EFETIVAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE NA SEARA BRASILEIRA

---

**Bruna de Oliveira da Silva Guesso Scarmanhã<sup>1</sup>**

**Ilton Garcia da Costa<sup>2</sup>**

## INTRODUÇÃO

Diante dos avanços sociais e das atuais situações globais em decorrência das condições democráticas, o papel das políticas públicas far-se-á indispensável para a efetivação dos direitos fundamentais.

Desse modo, compreende-se como políticas públicas o conjunto de ações, atividades e programas desenvolvidos pelo agente estatal, objetivando, precipuamente, garantir direitos fundamentais.

As políticas públicas são indispensáveis à garantia do direito à saúde, sendo este um direito de todos e de responsabilidade Estatal, devendo ser assegurado mediante práticas sociais e econômicas, objetivando por meio de acesso universal e igualitário amenizar o risco de doenças e outros agravos, ofertando ações e serviços para a promoção do bem coletivo, a proteção e recuperação dos enfermos.

Com efeito, o direito à saúde é garantido e efetivado por meio de políticas públicas desenvolvidas e implementadas pelo Estado.

Destarte, levando-se em conta que as políticas públicas assumem tal importância, observa-se que suas respectivas diretrizes, devem ser observadas de modo que assegure a sociedade a total concretização do acesso à saúde.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito na área de concentração "Teoria do Direito e do Estado" no UNIVEM/Marília-SP Bolsista CAPES/PROSUD. Integrante dos grupos de pesquisas NEPI (Núcleo de Estudos em Direito e Internet) e GRADIF (Gramática dos Direitos Fundamentais) no UNIVEM/Marília. E-mail: bruna.guesso@gmail.com

<sup>2</sup> Membro honorário de E-Justicia Latinoamérica. Mestre e doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Administração pelo Centro Universitário Ibero Americano UNIBERO. Graduado em Matemática. Advogado no Brasil. Professor de ensino superior da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

Assim sendo, a discussão proposta mostra-se relevante e se justifica em virtude da necessidade da efetiva proteção ao direito à saúde e sua respectiva concretização por meio de políticas públicas desenvolvidas e implementadas pelo agente estatal.

Dessa forma, o escopo da abordagem é analisar, por meio de revisões bibliográfica e legislativa, o conceito de políticas públicas, assim como aspectos históricos, a fim de estabelecer critérios para efetivar direitos sociais, mormente o direito à saúde, garantido pela Constituição Federal.

Para tanto, como alicerce e referencial teórico, enfrentar-se-á os aspectos gerais acerca das políticas públicas, bem como sua conceituação e origem, após, demonstrar sua correlação com os direitos fundamentais, nomeadamente o direito à saúde.

## **1 POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA RESPECTIVA DIMENSÃO**

Os avanços das condições democráticas a nível mundial e a gama de disposições institucionais dos governos permitiu maiores discussões acerca das políticas públicas, abrangendo dimensões amplas, porém, necessárias para atuação em condições adequadas do ente estatal, condições estas, que se caracterizam pelas ações estatais, isto é, as políticas públicas.

Políticas públicas são ferramentas governamentais de ação, fundamentando-se no estado social, com o comprometimento de implementação de direitos fundamentais.

Corroborando, entende Freire Júnior (2005, p. 48) que “as políticas públicas são os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que pouco vale o mero reconhecimento formal de direitos se ele não vem acompanhado de instrumentos para efetivá-los”.

Sem embargo, políticas públicas são conjuntos de programas, ações e atividades desenvolvidas pelo Estado, de forma direta ou indireta, por meio da participação de entes públicos ou privados, objetivando garantir direitos fundamentais.

Direitos fundamentais estes, que de acordo com Lazari e Garcia (2015, p. 109-110, grifo do autor), “[...] não são estanques, mas, sim, complementares. *Somam-se e dialogam* uma com a outra, formando um completo sistema de proteção da pessoa humana”.

Nas palavras de Bobbio (2004, p. 26) as dimensões dos direitos fundamentais<sup>3</sup> apenas passam existir para impedir malefícios ou obter benefícios do poder que nasce das mudanças derivadas das condições sociais.

Assim, os direitos fundamentais “toma-se o pressuposto de que todos os bens jurídicos garantidos à pessoa humana devem ser preservados e respeitados, sob pena de uma proteção defeituosa” (LAZARI; GARCIA, 2015, p. 110).

Nesse sentido, é que deve “entrar em cena” as políticas públicas como forma de garantir e preservar, por meio de ações, todos os direitos fundamentais que englobam o indivíduo: sejam individuais, sejam sociais.

Nessa seara, Teixeira (2002, p. 2) assinala que “políticas públicas’ são diretrizes, princípios norteadores de ação do poder público; regras e procedimentos para as relações entre poder público e sociedade, mediações entre atores da sociedade e do Estado”. Segundo o autor “são, nesse caso, políticas explicitadas, sistematizadas ou formuladas em documentos (leis, programas, linhas de financiamentos) que orientam ações que normalmente envolvem aplicações de recursos públicos”.

Na definição de Rua (2009, p. 19, grifo nosso), acerca do que seriam políticas públicas, afirma que a formulação de propostas, tomada de decisões e sua implementação por organizações públicas, tendo como foco temas que afetam a coletividade, mobilizando interesses e conflitos, é denominada de *policy*, termo este para utilizado para referir-se as ações tomadas pelo agente Estatal. Assim, “[...] *policy* significa a atividade do governo de desenvolver políticas públicas, a partir do processo da política”.

Desse modo, Rua (2009, p. 19) sustenta que “as políticas públicas (*policy*) são uma das resultantes da atividade política (*politics*): compreendem o conjunto das decisões e ações relativas à alocação imperativa de valores envolvendo bens públicos”, mas, “embora uma política pública implique decisão política, nem toda decisão política chega a constituir uma política pública”.

Em contrapartida, analisa Teixeira (2002, p. 3) que:

As políticas públicas visam responder a demandas, principalmente dos setores marginalizados da sociedade, considerados como vulneráveis. Essas demandas são interpretadas por aqueles que ocupam o poder, mas influenciadas por uma agenda que se cria na sociedade civil através da pressão e mobilização social.

---

<sup>3</sup> Para alguns autores o termo gerações poderia desencadear a falsa ideia de que conforme fossem evoluindo, ocorreria uma substituição de uma geração por outra, razão pela qual se adota a expressão “dimensão”, e não geração.

Visam ampliar e efetivar direitos de cidadania, também gestados nas lutas sociais e que passam a ser reconhecidos institucionalmente.

Outras políticas objetivam:

[...] promover o desenvolvimento, criando alternativas de geração de emprego e renda como forma compensatória dos ajustes criados por outras políticas de cunho mais estratégico (econômicas). Ainda outras são necessárias para regular conflitos entre os diversos atores sociais que, mesmo hegemônicos, têm contradições de interesses que não se resolvem por si mesmas ou pelo mercado e necessitam de mediação.

Os objetivos das políticas têm uma referência valorativa e exprimem as opções e visões de mundo daqueles que controlam o poder, mesmo que, para sua legitimação, necessitem contemplar certos interesses de segmentos sociais dominados, dependendo assim da sua capacidade de organização e negociação (TEIXEIRA, 2002, p. 3).

Nesse diapasão, compreende Benedito e Menezes (2013, p. 58) que “políticas públicas, em breve definição, trazem a concepção holística da gestão pública sobre problemas sociais setoriais”, sendo que “o Estado é reconhecido como o local de reconhecimento, debate e resolução dos problemas existentes em uma determinada sociedade e, a política pública é responsável pela identificação, planejamento e solução destes problemas através de uma ação estratégica que envolva sociedade e Estado”.

Para Tude (2010, p. 1) “políticas públicas, tradicionalmente, compreendem o conjunto das decisões e ações propostas geralmente por um ente estatal, em uma determinada área (saúde, educação, transportes, reforma agrária etc.)”, de forma, que para o autor, ocorre “de maneira discricionária ou pela combinação de esforços com determinada comunidade ou setores da sociedade civil”.

Enfatiza Tude (2010, p. 2) que “o conceito de Políticas Públicas tem evoluído ao longo do tempo, sobretudo na Ciência Política”, e segundo suas considerações, “inicialmente, apreciavam-se as políticas públicas quase exclusivamente como *outputs* do sistema político”, isto é, “as ações executadas por um ente estatal a partir de demandas captadas, negociadas e transformadas da sociedade; sendo que a ciência política se preocupava em estudar somente os *inputs*, que eram essas demandas da sociedade responsáveis pela formação desses *outputs*”.

Contudo, denota Tude (2010, p. 2) que “com a evolução desta ciência, as Políticas Públicas começaram a ser concebidas como unidade de análise, sendo estudado o seu processo como um todo (*inputs+ outputs*)”.

Dessa maneira, constata-se que “os estudos nessa temática passaram a se ocupar em entender desde a origem até a formação final das políticas públicas, abordando todos os atores envolvidos para o seu desenvolvimento” (TUDE, 2010, p. 2).

Nessa dimensão, insta demonstrar brevemente, resquícios históricos no que tange a evolução das políticas públicas.

De acordo com Benedito e Menezes (2013, p. 57) o conceito de políticas públicas origina-se “nos Estados Unidos quebrando a lógica das ciências sociais de análise institucionais sobre o funcionamento do Estado”, assim, “eram análises explicativas sobre o funcionamento das instituições estatais, sem, contudo, oferecer um direcionamento sobre quais as ações que o Estado deveria tomar para sanar o problema constatado”.

Por conseguinte, segundo Benedito e Menezes (2013, p. 60) ao surgir o conceito de políticas públicas nos Estados Unidos realizou-se uma “visão holística (sob todos os aspectos) dos problemas sociais racionalizando a atuação do poder público na resolução de tais problemas”. Desse modo, as políticas públicas, nesse contexto, “nada mais é do que o planejamento do Estado na prestação de serviços públicos ao qual está obrigado pelo texto constitucional”.

O surgimento teórico do papel das políticas públicas nos Estados Unidos “tinha um viés de racionalização econômica da atuação do Estado”, contudo, “com o passar do tempo esta lógica de racionalização do Estado saiu do aspecto meramente econômico passando para um planejamento de todas as ações do Estado” (BENEDITO; MENEZES, 2013, p. 61).

Por outro lado, denota-se que o surgimento do Estado de bem-estar social pressupõe a garantia de materializar direitos como a vida, à saúde e a alimentação.

Assim, a partir deste período o caráter assistencial e de humanidade inicia-se a desaparecer e os benefícios começam a serem percebidos como direitos da cidadania. Contudo, neste período estes direitos ainda eram considerados como dívidas provenientes de um bom Estado. Desse modo, como o Estado de bem-estar não se manteve e o sistema capitalista não sustenta a possibilidade do provimento de todos os direitos sociais, fortificou-se o estado mínimo aos direitos da sociedade. Destarte, neste meio em que promessas não são cumpridas, há o surgimento do Estado Democrático de Direito, que busca a efetivação da Constituição, num caráter mais dinâmico e aberto, visando o pleno desenvolvimento humano (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 46).

Nesse sentido, assinala Batista (et al, 2008, p. 11), que “as políticas promovidas pelos Estados de Bem-Estar Social no pós guerra levaram a uma

melhoria considerável das condições de vida e de trabalho, contribuindo para o aumento progressivo da expectativa de vida de suas populações”.

Dessa forma, na atual situação, a nível mundial, no qual a globalização se destaca, o sistema capitalista encontra novas formas de excluir, é nesse contexto que há a necessidade do surgimento de políticas que garantam direitos fundamentais e elementares a sociedade.

Nesse contexto, que Bucci (2002, p. 241), conceitua políticas públicas como sendo aqueles “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos relevantes e politicamente determinados”.

Assim, conforme explica Benedito e Menezes (2013, p. 58):

As Políticas Públicas possuem um processo de formação de longo e médio prazo, consistentes nas fases de reconhecimento do problema público; formação de uma agenda pública; formulação da Política Pública em si; processo política de tomada de decisão de implementação da Política Pública; execução da Política Pública; acompanhamento, monitoramento e avaliação da Política Pública e; por fim, a decisão sobre a continuidade, reestruturação ou extinção da Política Pública.

Dentro de um contexto, as Políticas Públicas são a forma de execução das decisões tomadas em sede de planejamento econômico, isto é, o mecanismo de implementação (execução) das decisões sobre os rumos do crescimento de país ou outro ente federado.

Contudo, nessa dimensão, ao trazer a questão do planejamento econômico,

[...] necessariamente há que se falar na participação das empresas privadas, participação que, decorre do modelo constitucional adotado em 1988 que cria o chamado “Capitalismo de Estado”. Neste modelo econômico, são respeitados os princípios econômicos liberais clássicos, mas, a economia “liberal” só se desenvolve com uma forte presença do Estado não só nas atividades produtivas diretas, mas, no direcionamento e coordenação da economia (BENEDITO; MENEZES, 2013, p. 58).

Com efeito, o Estado deve ser o principal vetor para efetivação das políticas públicas, possuindo o agente estatal o poder de decisão política sobre os rumos de sua economia e, implementada estas decisões por meio das políticas públicas, abrangendo assim, necessariamente, os direitos fundamentais.

Desse modo, ao se cogitar acerca da efetivação dos direitos fundamentais, constata-se que, principalmente, os mais “necessitados e prejudicados” são os afetados pelas desigualdades sociais, estando em situação mais vulnerável os enfermos, estes necessitados da garantia do direito à saúde para a concretização de uma vida digna.

Neste sentido, para que realmente se possa garantir um Estado Democrático de Direito, efetivando as determinações constitucionais, principalmente, no que tange o direito à saúde, surge à necessidade de melhores políticas públicas para este segmento.

## **2 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE POR MEIO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

O direito fundamental à saúde, abalizado no princípio da dignidade humana, está disposto na Constituição Federal de 1988, como um dos direitos sociais a ser assegurado pelo Poder Público de maneira igualitária e ampla, haja vista o dever da garantia do mínimo existencial por meio das ações estatais.

Destarte, a Constituição Federal dispõe que é competência da União, dos Estados e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, proporcionando proteção e garantia da saúde de forma digna as pessoas.

Sem embargo, nos termos do artigo 196 da Constituição Federal, a saúde é um direito de todos e de responsabilidade Estatal, devendo ser garantida mediante políticas sociais e econômicas, objetivando por meio de acesso universal e igualitário amenizar o risco de doenças e outros agravos, ofertando ações e serviços para a promoção do bem coletivo, a proteção e recuperação dos enfermos (BRASIL, 1988).

Assim,

Partindo das normas constitucionais elencadas na Constituição Federal de 1988, pode-se classificar o direito à saúde como um direito que exige do Estado prestações positivas no sentido de sua garantia e efetividade. Portanto, o direito público subjetivo à saúde é indisponível, representando o bem jurídico constitucionalmente tutelado e integrando o rol dos direitos fundamentais. É, pois, um verdadeiro direito prestacional (SCHWARTZ; BORTOLOTTI, 2008, p. 259).

Nesse diapasão, destaca-se que os direitos fundamentais, no que tange aos direitos sociais, chamados de “direitos de prestações materiais” visam atenuar as desigualdades de fato existentes na sociedade, de modo que o maior número de

indivíduos possa gozar das liberdades consagradas no texto constitucional (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 293).

De acordo com Pessoa (2011):

Os direitos sociais são aqueles que têm por objetivo garantir aos indivíduos condições materiais tidas como imprescindíveis para o pleno gozo dos seus direitos, por isso tendem a exigir do Estado uma intervenção na ordem social que assegure os critérios de justiça distributiva, assim diferentemente dos direitos a liberdade, se realizam por meio de atuação estatal com a finalidade de diminuir as desigualdades sociais, por isso tendem a possuir um custo excessivamente alto e a se realizar em longo prazo.

Isto posto, os direitos sociais, são direitos fundamentais de segunda dimensão, são os direitos que objetivam a garantia do exercício e fruição de direitos fundamentais em condições de igualdade para que aos indivíduos tenham uma vida digna por meio da proteção e garantias proporcionadas pelo estado de direito.

Desse modo, o direito à saúde, elencado no rol do artigo 6º da Constituição, conforme supramencionado, é um dos direitos sociais que devem ser implementados por meio de ações Estatais.

Outrossim, afirma Ribas (2013) que a Carta Constitucional “consagrou a saúde como um dos pilares da seguridade social, colocando-a como um direito garantido a todos, independente de contraprestação, a ser efetivado por meio de políticas públicas”.

Salienta-se que, adotou-se na Constituição Federal, no artigo 3º, e seus respectivos incisos, como objetivos constitucionais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia o desenvolvimento nacional; e a promoção do bem de todos, bem como solidificou no artigo 1º, III do referido texto Constitucional, que a dignidade humana é um dos fundamentos da República, sendo ainda, o direito à vida, titulado no artigo 5º, *caput*, como direito e garantia fundamental (BRASIL, 1988).

Dessa maneira, a promoção do bem de todos, e o direito à vida são decorrentes da efetivação do direito à saúde, do qual se concretizado passa a ofertar o bem social, além de uma vida digna, haja vista que não basta ter o direito à vida, é imprescindível também que esta venha a efetivar a dignidade humana.

Não obstante, a Constituição tenha assegurado o direito à saúde aos cidadãos, denota-se que por vezes “esse direito não é efetivamente concretizado, seja por precariedade do sistema, seja por falta de recursos ou de profissionais

habilitados no serviço público”, de modo que, os indivíduos são lesados pelo Poder Público, diante da inércia no fornecimento das ações de saúde que são pleiteadas no âmbito administrativo (RIBAS, 2013).

Destarte, as políticas públicas passam a serem instrumentos e mecanismos indispensáveis à concretização dos direitos sociais, no que tange ao direito à saúde de maneira ampla e igualitária.

Todavia, exige-se do Estado uma postura que inclui a necessidade de ampliação dos serviços públicos para dar efetividade às políticas públicas concretizadoras de tais direitos, como na seara da saúde.

Destaca Sarlet (2001, p. 264-266) que a realização desses direitos depende da disponibilidade de meios e da progressiva implementação e execução de políticas públicas na esfera socioeconômica.

Contudo, os recursos públicos são escassos e o orçamento ineficiente, de modo que o sucesso de uma política pública depende da previsão de recursos orçamentários suficientes para cobrir as despesas a ser realizada, razão pela qual o planejamento é de extrema importância. Porém, o direito à saúde figura-se como um dever Estatal de implementação de políticas públicas que visam efetivá-la.

Portanto, no cenário brasileiro, vislumbra-se que há necessidade de promover e garantir o direito à saúde, de forma ampla e igualitária, para se efetivar a dignidade humana.

Nessa seara, a dignidade humana representa, nas palavras de Barroso (2011, p. 251) o “núcleo essencial” de cada um dos direitos materialmente fundamentais, o que inclui o direito à saúde, considerado um dos direitos sociais que o Poder Público deve proteger e garantir sua efetividade.

Nessa dimensão, Ribas (2013) dispõe que “o conceito de saúde, conforme estabeleceu a Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMC) contempla um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas ausência de doenças ou enfermidades”.

Na seara brasileira, a Lei Orgânica da Saúde nº 8.080/1990, em seu artigo 2º, conceituou a saúde como “um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (BRASIL, 1990).

Destarte, para que houvesse concretização do direito à saúde, a Constituição Federal de 1988, nos termos do artigo 198, criou o Sistema Único de Saúde (SUS), e que por sua vez passa a ser regulado pela Lei 8.080/1990, “mencionando expressamente a exigência deste sistema a necessidade de se garantir o atendimento integral, bem como a participação da comunidade” (RIBAS, 2013).

Desse modo, o Poder Legislativo editou a Lei Complementar (LC) 141/2012, a qual dispõe os valores mínimos e normas de cálculo dos montantes a serem aplicados, anualmente, pelo Poder Público em ações e serviços públicos de saúde, de modo que toda necessidade de despesa, deve ter prévia dotação orçamentária, para que a Administração Pública possa planejar suas receitas e gastos, bem como garantir o equilíbrio fiscal (RIBAS, 2013).

Atualmente, o SUS convive com sérios impasses. Segundo elenca Teixeira (2002, p. 8):

Não tem uma coordenação que garanta equidade no atendimento a municípios tão heterogêneos. Na prática, prevalece a lógica privada: os setores privados recebem recursos para atender setores sociais não carentes e, além disso, o sistema de remuneração dos serviços à base de fatura permite a corrupção e o descaso com custo e qualidade de serviços. A política de redução dos gastos leva à deterioração cada vez maior do atendimento à população carente.

Apesar da fragilidade atual da situação do SUS, sua existência é indispensável para assegurar o direito à saúde das pessoas, porém, tendo em vista sua precariedade decorrente de inúmeros fatores, é necessário atentar-se a maiores e melhores formas de políticas públicas que visam suprir a alta demanda nessa seara.

Nesse contexto, denota-se que, conforme discorre Ribas (2013):

[...] o direito à saúde é considerado um dos direitos subjetivos constitucionais, vez que, ele corresponde sempre a um dever jurídico por parte de outrem; pode ser violável, já que pode ocorrer que a parte que tem o dever jurídico, que deveria entregar determinada prestação, não o faça; e, violado esse dever jurídico, nasce para o particular uma pretensão, permitindo a utilização dos mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado, como ações judiciais.

Desse modo, destaca-se que “muitos entes federativos não conseguem cumprir o comando constitucional, reservando o mínimo necessário à saúde. Ademais, mesmo que tal percentual fosse reservado, há várias despesas extraorçamentárias”, apenas a título de exemplo, como ocorre “nos casos das decisões judiciais que determinam que a Administração forneça medicamentos não previstos no seu planejamento” (RIBAS, 2013).

Contudo, são as decisões judiciais, na seara da saúde pública, que garantem àqueles marginalizados, que recorrem ao Judiciário, o acesso amplo, de forma a proporcionar aquisição a medicamentos, tratamentos e produtos de saúde.

De acordo com Delduque e Marques (2010):

Esse fenômeno, que se caracteriza pela prestação jurisdicional sobre campos da política de saúde, tende a inovar nos casos concretos submetidos à apreciação do Judiciário, pois vem garantindo, a esses cidadãos, tanto prestações de saúde que constam nas listas e protocolos oficiais do Sistema Único de Saúde, quanto os que não constam. E assim, essas decisões acabam por incidir, de forma reflexa, para além dos domínios do sistema jurídico, atingindo a escolha discricionária do gestor público sobre a melhor oferta de saúde, tendo em vista as necessidades de toda a população. E, também, incidindo sobre os tão polêmicos gastos com a saúde pública, que passa por um orçamento apertado e distribuído após um árduo planejamento.

Pois,

Se, por um lado, a crescente demanda judicial acerca do acesso a medicamentos, produtos para a saúde, cirurgias e leitos de UTI, dentre outras prestações positivas de saúde pelo Estado representa um avanço em relação ao exercício efetivo da cidadania por parte da população brasileira, por outro representa um ponto de tensão perante os elaboradores e executores dessa política no Brasil, que passam a atender um número cada vez maior de ordens judiciais que garantem as mais diversas prestações do Estado (DELDUQUE; MARQUES, 2010).

Nessa dimensão, compreende-se que a o âmbito da saúde pública sofre com esses impasses, porém, de um lado, está “o Estado brasileiro e suas políticas públicas e, de outro, o cidadão em busca de justiça e de saúde, em face de um sistema fragilizado e com evidentes problemas gerenciais e de acesso” (DELDUQUE; MARQUES, 2010). Trata-se do papel do poder judiciário na efetivação do direito à saúde, garantido pela Constituição.

Deveras, a crise do sistema de saúde brasileiro é influenciada por ausência de leitos hospitalares para atender a demanda da população; há inúmeras filas de pacientes nos serviços de saúde; há ainda evidente escassez de recursos financeiros, materiais e humanos para manter os serviços de saúde operando com eficácia e eficiência; outros fatores como atraso no repasse dos pagamentos do Ministério da Saúde para os serviços conveniados e fraudes financeiras envolvendo grandes índices de corrupções são fatores que acarretam a crise do SUS, o que por

sua vez promove inúmeras ações judiciais que interferem diretamente no orçamento destinado à saúde.

Contudo, por mais que haja impasses não âmbito da saúde pública, o que incorre em sua precariedade na prestação de serviços, ocasionando violação ao direito fundamental à saúde, tal situação não deve prosperar, devendo o Estado adotar medidas e mecanismos para que haja a garantia do direito à saúde por meio de políticas públicas.

Conforme preleciona Santos (2007) que, “[...] este contexto extremamente adverso e desgastante não justifica, contudo, passividades e conivências com irresponsabilidades sanitárias perante os princípios e diretrizes constitucionais”.

Assim, segundo Santos (2007):

O modo de financiar e institucionalizar a política pública com base no direito à igualdade e à vida é ainda marginal, e muito cuidado e dedicação devem ser tomados para que as imprescindíveis inovações de gestão permaneçam vinculadas à visão e compromisso de futuro e de sociedade pautados por esse direito.

Isto posto, o direito à saúde, como direito fundamental de segunda dimensão, elencado no rol dos direitos sociais exige do Estado uma postura diferenciada, que inclui a necessidade de melhores condições e ampliação dos serviços públicos para proporcionar a sociedade efetividade às políticas públicas concretizadoras do referido direito.

Portanto, partindo-se do pressuposto de que a política pública é a ferramenta de concretização das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais, bem como das respectivas garantias, resta indubitável que é possível garantir o direito à saúde por meio de políticas públicas.

## **CONCLUSÃO**

O referencial teórico apresentado possibilitou concluir que o direito a saúde e sua respectiva garantia se constitui como direito fundamental do indivíduo, sendo um dos direitos sociais elencados constitucionalmente, devendo ser garantido por meio de políticas públicas.

Destarte, na medida em que se propõe e possibilita meios para os avanços sociais, o reconhecimento da necessidade de acesso de forma ampla e igualitária à saúde se torna indispensável, vez que se busca a melhora na qualidade de vida das pessoas, de modo a garantir-lhes vida digna.

Nessa seara, destaca-se que para a efetivação dos direitos fundamentais é necessário que as políticas públicas se utilizem de instrumentos, ações e meios para sua respectiva concretização. No âmbito da saúde pública, há o SUS, mecanismo imprescindível para a garantia do direito à saúde de maneira efetiva. Porém, tendo em vista a atual situação precária do sistema em decorrência de inúmeros impasses, o que tem acarretado na busca da concretização desse direito pelo Judiciário, ainda há a necessidade de melhores condições e ampliação dos serviços públicos para proporcionar a efetividade das políticas públicas direcionadas ao âmbito da saúde.

A partir da busca de mais qualidade para a saúde das pessoas, a sociedade se beneficia e por sua vez preserva-se os direitos e garantias sociais, pois, mesmo diante das inúmeras possibilidades proporcionadas pelas políticas públicas, ainda há necessidade de aprimoramentos e equilíbrio de forma a proporcionar o acesso igualitário e de maneira digna.

Diante do Estado Democrático de Direito, deve-se exigir do Estado maiores e melhores regulamentações para tutelar e garantir a saúde pública, objetivando resguardar e preservar os direitos fundamentais, respeitando os direitos sociais e em especial os bens jurídicos salvaguardados na Constituição Federal: a vida, a dignidade humana, e a saúde.

Com efeito, a sociedade atual se caracteriza pela desigualdade e por conflitos, razão pela qual a esfera Estatal necessita cumprir com seu papel de responsabilidade social, sendo indispensável à decisão do poder público de proporcionar ações em prol do direito à saúde.

Assim, portanto, o direito à saúde é um direito fundamental e social, sendo dever Estatal garantir e prover todas as condições imprescindíveis ao pleno exercício desse direito.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 1ª ed. 4ª tiragem. Belo Horizonte: Saraiva, 2011.

BATISTA, Analía Soria. *et al.* **Envelhecimento e dependência**: desafios para a organização da proteção social. Brasília: MPS/SPPS, 2008. Coleção Previdência Social, v. 28.

BENEDITO, Alessandra; Menezes, Daniel Francisco Nagao. Políticas públicas de inclusão social: o papel das empresas. **Revista Ética e Filosofia Política**, nº 16, v. 1, jun/2013. Disponível em: <[http://www.uff.br/eticaefilosofia/files/2009/08/16\\_1\\_benedito.pdf](http://www.uff.br/eticaefilosofia/files/2009/08/16_1_benedito.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2016.

BUCCI, Maria de Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 out. 1988. ed. 191. Seção 1. p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 22 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 20 set. 1990. ed. 182. Seção 1. p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>. Acesso em: 23 out. 2016.

DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Sílvia Badim. **O direito à saúde deve ser garantido por políticas públicas e não por decisões judiciais**, 2010. Disponível em: <<http://blogs.bvsalud.org/ds/2010/10/26/o-direito-a-saude-deve-ser-garantido-por-politicas-publicas-e-nao-por-decisoes-judiciais/>>. Acesso em: 22 out. 2016.

FREIRE JUNIOR, Americo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LAZARI, Rafael; GARCIA, Bruna Pinotti. **Manual de direitos humanos**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PESSOA, Eudes Andre. A Constituição Federal e os Direitos Sociais Básicos ao Cidadão Brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9623](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9623)>. Acesso em: 23 out. 2016.

RIBAS, Carolline Leal. O controle do judiciário nas políticas públicas na área da saúde. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14001&revista\\_caderno=4](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14001&revista_caderno=4)>. Acesso em: 22 out. 2016.

RUA, Maria das Graças. **Políticas públicas**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, 2009. Disponível em: <[http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/36102140/Apostila\\_GP\\_-\\_Políticas\\_Publicas.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1477789840&Signature=%2Bic9UUQCqRWDJTIT9%2F0UhDnxmt8%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DPOLITICAS\\_PUBLICAS.pdf](http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/36102140/Apostila_GP_-_Políticas_Publicas.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1477789840&Signature=%2Bic9UUQCqRWDJTIT9%2F0UhDnxmt8%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DPOLITICAS_PUBLICAS.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2016.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O Papel das Políticas Públicas no Desenvolvimento Local e na Transformação da Realidade**, 2002. Disponível em: <<http://www.escoladebicicleta.com.br/politicaspublicas.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2016.

SANTOS, Nelson Rodrigues dos. Desenvolvimento do SUS, rumos estratégicos e estratégias para visualização dos rumos. **Ciência saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 429-435, abr. 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232007000200019&ln](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232007000200019&ln)>. Acesso em: 23 out 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. Porto Alegre: 2001.

SCHWARTZ, Germano; BORTOLOTTI, Franciane Woutheres. A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas sanitárias. **Revista do Senado**, Brasília a. 45 n. 177 jan./mar. 2008. Disponível em: <  
[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160191/Dimens%C3%A3o\\_prestacional\\_direito\\_saude\\_177.pdf?sequence=7](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160191/Dimens%C3%A3o_prestacional_direito_saude_177.pdf?sequence=7)>. Acesso em: 23 out. 2016.

TUDE, João Martins. Conceitos Gerais de Políticas Públicas. In: TUDE, João Martins; FERRO, Daniel; SANTANA, Fabio Pablo (Org.). **Políticas Públicas**. Curitiba: IESDE Brasil S.A, 2010. p. 11-34.

---

# COTAS RACIAIS

## NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS:

### ANÁLISE DAS COTAS RACIAIS FRENTE AO

### PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA

---

**Everson Aparecido Contelli<sup>1</sup>**  
**Felipe Ryuji Coimbra Miyamoto<sup>2</sup>**  
**Rafaela de Oliveira Tomba<sup>3</sup>**

#### INTRODUÇÃO

O sistema de cotas raciais presente hoje em dia na maioria dos vestibulares para ingresso nas Universidades Públicas estabelece a reserva de um percentual das vagas ofertadas aos negros e índios, percentual que varia de acordo com cada Estado. Entrementes, o tema gera diversas discussões, pois parte da população é favor e parte é contra. Aqueles que apoiam sustentam que a diversidade étnico-racial deve estar presente em todos os segmentos do país, não apenas nos vestibulares para ingressar nas faculdades, mas também nos concursos públicos. De outro lado, há quem diz que ofende o princípio da isonomia, vez que estabelece privilégio para alguns, reservando uma cota das vagas nas universidades àqueles classificados por etnias, geralmente negros e índios, mas não somente.

O presente estudo, versa sobre o quão importante são as cotas raciais para atingir o postulado constitucional da Isonomia, pois, há que se lembrar que “os iguais devem ser tratados de maneira igual, os desiguais de maneira desigual, nas medidas

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela UENP. Delegado de Polícia no Estado de São Paulo. Professor da FAPE de Presidente Epitácio-SP, integrante do Grupo de Pesquisa GPCERTOS, liderado pelo professor Doutor Ilton Garcia da Costa e do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas e Direitos Sociais, liderado pelo professor Doutor Valter Foletto Santin, ambos vinculados à UENP. E-mail: eversonrosana@terra.com.br.

<sup>2</sup> Graduando em Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos, SP (2013/2017); curso de extensão “formação profissional sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente”, NEDDIJ/UENP (2016); pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pelo Projuris, Ourinhos-SP (2017/2018); estagiário no Ministério Público do Estado do Paraná (2016/2017).

<sup>3</sup> Graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos, SP (2013/2017); foi estagiária na Delegacia de Polícia Civil de Ribeirão do Pinhal/PR(2013/2015); curso de extensão “formação profissional sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente”, NEDDIJ/UENP (2016); estagiária no Tribunal Regional Eleitoral do Paraná.

de suas desigualdades”. O que ocorre no Brasil, é que uma classe menos privilegiada, que ainda sofre os vestígios do passado, não conseguiram atingir a mesma classe social dos brancos, nas devidas proporções, visto que, com base nos estudos de estatísticas, resta clara a divergência entre brancos, negros e índios na estrutura do país.

Para o pleno desenvolvimento deste trabalho foram consultados, revistas científicas, doutrinas relacionadas ao tema, bibliografias e a própria Constituição Federal, principalmente no que concerne ao Princípio da Isonomia. Após a coleta, foram analisados e interpretados às luzes das teorias pertinentes. As pesquisas também foram realizadas por meio eletrônico, na internet, como acesso ao site do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça pelas quais houve a possibilidade de confrontar os elementos colhidos nos livros físicos, e chegar à conclusão exarada no presente artigo.

Este estudo, não visa esgotar todas as vertentes relacionadas ao tema, mas de forma clara e precisa, traz elementos no intuito de demonstrar que apesar das divergências de pensamento, alguns prós e outros contras, resta evidenciado que existe sim a desigualdade no que concerne àqueles que sempre estudaram em escolas privadas, dotadas de grandes grades escolares, em detrimento dos pobres, índios e negros, que vêm de um passado infelizmente preconceituoso, que até hoje, carregam as cruzes do passado.

O primeiro capítulo trata da história dos negros e índios, como eram e o que faziam, na tentativa de demonstrar o sofrimento de antigamente, e como sentem os vestígios do tempo pretérito até a data atual. O segundo trata das ações afirmativas por si só. O terceiro capítulo explica o princípio da Isonomia, e sua relação com a temática apresentada. O quarto capítulo traz estudos doutrinários, apontamentos das leis, entendimento dos tribunais em relação ao tema.

A conclusão mostra de forma clara e precisa a importância de adotar tal ação afirmativa no intuito de atingir o objetivo de diversificar a cultura étnico-racial presente no país, pois, ao contrário do que alguns pensam, o Princípio da Isonomia deve ser analisado de acordo com as peculiaridades de cada um, ou seja, não deve ser analisado única e exclusivamente sobre o ponto de vista formal, e sim do ponto de vista material, atrelando a igualdade de todos, com as dificuldades de cada um.

## **1 HISTÓRICO DAS DESIGUALDADES**

A escravidão é a grande responsável pelo preconceito em relação aos negros hoje em dia. Naquela época, no século XVI, um grupo de pessoas, geralmente brancos, dotados de maior riqueza, adquiriam a propriedade sobre os negros, denominados escravos. Os escravos não eram considerados pessoas, e sim,

produtos, os quais eram avaliados antes das compras por suas características físicas, sexo, idade, procedência, destino, habilidades profissionais, dentre outras características passíveis de avaliação (SOHISTÓRIA, 2016).

No Brasil, a escravidão teve início na primeira metade do séc. XVI, com a produção da cana de açúcar, época em que os portugueses traziam os escravos de sua colônia da África para serem utilizados como mão de obra na produção. O comércio dos escravos era como se fosse um produto qualquer, e um, poderia valer até mais que o dobro de outro de acordo com suas qualidades. Devido a estes fatos, marcantes na história do Brasil, surgiu o preconceito racial, consequentemente as desigualdades (SOHISTÓRIA, 2016).

No momento contemporâneo, muitas pessoas dizem que não são preconceituosas. Entretanto, há que se ter em mente que muitas apenas dizem isto no intuito de se promover pessoalmente, como forma de deixar transparecer para outrem que ela não é preconceituosa. Entrementes, muitos apenas externam aquilo que de fato não condiz com seu interior. Segundo Guimarães (2012):

Observa-se que nossa sociedade muito preconceituosa, as pessoas acham que o preto não tem direito a muita coisa, ainda remete-se a pensar que o lugar desses é sendo escravo, podemos comprovar isso em atitudes que muitas vezes passam despercebidas pelos próprios que sofrem essa discriminação, são raros os negros que conseguem terminar seus estudos, terem um emprego digno a verdade é que as oportunidades para eles são mais escassas que para os da classe dominante. Mesmo sabendo-se que o negro é capaz de mudar seu destino se este tiver oportunidades, parece muito difícil para as autoridades reverter os sofrimentos ocasionados pelo preconceito assim opta-se para as ações de políticas afirmativas como as cotas e os benefícios aos mais necessitados.

O Brasil é marcado, por estas desigualdades. O racismo foi sacramentado, a partir da abolição, como forma de manutenção de privilégios de brancos sobre negros e também sobre os indígenas. Quando, em 1888, é abolida oficialmente a escravidão no Brasil, através da Lei Áurea, apenas 5% do povo negro vivia sob o regime escravista. A maior parte dos afrodescendentes já estava confinada às favelas, com péssimas condições de moradia, e sem acesso a direitos básicos como educação, saúde, saneamento básico, entre outras condições essenciais à sobrevivência (GASPARETTO JUNIOR, 2009).

Por força de toda a desigualdade, a população negra e indígena, mesmo após a proibição de tráfico negreiro de escravos em navios ocorrido no século XIX, entre os anos 1806 e 1807 e a abolição tardia em 1888, não possuíam condições de realizarem mudanças no seu estilo de vida, pois não estavam familiarizadas com outra forma de sobreviverem, senão por meio do trabalho essencialmente braçal.

Como consequência desse cenário, as pessoas que faziam parte dessas minorias, tornaram-se párias da sociedade sem que houvesse oportunidade e amparo que lhes proporcionasse uma alternativa para a ascensão (GASPARETTO JUNIOR, 2009).

A população indígena, por sua vez, ainda sente não só os traços do preconceito, como também do isolamento que muitas aldeias ainda têm do lado urbano do país, sobremaneira o acesso às ferramentas passíveis de competirem com paridades de armas contra aqueles que caminharam por toda a vida com a tecnologia e o acesso a uma educação de qualidade.

No Brasil, a população indígena é de 0,47% da população, aproximadamente 900.000 pessoas. O número é pequeno, se comparado com o resto dos habitantes, o que os torna invisíveis para grande parte dos brasileiros. Situação esta, que contribui sobremaneira para a desumanização dos povos indígenas, característica do racismo. Há que se lembrar, que ao referir-se ao racismo, não inclui apenas àqueles de pele negra, e sim ao preconceito extremado contra indivíduos pertencentes a uma raça ou etnia (BUSCHEL, 2014).

No entanto, devido a todo sofrimento do passado, o negro conseguiu maior destaque ao tentar valer-se de mais direitos, ao passo que para os índios as políticas públicas ainda não são fortes o suficiente para tentar igualar os povos. Traçando um comparativo entre os movimentos sociais que visam diminuir as diferenças entre as raças, os negros já alcançaram grande visibilidade, ao passo que os índios ainda têm de forma precária seu destaque (BUSCHEL, 2014), porquanto, os índios, culpados por serem incapazes de propriedade privada, não existem (GALEANO, 2005).

## 2 AÇÕES AFIRMATIVAS

Uma das medidas adotadas visando amenizar o problema do preconceito, foram as políticas de ações afirmativas, também designadas política de cotas; reserva de vagas e ações compensatórias. As ações afirmativas são espécies de políticas públicas feitas pelo governo ou pela iniciativa privada com o objetivo de corrigir desigualdades raciais presentes na sociedade, acumuladas ao longo de anos, buscando oferecer igualdade de oportunidades a todos e combater o preconceito e o racismo (SEPPIR, 2016).

Nos dizeres de Bulos (2015, p. 555):

Ações afirmativas, também chamadas de discriminações positivas ou desequilibradas permitidas, são as que defluem da própria linguagem prescritiva das constituições, com vistas à efetividade do princípio da isonomia (...) busca-se, por meio das ações afirmativas compensar os menos favorecidos, assim como ocorre com os que nunca sofreram restrições (...) as ações afirmativas consignam um mecanismo que permite ao

Estado sanar o deficit com aqueles seres humanos que, historicamente sempre foram alvo de preconceitos, humilhações e detrimento de toda espécie.

As ações afirmativas não constituem um fim em si mesmas, e somente duram enquanto as causas que a ensejaram perdurarem no tempo, e, ao contrário do que a minoria defende, não é espécie de discriminação negativa pois estas são desequilibradas injustificáveis, vedada pelo constituinte originário. É o que ocorre quando alguém desiguala outrem sem qualquer fundamento constitucional. Entretanto, tal medida deve ser acompanhada de políticas compensatórias, para que não tenha efeito contrário (BULOS, 2015, p. 555).

Tal medida, se estendeu em muitos países que tiveram problemas de discriminação. Hoje estão presentes em muitos deles, como a Índia, onde se busca equiparar direitos das "castas inferiores"; no Sri Lanka, para favorecer os cingaleses prejudicados em relação aos tâmeis; na Nigéria, para oportunizar direitos das várias etnias; na Malásia, para que os malaios possam ter direitos iguais aos chineses e nos Estados Unidos (TAPAJÓS, 2015).

O argumento compensatório considera a ação afirmativa uma solução para remediar as injustiças do passado. De acordo com esse argumento, alunos pertencentes às minorias devem ter preferência para compensar o histórico de discriminação que os coloca em posição de inferioridade. Esse argumento trata a admissão nas escolas e nos postos de trabalho essencialmente como um benefício para quem o recebe e procura distribuí-lo de forma a compensar as injustiças passadas e suas consequências que ainda persistem (SANDEL, p. 211).

### 2.1 COTAS NO BRASIL

No Brasil, o sistema de cotas iniciou em meados dos anos 2000, inicialmente pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), que foi a primeira universidade do país a criar um sistema de cotas em vestibulares para cursos de graduação por meio de uma lei estadual que estabelecia 50% das vagas do processo seletivo para alunos egressos de escolas públicas cariocas. Depois da UERJ, no ano de 2004, foi a vez da Universidade de Brasília (UnB) implantar uma política de ações afirmativas para negros em seu vestibular, tornando-se as pioneiras no assunto (MOEHLECKE, 2016).

Após estas iniciativas, outras universidades também foram aderindo às cotas em seus certames, destinando reserva de vagas não só para negros, como também para indígenas, pardos e membros de comunidades quilombolas, por meio de cotas raciais e também para deficientes e estudantes de baixa renda, oriundos de

escolas públicas, criando também as cotas sociais, ou seja, o sistema de cotas não beneficia exclusivamente os negros.

Atualmente, esse cenário encontra-se bem diferente, visto que praticamente todas as instituições de ensino superior, públicas, destinam vagas para o sistema de cotas em seus processos seletivos. No início, o sistema era visto como uma medida provisória e que não duraria por muito tempo. No entanto, acabou tornando-se fixo, já que as universidades observaram que esta medida é mais rápida do que tentar melhorar o ensino nas escolas públicas (TAPAJÓS, 2015).

Essa medida fortaleceu-se ainda mais com a aprovação da Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, que determina às instituições federais de ensino superior a reserva de vagas para pretos, pardos e indígenas, conhecida também como Lei de Cotas. Por meio dela, as instituições de ensino superior, federais, têm até agosto de 2016 para destinarem metade de suas vagas nos processos seletivos para estudantes oriundos de escolas públicas. A distribuição dessas vagas leva em conta critérios raciais e sociais (PLANALTO, 2016).

Portanto, é possível pontuar que a elaboração e implementação de cotas raciais no ensino superior brasileiro possui duas fases históricas distintas. A primeira fase corresponde ao período em que tais medidas foram adotadas sem o amparo de legislação federal, quando diversas universidades instituíram, por iniciativa própria, mecanismos de facilitação do ingresso de negros em seus cursos de graduação. Em alguns poucos casos havia lei estadual ou municipal determinando a adoção de tais medidas. Já a segunda fase histórica da política de cotas tem início a partir da promulgação da Lei de Cotas, que determina às instituições federais de ensino superior a reserva de vagas para pretos, pardos e indígenas.

### **3 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA**

Dentre tantos conceitos disponíveis, a expressão princípio possui múltiplos sentidos, além de ser um tema bastante controverso no Direito. Apesar disso, o artigo trata de um conceito que trata da compreensão do princípio da igualdade, demonstrando que as ações afirmativas se encontram em plena sintonia com o princípio da isonomia, pois existente correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrimen e a discriminação legal – as quotas – decidida em função dele (MELLO, 2010, p.37).

Canotilho e Moreira definem princípios como “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são núcleos de compensação, nos quais confluem valores e bens constitucionais” (1984, p. 101, apud SILVA, 2006, p. 33).

Portanto, é possível entender como princípio o conjunto de leis, definições ou preceitos utilizados para nortear o ser humano. É uma verdade universal, aquilo que o homem acredita como um dos seus valores mais inegociáveis e que enseja na valorização da sua conduta que parte de determinado preceito.

Partindo desta premissa, o princípio da isonomia, também conhecido como princípio da igualdade, pode ser considerado como o representante do símbolo da democracia, pois indica um tratamento justo e equivalente para a população, buscando um Estado democrático de direitos que disponibiliza oportunidades para todos os seus cidadãos. Em seu Artigo 5º, *caput*, a Carta Magna de 1988 dispõe que “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”.

Neste mesmo norte, o artigo 4º da Constituição Federal de 1988, em seu inciso VIII expressa o “repúdio ao terrorismo e ao racismo” e determina, por fim, em seu parágrafo único que “a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

Demonstrando assim, desde o início, que os direitos e deveres do homem na sociedade brasileira devem resultar em uma democracia onde não devem existir desigualdades ou privilégios de classes.

O princípio da igualdade prevê a uniformidade de aptidões e de possibilidades dos cidadãos de gozar de tratamento isonômico pela lei. Por meio desse princípio são vedadas as diferenciações arbitrárias e absurdas, não justificáveis pelos valores da Constituição Federal, e tem por finalidade limitar a atuação do legislador, do intérprete ou autoridade pública e do particular (PEREIRA, 2016).

Evidencia-se, assim, que as ações afirmativas têm o propósito de garantir a aplicação e a observância ao Princípio Constitucional da Igualdade. Contudo, deve-se buscar não somente a igualdade formal estabelecida nos supramencionados artigos da Constituição Federal, como também a igualdade material, uma vez que, segundo a lição de Aristóteles, a lei “deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”. Deste modo, a isonomia traz, conseqüentemente, a possibilidade de paridade entre os desiguais. É, assim, uma garantia da efetivação do princípio da isonomia.

Por todo o exposto, notável se torna o fato de que a Constituição Federal e os seus princípios, possuem como objetivo a igualdade entre os povos. Assim, oportuno se torna elencar os fatos em que as ações afirmativas, tema do presente trabalho frente ao princípio da isonomia, se enquadram nas normas constitucionais,

bem como são de extrema relevância na vida dos cidadãos que não possuem as mesmas oportunidades ou tiveram um passado que desencadeou desigualdades que se sobressaem até a atualidade como por exemplos os negros e indígenas.

As definições apresentadas às ações afirmativas sempre são conceituadas como medidas especiais com o objetivo de garantir igualdade de oportunidade aos membros de determinados grupos socialmente marginalizados e, por conseguinte, combater a discriminação de que estes grupos são vítimas, porquanto o discrimen guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido (MELLO, 2010, p.38).

Ao indagarmos, portanto, se as ações afirmativas estão ou não de acordo com o princípio da isonomia, devemos pensar no objetivo que enseja tal princípio, qual seja, a diminuição de desigualdades e tratamentos mais paritários entre as pessoas.

Relevante se torna também, a questão de que os atos que estas ações afirmativas geram, ferem ou não as normas do princípio da isonomia, a qual pode ser respondida a partir da convicção de que toda a oportunidade gerada traz os menos favorecidos ao nível de igualdade e não para que estes se sobressaiam aos demais, resultando em igualdades de oportunidades e não uma maior disparidade entre elas, presente assim, conforme ensina MELLO, correlação lógica entre o critério desigualador e a desigualdade de tratamento (2010, p.42).

## **4 ANÁLISE TÉCNICA**

### **4.1 UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**

Analisando os aspectos daqueles que são a favor das ações afirmativas, uma pesquisa elaborada pela Universidade de Brasília (UnB), mostra que a grande maioria de alunos presentes nas diversas universidades do país são de cor branca, ou seja, é fato inconteste que os negros e índios não estão em pé de igualdade com os brancos quando o assunto é educação. Eles não possuem os mesmos privilégios de terem acesso a uma boa educação a ponto de igualá-los na disputa de uma vaga nas Universidades, com aqueles que sempre tiveram uma excelente educação, e que com tal medida afirmativa, há maior possibilidade de igualar as diferenças étnicas sociais presentes no cotidiano (JUCILENE, 2013).

Na Universidade de Brasília, segundo dados apontados por eles, apenas 2% dos alunos são negros, estatística esta que de forma clara mostra o quão desigual é o quadro social presente. Não só isso, a mesma Universidade constatou em pesquisas que mais de 57,7% dos negros possuem renda familiar inferior a R\$1,5 mil. Este número é surpreendentemente negativo se compararmos com o

quadro de brasileiros brancos, os quais as estatísticas caem para apenas 30% (JUCILENE, 2013).

Por outro lado, há quem seja contra o sistema de cotas raciais, pois defendem que a partir do momento que as cotas existem, elas só ressaltam ainda mais o preconceito racial, estabelecendo privilégios por questão da cor da pele. Passa a ser desigual para os brancos pobres, pois para eles as cotas não existem, sendo de grande injustiça privilegiar os negros nos vestibulares, sendo que o problema não está na cor da pele, e sim na desigualdade social que gera a exclusão educacional, e que esta, por si, está longe de ser resolvida (MISTER ESTUDANTE, 2014).

Algumas alegações daqueles que são contra, pode até gerar dúvidas e discussões. Entretanto, não são capazes de sobreporem às daqueles que são a favor, pois devido às estatísticas, estudos, casos práticos, enfim, devido à realidade brasileira, as cotas raciais privilegiam a minoria, e seu objetivo está sendo alcançado, eliminando aos poucos as desigualdades étnico-raciais presente no país, e por fim, em busca de um país sem desigualdades.

Existe uma parte da população que defende a tese de que as cotas discriminam os brancos pobres, alegando que ao beneficiar os negros para ingresso nas faculdades, estaria apenas transferindo o preconceito aos brancos. Entretanto esta tese é totalmente contestável, tendo em vista que, as ações de cotas também, em sua grande parte, de forma concomitante com as ações afirmativas, estabelecem parâmetros de cota de acordo com a renda, ou seja, brancos pobres concorrendo com paridade de armas contra os negros (BRASIL.GOV, 2015).

Levando em consideração o caráter temporário das ações afirmativas, e, levando em consideração a adequação entre os meios e fins, a UNB estipulou que pelo período de 10 (dez) anos destinará 20% das suas vagas para os estudantes negros, e de um “pequeno número” delas par os índios do Brasil inteiro. Analisando de forma coerente, a Universidade atendeu os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade da medida, sendo totalmente compatível com os moldes da Constituição (BULOS, 2016, p. 560).

#### 4.2 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 186

No dia 20 de julho de 2009, o Partido Político Democratas (DEM) propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, que tentou impugnar os atos administrativos da Universidade de Brasília que instituíram o programa de cotas raciais para ingresso na Universidade. Para tanto, o DEM utilizou diversos argumentos, dentre os quais vale destacar: a ofensa a dignidade da pessoa humana;

a promoção do bem de todos sem preconceitos ou discriminações; repúdio ao racismo e princípio da igualdade (ADPF 186).

Entretanto, foge à realidade dizer que promover a inclusão social fere os preceitos constitucionais citados foram desrespeitados com a criação das cotas. O “Tribunal Racial” citado na supracitada ADPF pode ser considerado uma mera menção pejorativa às Ações Afirmativas, visto que, foi justamente o oposto que foi criado. A política de cotas visa promover a igualdade, e não ir defronte a ela.

O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que o programa de cotas não fere o Princípio da Igualdade. Em 2012, a Corte rejeitou por unanimidade de votos a ADPF. De acordo com os Ministros, as ações afirmativas estão longe de serem pivô de maiores discriminações, e sim, corrigem de sobremaneira as desigualdades históricas que existem hoje em dia. Isto porque o Estado promove a igualdade, e garante maior acesso à educação por parte dos que não puderam se preparar conforme a maioria, ou seja, ela combate a desigualdade (BRASIL.GOV, 2015).

A Ministra Carmen Lúcia, em seu voto, afirma que as políticas de cotas são uma etapa para a igualdade, e votou pela improcedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, ajuizada pelo DEM contra a política de cotas raciais na Universidade de Brasília (UnB). A Ministra alegou que a situação não pode ser ignorada, conforme (PORTAL STF, 2012):

Tantas vezes decantada, a igualdade é o princípio mais citado na Constituição Federal. Quem sofre preconceito percebe que os princípios constitucionais viram retórica (...) as ações afirmativas não são a melhor opção, mas são uma etapa. O melhor seria que todos fossem iguais e livres (...) na década de 90, presenteei duas sobrinhas com duas bonecas negras lindas. Uma das sobrinhas, que é negra, rejeitou a boneca. Quando perguntei o motivo, ela falou que a boneca era feia porque parecia com ela. Ela não estava se reconhecendo como o padrão da sociedade.

Carmen Lúcia frisou que as políticas compensatórias devem ser acompanhadas de outras medidas para que o preconceito não seja reforçado, e que, tais ações fazem parte da responsabilidade social e estatal em busca da efetividade do Princípio da Igualdade (PORTAL STF, 2012).

O acórdão que julgou a ADPF possui 233 páginas, e teve como relator o Ministro Ricardo Lewandowski. Dentre os diversos argumentos por ele exarados, importante ressaltar um trecho, que de forma clara e concisa resume os motivos do indeferimento, na primeira página do acórdão que indeferiu a ADPF 186:

Não contraria – ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.

Ainda, o Ministro Ricardo Lewandowski, externou maiores argumentos a favor da política de cotas, fundamentando que a reserva de cotas encontra abrigo no art. 37, VIII, da Carta Magna, equiparando ao entendimento aplicado às vagas destinadas aos deficientes físicos. Concluiu em seu voto que “não há dúvidas quanto à constitucionalidade da política de reserva de vagas ou do estabelecimento de cotas nas universidades públicas, visto que a medida encontra amparo no próprio Texto Magno” (BULOS, 2015).

Ao final do julgamento, que durou dois dias, o Supremo Tribunal Federal declarou a Constitucionalidade das Cotas Raciais, julgando totalmente improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, por unanimidade de votos, e nos termos do voto do ministro Relator. Participaram da sessão os Ministros Ayres Britto, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Cézar Peluso, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Dias Toffoli, Carmen Lúcia, Rosa Weber e Luiz Fux.

### 4.3 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça, por diversas vezes, julgou alguns critérios que deveriam ser auferidos para a admissibilidade de alunos cotistas. Não foi contra o sistema, apenas estabeleceu que a admissibilidade ou não deveria pautar em critérios objetivos, e não subjetivos, ou seja, se a pessoa for negra, ou índia, ela será cotista. Não leva em consideração se a pessoa sofre ou não preconceito, e sim, se provém de família abrangida ou não pelo sistema de cotas. Em um julgamento de 2014, utilizando jurisprudência do STF, o STJ fundamentou uma apelação nesse sentido:

A entrevista para aferição da adequação do candidato à concorrência especial das cotas raciais se posta legal, desde que pautada em critérios objetivos de avaliação. “Não há, pois, ilegalidade na realização da entrevista. Contudo, o que se exige do candidato é a condição de afrodescendente e não a vivência anterior de situações que possam caracterizar racismo. Portanto, entendo que a decisão administrativa carece de fundamentação, pois não está baseada em qualquer critério objetivo (...) considero que o fato de alguém “se sentir” ou não discriminado em função de sua raça é critério de caráter muito subjetivo, que depende da experiência de toda uma vida e até de

características próprias da personalidade de cada um, bem como do meio social em que vive. Por isso, não reconheço tal aspecto como elemento apto a comprovar a raça de qualquer pessoa. (STF – ARE: 729611 RS, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 02/09/2013, Data de Publicação: DJe-176 DIVULG 06/09/2013 PUBLIC 09/09/2013).

Ainda, por diversas vezes, julgou procedente mandados de segurança que postulavam pelo ingresso nas Universidades por cotistas, fundamentando que não fere princípio algum (JUSBRASIL, 2008).

#### 4.4 POSICIONAMENTO NA DOUTRINA

Encontramos através de doutrinadores brasileiros especializados no assunto, posicionamentos que se inclinam para a tese de constitucionalidade da adoção de ação afirmativa ou de seus mecanismos no Brasil, como por exemplo, então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim B. Barbosa Gomes que, enfrentando essa questão, e posicionando-se a favor da constitucionalidade das ações afirmativas em nosso país, afirma que:

No plano estritamente jurídico que se subordina, a nosso sentir, à tomada de consciência assinalada nas linhas anteriores, o Direito Constitucional vigente no Brasil, é perfeitamente compatível com o princípio da ação afirmativa. Melhor dizendo, o Direito brasileiro já contempla algumas modalidades de ação afirmativa, inclusive em sede constitucional.

E, conclui (p. 15, 2000):

“Assim, à luz desta respeitável doutrina, pode-se concluir que o Direito Constitucional brasileiro abriga, não somente o princípio e as modalidades implícitas e explícitas de ação afirmativa a que já fizemos alusão, mas também as que emanam dos tratados internacionais de direitos humanos assinados pelo nosso país”

Nesse mesmo passo segue o também ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, aludindo que (GOMES, 2000, p. 15):

(...) e, aí, a Lei Maior é aberta com o artigo que lhe revela o alcance: constam como fundamentos da República Brasileira a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e não nos esqueçamos jamais de que os homens não são feitos para as leis; as leis é

que são feitas para os homens. Do artigo 3º vem-nos luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, que é tratado de forma desigual.

No mesmo sentido conclui a jurista Dora Lúcia de Lima Bertúlio (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 1996):

Não só não há inconstitucionalidade na proposição de medidas semelhantes aos programas de ação afirmativa em vigor nos Estados Unidos, como há o estímulo de que o Estado, por intermédio de seus poderes, incentive e crie mecanismos para minimizar e até eliminar quaisquer resquícios de discriminação racial no interior da sociedade.

O Direito Constitucional Comparado tem contribuído de forma substancial para o aprimoramento da implementação das políticas de ação afirmativa ou na denominada discriminação positiva “o princípio da discriminação positiva, assim como a ação afirmativa, não contraria o princípio da igualdade. É o reconhecimento do direito à diferença, a pedra de toque da discriminação positiva” (ABREU, 1999, p. 120).

A Constituição da República Federativa do Brasil preconiza que as relações internacionais são regidas pelo princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, destacando que o Estado Brasileiro buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando a formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Assim, o conceito de ação afirmativa adotado pelos legisladores acima mencionados, constitui uma ação material viabilizadora do princípio da dignidade da pessoa humana que exige uma efetiva igualdade entre os povos. As políticas de ações afirmativas de caráter étnico-racial têm por objetivo estabelecer critérios de diferenciação para se compensar a desigualdade de oportunidades, promovendo a superação de obstáculos. A realização da igualdade, enfim, exige diferenciações, discriminações positivas, e isso postula uma intervenção e concretização diferenciadas por parte do legislador.

Segundo Joaze Bernardino, em Ação afirmativa e a rediscussão do mito da democracia racial, trata-se de (BERNARDINO, 2002, p. 255):

Uma recusa estratégica que ocorre somente em momentos de conceder eventuais benefícios àqueles que são identificados como membros do grupo de menor status. A

não separação de raças do ponto de vista biológico tampouco significa que elas não estejam separadas, do ponto de vista social, da concessão de privilégios e de distribuição de punições morais, econômicas e judiciais. Neste sentido, contrariando a interpretação racial hegemônica no Brasil e respaldado nos diversos estudos da Unesco, advogamos que a raça existe, não como uma categoria biológica, mas como uma categoria social.

Se realmente desejamos uma sociedade democrática, devemos criar uma nova ordem social, pela qual todos sejam incluídos no universo dos direitos e deveres. Buscar essas respostas é construir uma sociedade inclusiva. A sociedade inclusiva tem como objetivo principal oferecer oportunidades iguais para que cada pessoa, cada ser humano seja autônomo e autodeterminado. Temos a incluir, finalmente, que, para uma sociedade ser inclusiva é preciso cooperar no esforço coletivo de sujeitos que dialogam em busca do respeito, da liberdade e da igualdade.

Valido torna a ressaltar, portanto, que as Ações Afirmativas são o início de um caminho a ser percorrido, em busca da igualdade há tempos perdida e que deve ser cada vez mais amparada pelo sistema jurisdicional brasileiro.

## CONCLUSÃO

Por todas as pesquisas elaboradas, e dados colhidos, foi possível compreender melhor a contribuição do passado para o fortalecimento do preconceito no presente, excluindo o acesso pelas vias ordinárias – daqueles que hoje são beneficiados com as cotas – para as boas escolas. Devido a todo sofrimento pretérito, até hoje lutam para tentar ter com a mesma facilidade que os brancos, acesso a uma boa educação, para contarem com um bom futuro.

As Ações Afirmativas, conforme adotada hoje em dia, não devem ser interpretadas como fortalecimento de preconceito, e sim, analisada única e exclusivamente conforme seus objetivos, quais sejam, lutar por uma sociedade igualitária, em que, todos possam concorrer com paridade de armas nos diversos certames. Pelo exposto, foge de ser um reforço ao preconceito, mas sim e tão somente, uma tentativa de igualar as bases do país, sem tantas desigualdades étnico-racial como existe hoje em dia.

A política de cotas, adotadas pelo Brasil, não deve ser interpretada apenas como uma medida do governo visando solucionar o problema do preconceito racial presente na atualidade, mas principalmente uma forma de efetivação de outros direitos fundamentais e participação democrática. Por meio do acesso às Universidades, haverá maior diversidade étnica no poder, conseqüentemente, haverá menor desigualdade, visto que com acesso aos estudos, todos darão melhores condições de vida para suas famílias.

A exemplo de outros países da América do Sul, a Corte Suprema brasileira, no âmbito de suas atribuições, já decidiu que o sistema de Cotas é Constitucional. Não deve ser a única, não deve ser a última, e sim, apenas o começo para promover a eficácia do Postulado Constitucional da Isonomia.

## REFERÊNCIAS

- ABREU, Sergio. **Os descaminhos da tolerância: o afro-brasileiro e o princípio da isonomia e da igualdade no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- ARISTÓTELES. **Política**, Livro I, cap II, 3º ed. Brasília. UnB, 1997.
- BERNARDINO, Joaze. **Ação afirmativa e a rediscussão do mito da democracia racial no Brasil**. Rio de Janeiro. Estudos Afro-asiáticos, Ano 24, nº 2, 2002.
- BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. **Enfrentamento do racismo em um projeto democrático**. In: SOUZA, Jessé (Org.). **Multiculturalismo e Racismo: uma comparação Brasil – Estados Unidos**. Brasília: Ministério da Justiça, 1996.
- BRASIL.GOV. Mitos sobre as cotas raciais. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/educacao/2015/11/conheca-7-mitos-sobre-as-cotas-raciais>>. Postado em 15/11/2015. Acessado em 15/10/2016.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**, 9º edição. Editora Saraiva, 2015
- BUSCHEL, Inês. Preconceito e discriminação contra pessoas indígenas no Brasil. Disponível em: <<https://blogdaines.wordpress.com/2014/10/06/preconceito-e-discriminacao-contra-pessoas-indigenas-no-brasil/>>. Acessado em 15/10/2016.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**, 6º edição. Coimbra: Almedina, 1993.
- CONTELLI, Everson A.; COSTA, Ilton Garcia. Teoria da Ação de Direito Material no Processo Penal e a Proteção Eficiente da Vítima. In: Ilton Garcia da Costa. (Org.). **Direito e Justiça: Aspectos Atuais e Problemáticos**. v.1. Curitiba: Jurua, 2015. p.301-320.
- COSTA, Ilton Garcia, CACHICHI; Rogério Cangussu Dantas; CACHICHI, Zilda Cangussu Dantas. Amor e Misericórdia: A Flor e o Fruto. In. Ivanaldo Santos e Lafayette Pozzoli (Org.). **Fraternidade e Misericórdia: um olhar a partir da justiça e do amor**. São Paulo: Cultor de Livros, 2016. p.93-99.
- GALEANO, Eduardo. **O livro dos abraços**. 2ª ed. Porto Alegre: L&PM, 2010.
- GASPARETTO JUNIOR, Antônio. Navios negreiros. Disponível em: <<http://www.historiabrasileira.com/escravidao-no-brasil/naviosnegreiros/>>. Publicado em dezembro de 2009 no site História brasileira. Acesso 14/10/2016.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em direito constitucional e internacional**. Disponível em [www.mre.gov.br](http://www.mre.gov.br). Acessado em 20/10/2016.
- GUIMARAES, Antonio Sérgio Alfredo. **Preconceito racial: modos, temas e tempos**. 2º ed. São Paulo/SP. Cortez Editora, 2012.

JUCILENE, Maria. Cotas raciais. Blog. Disponível em:

<<http://mariajucilene.blogspot.com.br/2013/10/cotas-raciais.html?view=timeslide>>. Postado em 20 de outubro de 2013. Acessado em 8 de outubro de 2016.

JUSBRAZIL. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=COTAS+EM+UNIVERSIDADES>>. Acessado em 22/10/2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MISTER ESTUDANTE. Preconceito Racial. Disponível em:

<<http://misterestudante.blogspot.com.br/2014/04/trabalho-sobre-preconceito-racial.html>>. Postado em 24 de abril de 2014. Acessado em 13 de outubro de 2016.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa. História e debates no Brasil. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15559.pdf>>. Acessado em 14/10/2016.

PEREIRA, Fábio Ricardo. Ações Afirmativas no Brasil como garantia ao princípio constitucional da igualdade. Disponível em:

<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14562](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14562)>. Acessado em 17/08/2016.

PLANALTO.GOV. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível no site do

Planalto em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) acesso>. Acessado em 18/10/2016.

PLANALTO.GOV. Decreto n° 7.824 de 11 de outubro de 2012. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Decreto/D7824.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7824.htm)>. Acessado em 14/10/2016.

PLANALTO.GOV. Lei 12.711 de 29 de agosto de 2012. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Lei/l12711.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/l12711.htm)>. acessado em 14/10/2016.

REDIR.STF.JUS. Acórdão da decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, publicada em 26/04/2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acessado em 20/10/2016.

SANDEL, Michel J. **Justiça O que é Fazer a Coisa Certa**. Editora civilização brasileira. Rio de Janeiro 2014. 16ª edição.

SEPPPIR. O que são ações afirmativas. Disponível em: <<http://www.seppir.gov.br/assuntos/o-que-sao-acoes-afirmativas>>. Acessado em 14/10/2016.

SO HISTÓRIA. Publicação. Escravidão. Disponível em:

<<http://www.sohistoria.com.br/ef2/culturaaafro/p1.php>>. Acessado em 14/10/2016.

STF.JUS. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206008>>. Acessado em 13 de outubro de 2016.

TAPAJÓS, Ib Sales. Política de cotas para negros no ensino superior e o princípio da igualdade.

Disponível em:

<<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/g5zmv4pn/7a13mpAcHpbZr0E3.pdf>>. Acessado em 14/10/2016.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

---

# OS PRECEDENTES HETERONORMATIVOS NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO E A INVISIBILIDADE JURÍDICA DA TRANS E INTERSEXUALIDADE SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

---

**Marco Antonio Turatti Junior<sup>1</sup>**

Após os períodos de guerra, o espírito de socialidade recrudescceu entre os homens, e a garantia de seus direitos nasceu após serem assolados das mais diversas formas, cruéis e bélicas. À tentativa de não se viver mais aquilo que se viveu, criaram-se mecanismos para garantir a dignidade e a igualdade do povo. Pode-se destacar a criação da Organização das Nações Unidas e a regulamentação dos Direitos Humanos internacionalmente, pela Declaração de Direitos do Homem, em 1948.

Os Direitos Humanos são uma ideia política com base moral e estão intimamente relacionados com os conceitos de justiça, igualdade e democracia. Eles são uma expressão do relacionamento que deveria prevalecer entre os membros de uma sociedade e entre indivíduos e Estados. Os Direitos Humanos devem ser reconhecidos em qualquer Estado, grande ou pequeno, pobre ou rico, independentemente do sistema social e econômico que essa nação adota. Nenhuma ideologia política que não incorpore o conceito e a prática dos Direitos Humanos pode fazer reivindicações de legitimidade. E, finalmente, há o reconhecimento crescente de que o respeito aos Direitos Humanos é imperativo para a sobrevivência da humanidade (CUNHA, 1998).

Sendo assim, não há discussão que, se os Direitos Humanos envolve a universalidade de pessoas da humanidade, as minorias estão presentes no raio de atuação dos mesmos. Vale a pena, para uma compreensão mais correta, analisar historicamente estes direitos.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos pelo curso de Alta Formação da Universidade de Pisa, na Itália, em 2013. Graduado pela Universidade Estadual do Norte do Paraná em 2015. É professor em estágio docência na Universidade Estadual do Norte do Paraná, e advogado do projeto de extensão CoLabora - Incubadora de Empreendimentos de Economia Solidária (SETI/PR, USF, UENP).

A consolidação e determinação dos Direitos Humanos dentro de uma sociedade ou ordenamento jurídico são extremamente amplas e pautadas na evolução histórica, social e cultural do povo a quem ela destina seus preceitos e normas.

Quando da Revolução Francesa, em 1789, que surgiram três grandes pilares dos Direitos Humanos (*liberté, égalité, fraternité*) nos ordenamentos jurídicos mundiais, a sociedade era dividida em três grandes polos: povo, clero e nobreza. O primeiro deles tinha muito pouca vantagem em cima dos outros dois, o que gerou grande mobilização para mudança e abolição dessa classificação iníqua, no pós-revolução.

Sobre isso, escreve Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Na verdade, um dos primeiros passos da Revolução de 1789 foi a abolição dos privilégios. E logo no art. 6º, parte final, da Declaração de 1789 está a afirmação solene: "Todos os cidadãos são iguais a seus olhos (da lei) e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e de seus talentos. (p.113, 2002)

Esta igualdade é a base principal para uma convivência harmônica dentro de uma sociedade, que não dará surgimento a conflitos de interesses ou de ausências de direitos jurídicos. A chamada universalidade de direitos e garantias que hoje se tem e que irá fundamentar toda a base dos Direitos Humanos.

Mas, de nada adianta a igualdade apenas no pedaço de papel – mesmo que este seja a Lei Maior – se ela não é colocada em prática, efetivada. Claro, não se pode negar que tê-la como parte integrante do rol de direitos já é um grande avanço e uma arma para fundamentar tudo o que será defendido aqui.

É dessa discussão que retorno com a ideia, já vista neste trabalho, de que a igualdade formal deve se transformar na material dentro do contexto social. E as duas formaria uma realidade a ser mantida para prevalecer uma igualdade una.

Igualdade jurídica formal é a igualdade diante da lei [...]. Ela pede a realização, sem exceção, do direito existente, sem consideração da pessoa: cada um é, em forma igual, obrigado e autorizado pelas normalizações do direito e, ao contrário, é proibido a todas as autorizações estatais não aplicar direito existente em favor ou à custa de algumas pessoas. (HESSE, p.330, 1998).

Fica claro, a partir do princípio da igualdade que seria incabível discriminar alguém pela sua opção sexual. Assim, reconhecer direitos a quem é homossexual ou escolheu viver em uma relação homoafetiva parece ser uma ramificação de tal princípio.

O indivíduo não pode ter um tratamento na sociedade diferenciado por conta de suas escolhas afetivas, dentro de seu âmbito de privacidade, ou de sua própria natureza. Não há relação jurídica que possa sustentar que a orientação (ou a sua liberdade) sexual seja uma exceção à igualdade promovida por lei (DIAS, 2007, p.338).

Digno ao homem é a oportunidade que ele tem de fazer valer seus direitos. E permitir, assim, que ele tenha o livre arbítrio dentro do limite de seus deveres e obrigações. Podendo ser livre com suas convicções tanto culturais, sociais, políticas e sexuais.

[...] A dignidade humana é um conceito multifacetado, que está presente na religião, na filosofia, na política e no direito. Há um razoável consenso que ela constitui um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, mesmo quando não expressamente prevista nas suas constituições. (BARROSO, 2013, p.63).

A escolha sexual de cada um é íntima, e esta deve ser preservada por participar da formação humana do indivíduo. Portanto, este direito além de se basear no princípio da igualdade, também encontra suporte no da dignidade do homem.

A análise da união homoafetiva à luz da dignidade humana [...] é muito menos complexa [...]. De fato, no plano do *valor intrínseco*, existe um direito fundamental em favor da legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo: a *igualdade perante a lei*. Negar o acesso de casais homoafetivos ao casamento – e a todas as consequências sociais e jurídicas a que ele implica – representa uma forma de discriminação baseada na orientação sexual. (BARROSO, 2013, p. 105).

E baseado nestes dois princípios, pode-se avançar a análise, e agora discutir sobre Direitos Humanos. Seria a homoafetividade, um instituto baseado na igualdade e na dignidade humana, um direito humano?

A cada época do desenvolvimento da sociedade, tem-se uma nova concepção do que são os Direitos Humanos. Por exemplo, o mesmo direito humano de séculos atrás pode hoje não ter mais importância dentro das novas regras e do novo comportamento da humanidade. Assim, a cada época tem-se uma reformulação destes direitos.

Sobre isso, Bobbio entende que:

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. [...] O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. (2004, p. 13).

Destacam-se dentro da legislação, os direitos humanos que trazem para o campo legal, as reivindicações morais e comportamentais da sociedade. Eles são garantidores da vida digna em sociedade (BREGA FILHO, 2002, p. 73). Assim, concluímos que a homoafetividade é um direito dentro daqueles chamados humanos. Qual a importância de identificá-lo como tal, então?

A sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade da livre orientação sexual. (DIAS, 2007, p. 333).

Ter a sua sexualidade defendida e livre dentro da sociedade está, em paralelo, sua afirmação do seu próprio espaço. Seja ela apresentada como uma orientação sexual diferente do convencional ou uma identidade de gênero que tira o paradigma binário das relações conhecidas. Ainda mais quando ela será a minoria e os preceitos gerais podem sucumbir os seus direitos e privilégios. Como os próprios direitos humanos, a dignidade humana, já visitada neste capítulo, também se modifica pela cultura de uma comunidade, como entende Ingo Sarlet (2001, p.60). Estes valores não tem uma determinação estática pelos anos dentro da evolução social.

“A proibição da discriminação sexual, eleita como cânone fundamental, alcança a vedação à discriminação da homossexualidade, pois diz com a conduta afetiva da pessoa e o direito à livre orientação sexual.” (DIAS, 2007, p. 337). Não há como não consentir que a liberdade sexual seja um direito humano, por todas as vertentes aqui declaradas. Sejam elas, sobre a ótica da igualdade material, do princípio da dignidade humana e também dos próprios direitos fundamentais. Aqui é necessária uma explicação sobre essa expressão utilizada por este autor. A ideia de liberdade sexual envolve-se tanto com a identidade de gênero como a expressão afetossexual do indivíduo. A expressão aqui utilizada refere-se à possibilidade do

indivíduo aceitar e assumir qualquer identidade, expressão ou fenômeno relacionado à diversidade sexual.

COMPREENDENDO 'orientação sexual' como estando referida à capacidade de cada pessoa de experimentar uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como de ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas; ENTENDENDO 'identidade de gênero' como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos (PRINCÍPIOS de Yogyakarta, 2007).

Ou ainda, esclarecendo:

Gênero é diferente de Orientação Sexual, podem se comunicar, mas um aspecto não necessariamente depende ou decorre do outro. Pessoas transgênero são como as cisgênero, podem ter qualquer orientação sexual: nem todo homem e mulher é "naturalmente" cisgênero e/ou heterossexual (JESUS, 2012, p. 13).

E sobre a construção desse elemento da liberdade sexual, traz-se aqui que:

Essa forma de lidar com a sexualidade humana através de uma divisão não dicotômica, sexo x gênero, e sim como uma gama de possibilidades entre sexo x gênero x desejo x prática sexual, traz uma liquidez à vivência de sexualidade humana; remete a pensar sobre como usamos os nossos corpos e nossos prazeres presos ainda a muitas caixinhas sociais. Essa não identidade, entendida como possibilidade, é uma forma de questionar o quanto arbitrário pode ser uma denominação LGBT, uma vez que não aceita todas as possibilidades (CANABARRO, 2012, p. 204).

A barreira desta aceitação é muito mais cultural e histórica, que jurídica, uma vez que esse direito já existe, e pode ser muito bem aplicado pela livre escolha sexual – dentro da nomenclatura aqui adotada e criada – de cada um. Longe até mesmo de condições ou padrões binários que não consistem na realidade da liberdade aqui referida.

O preconceito é o mal da época atual: um julgamento, sem precedentes a uma “anormalidade” que de anormal é não ser compatível com a realidade da maioria. As formas de preconceito – aqui, destacamos a transfobia – podem chegar a questões mais sérias de violência, ameaças e até mesmo, mortes, como retratadas no Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano de 2011, da Secretaria de Direitos Humanos. Traçar perfis de normalidade de uma sociedade tem cunho cultural.

Quando o homem atribuía um sexo a todas as coisas, não via nisso um jogo, mas acreditava ampliar seu entendimento: - só muito mais tarde descobriu, e nem mesmo inteiramente ainda hoje, a enormidade desse erro. De igual modo o homem atribuiu a tudo o que existe uma relação moral, jogando sobre os ombros do mundo o manto de uma significação ética. Um dia, tudo isso não terá nem mais nem menos valor do que possui hoje a crença no sexo masculino ou feminino do Sol. (NIETZSCHE, 2008, p. 27).

Nele, é que “habitam os tabus, os preconceitos. Culturalmente está definido o que convém e o que não convém fazer, o que é o que não é comestível, o que é bonito e o que não é, o comportamento adequado e responsável” (DORO, GABOARDI, 2012, p. 125). A normalidade de um indivíduo e sua liberdade sexual – qualquer que seja a demonstração dela – não deve ser colocada em cheque. A orientação sexual, a identidade e a expressão de gênero ou a determinação de quem a pessoa vai se relacionar ou não, não infere em questões maiores que simplesmente naturais e predispostas ao seu nascimento.

Para garantir o privilégio da heterossexualidade – seu status de normalidade e, o que ainda é mais forte, seu caráter de naturalidade – são engendradas múltiplas estratégias nas mais distintas instâncias (na família, na escola, na igreja, na medicina, na mídia, na lei). Através de estratégias e táticas aparentes ou sutis reafirma-se o princípio de que os seres humanos nascem como macho ou fêmea e que seu sexo – definido sem hesitação em uma destas duas categorias – vai indicar um de dois gêneros possíveis – masculino ou feminino – e conduzirá a uma única forma normal de desejo, que é o desejo pelo sujeito de sexo/gênero oposto ao seu. Esse alinhamento (entre sexo-gênero-sexualidade) dá sustentação ao processo de heteronormatividade, ou seja, à produção e à reiteração compulsória da norma heterossexual. Supõe-se, segundo essa lógica, que todas as pessoas sejam (ou devam ser) heterossexuais – daí que os sistemas de saúde ou de educação, o jurídico ou o midiático sejam construídos à imagem e à semelhança desses sujeitos. (LOURO, 2009, p. 90).

Tais vertentes que nortearam as breves discussões acima mostram a gênese do preconceito no senso comum onde estão enraizadas as origens do

estigma social na cultura brasileira. Combatê-las é tão importante quanto qualquer conquista legislativa daqueles que representam a classe no Poder Legislativo. A promoção da tolerância e da igualdade é algo primordial para a manutenção dos Direitos Humanos.

São eles que estão plenamente qualificados para usufruir desses sistemas ou de seus serviços e para receber os benefícios do Estado. Os outros, que fogem à norma, poderão na melhor das hipóteses ser reeducados, reformados (se for adotada uma ótica de tolerância e complacência); ou serão relegados a um segundo plano (tendo de se contentar com recursos alternativos, restritivos, inferiores); quando não forem simplesmente excluídos, ignorados ou mesmo punidos. Ainda que se reconheça tudo isso, a atitude mais frequente é a desatenção ou a conforção. A heteronormatividade só vem a ser reconhecida como um processo social, ou seja, como algo que é fabricado, produzido, reiterado, e somente passa a ser problematizada a partir da ação de intelectuais ligados aos estudos de sexualidade (LOURO, 2009, p. 90).

O legislador, além de ser o sismógrafo social (NADER, 2012, p. 28), deve estar atento às origens fenomenológicas daquilo que legisla, e conhece-las a fundo, a fim de que suas medidas tomadas sejam mais eficazes e práticas, além de certas na demonstração de um resultado de ordem e equilíbrio social.

Assim, também se compreende a função das outras esferas da administração pública devendo, portanto, analisar suas ações no judiciário ou no executivo, de maneira livre do preconceito e apta à promoção dos direitos humanos.

Aqui, começam-se a análise sobre a transexualidade e a intersexualidade em alguns precedentes do ordenamento jurídico brasileiro, bem como embasando as críticas feitas em bibliografias trazidas primordialmente sobre o assunto.

Transexualidade é a condição sexual da pessoa que rejeita sua identidade genética e a própria anatomia de seu gênero, identificando-se psicologicamente com o gênero oposto. Trata-se de um drama jurídico-existencial por haver uma cisão entre a identidade sexual física e psíquica. É a inversão da identidade psicossocial, que leva a uma neurose racional obsessivo compulsiva, manifestada pelo desejo de reversão sexual integral. Constitui, por fim, uma síndrome caracterizada pelo fato de uma pessoa que pertence, genotípica e fenotipicamente, a um determinado sexo ter consciência de pertencer ao oposto. O transexual é portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a automutilação ou auto-extermínio. Sente que nasceu com o corpo errado (DINIZ, 2009, p. 280-281).

Assim, ainda não se encontra em legislação ordinária e infraconstitucional adaptada a esse avanço da medicina em reconhecimento deste fenótipo, o Direito precisa e deve buscar a transdisciplinaridade para buscar conceitos e compreender fenômenos.

Ainda é mais confusa a adequação jurídica com o caso da intersexualidade, que possui uma denominação nova, e ainda cheia de obstáculos ainda na medicina.

Nos estados intersexuais ocorre uma ambiguidade, ou mesmo uma ausência de representação sexual, devido a uma malformação dos órgãos genitais externos, o que faz emergir um real que não encontra simbolização nos universais da anatomia em relação às categorias de homem e de mulher (CECCARELLI, 2010, p. 278).

Isto porque, quando a intersexualidade é descoberta ainda ao nascer, a decisão sobre qual órgão ou genitália manter no recém-nascido deve vir dos pais e da ala médica, retirando da criança a sua vontade e liberdade. Ainda que nem sempre das cirurgias optativas e disponíveis para o caso, permitem a vida normal daquele indivíduo, seja na aceita a escolha da redução clitoriana ou plástica vaginal, ou ainda tornar funcional um pênis operado (CERCARELLI, 2010, p. 278-279).

Por isso que ainda dentro das questões sociológicas e sexuais, defende-se a manutenção do intersexual e depois ele poder escolher como se compreende a sua liberdade sexual (BUTLER, 1990; FAUSTO-STERLING, 2000; ANSERMET, 2005).

Claro que com os avanços da sociedade a flexibilidade do poder judiciário se fez necessária. E assim, em se admitir os precedentes, o sistema exclusivamente civil law – adotado no Brasil – encara-os como uma forma de readaptar o Direito e escancarar mudanças, assim mostrando-as que são possíveis.

O passar do tempo mostrou a necessidade de munir os litigantes e o juiz de uma maior latitude de poder, seja para permitir que os jurisdicionados pudessem utilizar o processo de acordo com as novas situações de direito material e com as realidades concretas, seja para dar ao juiz a efetiva possibilidade de tutelá-las (MARINONI, 2009, p. 51).

O tal instrumento não vincula a formação da sentença final de qualquer juiz. “O precedente representa apenas a evidência do direito, nenhum juiz poderia ser

absolutamente obrigado a segui-lo, assim como o precedente jamais seria revogado” (MARINONI, 2009, p. 14).

Analisando-se então, agora, alguns casos precedentes, de casos relacionados a essas questões de liberdade sexual em diversos tribunais. Os casos escolhidos foram os paradigmáticos, e talvez únicos do ordenamento e sistema jurídicos brasileiro, que pouco conhece ou discute o tema, mas quando o faz, permeia-se por questões de senso comum, bem como um preconceito, velado de heteronormatividade, como já mencionado neste breve estudo.

REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. NOME. RETIFICAÇÃO. MUDANÇA DE SEXO. IMPOSSIBILIDADE. Retificação no Registro Civil. Mudança de nome de sexo. Impossibilidade. Sentença mantida. O homem que almeja transmutar-se em mulher, submetendo-se a cirurgia plástica reparadora, extirpando os órgãos genitais, adquire uma “genitália” com similitude externa ao órgão feminino, não faz jus “a retificação de nome e de sexo porque **não é a medicina que decide o sexo e sim a natureza**. Se o requerente ostenta aparência feminina, incompatível com sua condição de homem, **haverá de assumir as consequências, porquê a opção foi dele**. O Judiciário, ainda que em procedimento de jurisdição voluntária, não pode acolher tal pretensão, eis que a extração do pênis e a abertura de uma cavidade similar a uma neovagina não tem o condão de fazer do homem, mulher. **Quem nasce homem ou mulher, morre como nasceu**. Genitália similar não é autêntica. Autêntico é o homem ser do sexo masculino e a mulher do feminino, a toda evidência. (TJRJ. – OITAVA CÂMARA CÍVEL Rel. DES. GERALDO BATISTA – Acórdão Apel. Cível nº 1993.001.06617 – Julgamento: 18.03.1997) (grifos nossos).

Neste julgamento, de dez anos atrás, percebe-se uma atuação do Poder Judiciário muito determinante da visão essencialista. O gênero ou a aparência que se reconhece como não é determinante para este julgamento, um dos primeiros do ordenamento jurídico brasileiro sobre essa questão. Assim, os trechos grifados são fortes e repelem ao preconceito, como se a mudança de nome fosse mero capricho daquele que busca o sistema judicial e não a própria construção da sua dignidade.

TRANSEXUALISMO. REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. RETIFICAÇÃO. MUDANÇA DO SEXO. MUDANÇA DE PRENOME Ação de retificação de Registro Civil. Pedido para mudança de sexo, de masculino para o feminino, e também do nome. Requerente que se submeteu à cirurgia para troca de sexo. Sentença julgando extinto o feito. Recurso de Apelação Cível. Reforma parcial, diante do Código Civil de 2002, em seu art. 1.604, que repetiu o antigo art. 138, dispõe que: “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”. Embora tenha trazido laudo médico emanado de cirurgião eu realizou a operação para mudança de sexo, bem como um parecer psicológico, o fato é que a prova definitiva teria de ser feita pelo laudo de análise citogenética. Todavia, em nosso entender, apesar do próprio aspecto humanitário ele

não pode ultrapassar os limites legais e até constitucionais diante da vedação em nosso direito de casamento envolvendo pessoas do mesmo sexo (art. 226, par. 3, CRFB/88 e mais art. 1.515 do Código Civil de 2003). Assim, dada a **“situação atual da legislação e mais a necessidade de plena segurança das pessoas em seu negócio jurídico na vida social a postulação revela-se incompatível. Aceita-se, tão somente, a mudança do nome visando minorar os constrangimentos, diante da situação de fato existente.** Provimento parcial do recurso. (TJRJ. – DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL Rel. DES. OTAVIO RODRIGUES – Acórdão Apel. Cível n.º 2004.001.28817 – Julgamento: 02.03.2005) (grifos nossos).

Neste julgamento, o que se analisa é que o mesmo Tribunal da decisão anterior, anos atrás agia de forma diferente. Não livre de preconceito ou estigma o trecho acima reconhece a mudança de nome pela ideia da situação de fato, mas não a questão de sua liberdade sexual. Assim, parte do que constitui sua dignidade fora entregue, mas a outra que é fazê-la usufruir da sua própria identidade, como casamento e outras coisas, não foi permitido, por essa ação<sup>2</sup>. Bem como trazer a palavra transexualidade com o sufixo “-ismo”, que denota patologia clínica, em época que já tinha se convencido não usar mais. Mas, ainda continua sendo utilizada por sua menção no Cadastro Internacional de Doenças, com essa terminologia.

REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. TRANSEXUALISMO. MUDANÇA DE SEXO. POSSIBILIDADE. Registro Civil. Possibilidade. Transexual. Cirurgia de transgenitalização. Sentença que atende somente ao pedido de alteração do nome. Reforma do julgado para permitir a alteração do sexo no registro de nascimento. Precedentes deste tribunal. Recurso provido. (TJRJ. – SEXTA CÂMARA CÍVEL Rel. DES. FRANCISCO DE ASSIS PESSANHA – Acórdão Apel. Cível Proc. n.º 2006.001.61104 – Julgamento: 15.08.2007)

---

<sup>2</sup> Em igual teor: TRANSEXUALISMO.REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. RETIFICAÇÃO. MUDANÇA DE PRENOME. MUDANÇA DO SEXO. Registro Civil. Pedido de retificação do prenome e do sexo constantes do assentamento de nascimento do postulante na serventia de Registro Civil das Pessoas Naturais. Pessoa que, inobstante nascida como do sexo masculino, desde a infância manifesta comportamento sócio-afetivo-psicológico próprio do genótipo feminino, apresentando-se como tal, e assim aceito pelos seus familiares e integrantes de seu círculo social, sendo, ademais, tecnicamente caracterizada como transexual, submetendo-se a exitosa cirurgia de transmutação da sua identidade sexual originária, passando a ostentar as caracterizadoras de pessoa do sexo feminino. Registrando que não é conhecido pelo seu prenome constante do assentamento em apreço, mas pelo que pretende substitua aquele. Conveniência e necessidade de se ajustar a identidade física e social da pessoa com a que resulta de aludido assentamento. Parcial provimento do recurso, para determinar que sejam promovidas as alterações pretendidas no aludido assentamento. (TJRJ. – DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL Rel. DES. NASCIMENTO POVOAS VAZ – Acórdão Apel. Cível Proc. n.º 2005.001.17926 - Julgamento: 22.11.2005).

Neste sentido, após os primeiros julgados sobre isso, eles se tornaram precedentes na corte, e mereceram mais atenção de seus integrantes sobre a decisão. Assim, em novos julgados, eles até são citados e reconhecidos para a manutenção de novos julgamentos e avanços na área<sup>3</sup>.

Por fim, o mais atual julgado do Tribunal de mesma instância, de 2015, já demonstra uma nova abordagem nas questões da transexualidade e da intersexualidade, identificados diretamente por uma escrita mais técnica e adequada à sua função de utiliza-lo como precedente para o futuro.

APELAÇÃO CÍVEL. RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALISMO. ALTERAÇÃO DO GÊNERO. AUSÊNCIA DE CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL OU TRANSGENITALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. O sexo é físico-biológico, caracterizado pela presença de aparelho genital e outras características que diferenciam os seres humanos entre machos e fêmeas, além da presença do código genético que, igualmente, determina a constituição do sexo - cromossomas XX e XY. O gênero, por sua vez, refere-se ao aspecto psicossocial, ou seja, como o indivíduo se sente e se comporta frente aos padrões estabelecidos como femininos e masculinos a partir do substrato físico-biológico. É um modo de organização de modelos que são transmitidos tendo em vista as estruturas sociais e as relações que se estabelecem entre os sexos. Considerando que o gênero prepondera sobre o sexo, identificando-se o indivíduo transexual com o gênero oposto ao seu sexo biológico e cromossômico, impõe-se a retificação do registro civil, independentemente da realização de cirurgia de redesignação sexual ou transgenitalização, porquanto deve espelhar a forma como o indivíduo se vê, se comporta e é visto socialmente. APELAÇÃO PROVIDA. POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70064914047, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 26/08/2015).

---

<sup>3</sup> Em igual teor: REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. TRANSEXUALISMO. MUDANÇA DO SEXO. PRETENSÃO REJEITADA. SEGURANÇA JURÍDICA. Alteração no registro de nascimento de nome e sexo. Cirurgia de mudança de sexo. Transexualismo. Sentença que tece considerações de natureza penal entendendo haver crime de lesão corporal em razão de a cirurgia que causa ablação do órgão sexual masculino parecendo não considerar o consentimento do ofendido como discriminante e julga extinto o processo por impossibilidade jurídica do pedido em razão de não haver legislação que ampare o pedido autoral. Parecer do Ministério Público, em primeiro grau de em sentido contrário, entendendo que, quanto à retificação do registro civil e mudança de sexo, "a primeira providência encontra previsão legal, enquanto a segunda foge, por completo, à esfera do Direito". Política governamental permitindo que hospitais públicos realizem cirurgia de mudança de sexo custeadas pelo Sistema Único de Saúde. Laudos médico e psicológico indicando a cirurgia de "correção genital". Pessoa com físico e aparência de mulher que se veste como mulher, e é conhecida como mulher. Constrangimento ao ser identificada por documentos como pertencendo ao sexo masculino. Possibilidade das alterações pretendidas à mingua de inexistência de proibição legal. Precedentes deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça. Princípio da causa madura inserido no parágrafo terceiro do art. 515 do Código de Processo Civil. PROVIMENTO DO RECURSO RIO DE JANEIRO. (TJRJ. – DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL Rel. DES. RONALDO ALVARO MARTINS – Acórdão Apel. Cível Proc. n.º 2008.001.17016 – Julgamento: 22.10.2008)

Este breve estudo e demonstração de alguns julgados demonstram duas coisas para o ordenamento jurídico: (1) a importância de se reconhecer os precedentes como auxiliares para a fundamentação dos novos casos que versem sobre tema semelhantes, e demonstrar assim uma preocupação do direito com as mudanças sociais e biológicas do comportamento humano, e (2) mostrar como a tecnicidade e a clareza de um julgado pode facilitar o uso prolongado daquele precedente no sistema jurídico.

Uma vez que se demonstra, sem senso comum e permeado por questões técnicas transdisciplinares, o julgado auxilia na compreensão dos fenômenos sociais e jurídicos para cumprir com eficiência seu papel. Assim, é necessário reconhecer que este estudo não tira a legitimidade dos precedentes aqui trazidos pelos argumentos aqui levantados, mas espera que estes possam reconhecer sua força semântica e jurídica dentro do ordenamento. É convergente a este ponto, a ideia de Marinoni sobre os precedentes revogados, não se pretende extirpá-los a autoridade nem o valor jurídico, mas reconhecer neles erros e possíveis adequações.

Se o precedente pode ser revogado, é evidente que o respeito aos precedentes depende da força das suas razões. Portanto, não é porque a decisão é chamada de declaração judicial e não de direito que ela perderá autoridade e deixará de merecer respeito. De outra parte, se o respeito aos precedentes depende de estes serem concebidos como direito, nada impediria que uma decisão judicial, vista então como direito, afirmasse que os próprios juizes da Corte Superior estão, a partir de determinado instante, submetidos aos seus próprios precedentes, ou que o Legislativo editasse lei dizendo que as Cortes devem respeitar os seus precedentes e os das Cortes superiores (MARINONI, p. 16).

Quando se reconhece que o preconceito existe e vem das mais diversas maneiras para se consolidar no ordenamento jurídico e na sociedade brasileira, todos os liames do discurso devem ser analisados. Não é criar uma barreira para o desenvolvimento jurídico, mas sim reconhecer a dignidade da pessoa humana no sistema de leis e seus instrumentos como um todo, preservando e prevalecendo a unidade.

### REFERÊNCIAS

ANSERMET, François. Clinique de l'ambiguïté génitale chez l'enfant. *Psychothérapies*. v. 25. 2005, p. 165-172.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2013.

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Constituição (1988).
- BUTLER, Judith. Gender trouble. New York: Routledge, Chapman & Hall, 1990.
- CANABARRO, Ronaldo. Breve história do movimento LGBT. In. OLIVEIRA, Cíntia Roso; PICHLER, Nadir Antônio; CANABARRO, Ronaldo (Org.). Filosofia e homoafetividade: algumas aproximações. Passo Fundo: Méritos, 2012. p. 193-207.
- CECCARELLI, Paulo Roberto; DA CONTEMPORANEIDADE, Configurações Edípicas. Psicanálise, sexo e gênero: algumas reflexões. Diversidades: Dimensões de Gênero e sexualidade Rial, C.; Pedro, J, p. 269-285, 2010.
- DIAS, Maria Berenice. União homossexual: o preconceito e a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000.
- DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 6ª ed. Revisada, aumentada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DORO, Marcelo José; GABOARDI, Ediovani Antônio. Sobre a naturalidade da coisa. In. OLIVEIRA, Cíntia Roso; PICHLER, Nadir Antônio; CANABARRO, Ronaldo (Org.). Filosofia e homoafetividade: algumas aproximações. Passo Fundo: Méritos, 2012. p. 113-126.
- FAUSTO-STERLING, Anne. Sexing the body. Gender, politics and the construction of sexuality. New York: Basic Books, 2000.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teorias dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LOURO, Guacira Lopes. Heteronormatividade e Homofobia. In. Diversidade Sexual na Educação: problematizações sobre a homofobia nas escolas/Rogério Diniz Junqueira (organizador). – Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, UNESCO, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. Revista brasileira de direito processual, 2009.
- NADER, Paulo. Introdução ao estudo de direito. 34. ed. São Paulo: Forense, 2012.
- NIETZSCHE, F. Aurora. Tradução de Anatonio Carlos Braga. São Paulo: Escala, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SPENCER, Colin. Homossexualidade: uma história. Rio de Janeiro: Record, 1996.
- UNESCO. Declaração de princípios sobre a tolerância. Paris, 1995
- VECCHIATI, Paulo Roberto Iotti. Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

---

# IGUALDADE DE GÊNERO E A APOSENTADORIA DA MULHER

---

Vera Cecília de Arantes Fernandes Costa<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

O objetivo do trabalho é analisar a evolução no ordenamento brasileiro nas normas a respeito da igualdade de gênero sob a ótica do direito à aposentadoria da mulher por tempo de serviço ou contribuição até a atual proposta de reforma da previdência.

Não se tratará, portanto, de previdência em geral, o que envolveria o estudo do direito à aposentadoria por invalidez (onde não há distinção de gênero) e o direito à pensão que já teve regras diferenciadas para viúvas e menores solteiras (vide estatuto dos congressistas, por exemplo) ou filhas solteiras.

## 1 IGUALDADE DE GÊNERO

A igualdade de gênero, na definição do filósofo e humanista Daisaku Ikeda<sup>2</sup>, é a garantia da igualdade de direitos, responsabilidades e oportunidades para homens e mulheres, meninas e meninos, sem discriminação<sup>3</sup>. Para Elida Séguin:

A isonomia entre sexos importa em uma igualdade de possibilidades, real ou de fato, caracterizada pela participação de todos nos benefícios e nos encargos. Trata-se na verdade de uma isegoria, ou seja, assegurar igualdade na elaboração e aplicação das normas. Tenta-se romper o círculo vicioso "da ciência e do poder masculino que, sinteticamente, consiste em perpetuar, a um só tempo as condições e as consequências das desigualdades sociais dos gêneros<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Juíza Federal em Araraquara/SP, Mestre em Direito na Subárea de Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

<sup>2</sup> Pacifista que desde 1983 encaminha anualmente Propostas de Paz à ONU, Ikeda apresenta na proposta de 2017 três áreas prioritárias cruciais para a conquista de sociedades pacíficas, justas e inclusivas que são os propósitos dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável - ODS: a proibição e abolição das armas atômicas, a reação diante da crise dos refugiados e a igualdade de gênero, esta como fundamental para a construção de uma cultura de direitos humanos. (IKEDA, 2017, p. 39)

<sup>3</sup> IKEDA, 2017, p. 58.

<sup>4</sup> A autora cita "O paradigma do gênero. In Criminologia e Feminismo" de Alessandro Baratta. (SÉGUIN, 2002, pp. 76/77).

Ainda que na mitologia se exaltassem figuras femininas das deusas e já o Sutra do Lótus do Buda Histórico Sidarta Gautama de cerca de 2500 anos falasse na igualdade das mulheres como seres capazes de atingir a iluminação tal como os homens<sup>5</sup>, o pensamento prevalecente nos dois milênios seguintes foi de desprestígio à mulher.

Contraopondo-se a Jostein Gaarder, que diz que para a sua época Platão tinha uma visão positiva das mulheres, pois no diálogo *O banquete* é uma mulher, Diotima, que abre a Sócrates as portas da filosofia<sup>6</sup>, Dominico De Masi comenta a mesma obra anotando que *"quando acabam e jantar, as mulheres tiram a mesa e se retiram, com exceção de algumas poucas que permanecem num canto tocando instrumentos, como música de fundo"*.

Do ponto de vista sociológico, prossegue o sociólogo italiano, *"chama a atenção o fato de que quando não se tratava de uma ferra, só os homens participavam do jantar e da conversa. Os convívios festivos e as relações sexuais podiam até ser mantidos também com as mulheres, mas as discussões intelectuais podiam se dar, exclusivamente, entre homens. (...) Muitos séculos depois, a revolução industrial deslocou o centro do sistema social para os negócios: fábricas, dinheiro, mercadorias, comércio. E os homens segregaram as mulheres fora desses centros, trancando-as nos recintos domésticos, dedicados aos afetos, à estética, à criação dos filhos. Coisas de qualquer forma desvalorizadas, não remuneradas, consideradas secundárias e quase pueris"*<sup>7</sup>.

De volta ao mundo de Sofia, a visão de Aristóteles sobre a mulher era de que lhe faltava alguma coisa, era um homem incompleto e que todas as características da criança estavam presentes no sêmen do pai. Assim, Gaarder conclui que *"uma série de coisas pode dar errado quando são apenas os homens que reinam supremos na filosofia e na ciência"* e que *"a visão distorcida que Aristóteles tinha da mulher surtiu efeitos particularmente danosos, pois foi ela - e não a visão de Platão - que predominou durante toda a Idade Média"*. Já nos tempos modernos, Locke foi um dos primeiros filósofos a se ocupar com a questão dos papéis sexuais e *"isso foi de grande importância mais tarde para John Stuart Mill, uma personalidade por sua vez muito importante para a luta pela igualdade dos direitos entre os sexos"*. Para Hegel, entretanto, *"a diferença entre um homem e uma mulher é a mesma coisa que existe entre um animal e uma planta"*<sup>8</sup>.

---

5 O capítulo "Devadatta" do Sutra do Lótus conta a história da filha do rei dragão, que atingiu imediatamente a iluminação suprema por meio do poder desse sutra a fim de explicar que todas as pessoas são capazes de atingir a iluminação. (SeikyoPost, 2016).

<sup>6</sup> GAARDER, 1995, p. 108.

<sup>7</sup> DE MASI, 2000, p. 153 e 155.

<sup>8</sup> GAARDER, 1995, pp. 133, 285 e 391.

No século XX, este cenário mudou significativamente na cultura ocidental<sup>9</sup> ensejando a elaboração de documentos internacionais relativos aos direitos da mulher como a Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Cíveis à Mulher, assinada em Bogotá em 1948 e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 31.643/52<sup>10</sup>, ou Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, adotado pelas Nações Unidas em Nova York em 1953, aprovada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 123/55 e promulgada pelo Decreto nº 52.476/63<sup>11</sup>.

Todavia, foi somente na Conferência Mundial de Direitos Humanos em Viena<sup>12</sup>, em 1993, que pela primeira vez num foro internacional se reconheceu que os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais<sup>13</sup>.

O reconhecimento da importância da igualdade de gênero pelos governos do mundo se deu a partir da IV Conferência Mundial sobre as Mulheres, em Pequim, em 1995. Outro momento decisivo foi a adoção da Resolução nº 1.325 sobre mulheres, paz e segurança pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, em outubro de 2000. Esta resolução pede a participação igual e plena das mulheres em todos os aspectos da manutenção e promoção da paz e da segurança e a adoção de medidas concretas nesse sentido<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> "Alguns muçulmanos fundamentalistas pensam que o Islã significa mulheres usando burcas, sentadas em casa, na *purdah*, enquanto os homens fazem *jihad*." (YOUSAFZAI, 2013, p.101).

<sup>10</sup> Com dois artigos, a convenção limita-se a dizer que "os Estados Americanos convém em outorgar à mulher os mesmos direitos civis de que goza o homem." (art. 1º).

<sup>11</sup> "Tendo decidido concluir uma Convenção com essa finalidade, estipularam as condições seguintes: Artigo 1 As mulheres terão, em igualdade de condições com os homens, o direito de voto em todas as eleições, sem nenhuma restrição. Artigo 2 As mulheres serão, em condições de igualdade com os homens, elegíveis para todos os organismos públicos de eleição, constituídos em virtude da legislação nacional, sem nenhuma restrição. Artigo 3 As mulheres terão, em condições de igualdade o mesmo direito que os homens de ocupar todos os postos públicos e de exercer todas as funções públicas estabelecida em virtude da legislação, nacional sem nenhuma restrição."

<sup>12</sup> Por ocasião da Conferência "à luz da universalidade dos direitos humanos, atentou-se para a importância da prevalência do princípio da não discriminação, com a devida atenção aos âmbitos de ação humana que põem em risco o princípio da igualdade dos seres humanos, como os atinentes aos direitos humanos da mulher, aos direitos da criança, aos direitos indígenas" (CANÇADO TRINDADE, 1997).

<sup>13</sup> SÃO PAULO (Estado), São Paulo, p. 389. Ficou consignado na Declaração que "18. Os Direitos do homem das mulheres e das crianças do sexo feminino constituem uma parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. A participação plena e igual das mulheres na vida política, civil, econômica, social e cultural, a nível nacional, regional e internacional, e a erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo constituem objetivos prioritários da comunidade internacional".

<sup>14</sup> IKEDA, 2017, p. 59.

Na Apresentação da Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher, a Diplomata e Ministra e Diretora-geral do Departamento de Direitos Humanos e Temas Sociais do Ministério das Relações Exteriores, Maria Luiza Ribeiro Viotti ressalta:

O conceito de gênero permitiu passar de uma análise da situação da mulher baseada no aspecto biológico para uma compreensão das relações entre homens e mulheres como produto de padrões determinados social e culturalmente, e portanto passíveis de modificação. As relações de gênero, com seu substrato de poder, passam a constituir o centro das preocupações e a chave para a superação dos padrões de desigualdade.

O empoderamento da mulher – um dos objetivos centrais da Plataforma de Ação – consiste em realçar a importância de que a mulher adquira o controle sobre o seu desenvolvimento, devendo o governo e a sociedade criar as condições para tanto e apoiá-la nesse processo.

A noção de transversalidade busca assegurar que a perspectiva de gênero passe efetivamente a integrar as políticas públicas em todas as esferas de atuação governamental.

A essas inovações conceituais veio juntar-se a ênfase no tratamento da situação da mulher sob a perspectiva de direitos, o que implica reconhecer que a desigualdade entre homens e mulheres é uma questão de direitos humanos, e não apenas uma situação decorrente de problemas econômicos e sociais a serem superados.

Isso é o ápice de um processo que se deu a partir da saída das mulheres da vida doméstica, fortemente acentuado do momento em que elas passam a substituir a força de trabalho masculino ocupada nas duas grandes guerras mundiais.

E da participação na economia (mercado de trabalho) veio a participação na política e no Governo<sup>15</sup> iniciando-se um regime de proteção<sup>16</sup> nem sempre

---

<sup>15</sup> "Progressivamente, o Estado ganhou mais importância para as mulheres: maior mobilização e intervenção de mulheres no sistema político, e aumento da sua participação em cargos governamentais. Até ao momento e mesmo hoje, a nossa forma de Estado, quer no aspecto de Estado-de-Direito quer no de Estado-Providência, continua a poder considerar-se um Estado, em grande medida, protector das mulheres, já que só escassamente as tem feito participar na distribuição das vantagens e das desvantagens. As mulheres, para além de um papel marginal na gestão destes assuntos e nos órgãos de decisão, têm sido sobretudo destinatárias indirectas da redistribuição. Tudo isto é sem dúvida, consequência da fragilidade da situação das mulheres no mercado de trabalho e do seu forte enraizamento na família (Hernes, 1982b:29; Ketscher, 1984:28). Por outras palavras, as mulheres, muito mais do que os homens, têm estado sujeitas ao paternalismo do Estado, no que se refere a legislação protectora e, por isso mesmo, sujeitas ao controlo social que o Estado estabeleceu nessas áreas." (STANG DAHL, 1993, pp. 9/10).

<sup>16</sup> "É em virtude destes e de outros dados que se justifica plenamente a adoção de proteção internacional particularizada para a mulher, que assume com nitidez o perfil de grupo vulnerável na sociedade." SÃO PAULO (Estado), São Paulo, p. 389.

vantajoso, já que baseado numa dicotomia da padrão-masculino X padrão-feminino<sup>17</sup> e nem sempre fiel à fusão e troca de papéis que hoje se verifica na sociedade.

A propósito, Elida Séguin anota que:

A inserção cada vez maior da mulher no mercado de trabalho trouxe a lume os temas das relações de poder entre os sexos: a guerra dos sexos. Os movimentos de liberação sexual criticavam os modelos tradicionais de papéis sociais, em especial da instituição familiar, como núcleo de repressão e discriminação, e o da mulher como ator/personagem de sua história sem arbítrio ou domínio sobre ela mesma. A concepção da identidade, do papel social desempenhado, fincada no sexo, fator biológico pré-social, criou a concepção da identidade de gênero, englobando a identidade socialmente elaborada<sup>18</sup>.

*Nenhuma sociedade trata suas mulheres tão bem quanto seus homens*, foi a conclusão do relatório de 1997 do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)<sup>19</sup> que administra o Fundo de População das Nações Unidas - UNFPA, criado em 1969<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> "Algumas mulheres vivem vidas de mulher "típicas", com contínuas permutas entre trabalho doméstico e trabalho remunerado, combinando-os em diferentes proporções durante as várias fases da vida. Outras mulheres têm uma vida mais semelhante à dos homens. Esta última situação pode trazer-lhes consequências jurídicas, bem como aos seus filhos e a outras pessoas que lhes são próximas; frequentemente, tais consequências são de tal ordem que as mulheres que mais se assemelham aos homens adquirem os direitos e privilégios mais significativos." Dado o exemplo do abono para crianças deficientes que não levam em conta a circunstância de a mãe estar em casa ou não. "Esse exemplo mostra as consequências sociais da discriminação sexual. Muito embora nada tivesse sido previsto sobre esta matéria na Lei da Segurança Social e apenas fosse sugerido nos trabalhos preparatórios, os efeitos desta discriminação manifestar-se-iam na aplicação da lei. na grande maioria dos casos, a mulher que desempenha o papel sexual tradicional é a mais afectada pela discriminação. Outras vezes, porém os problemas podem surgir pelo facto de muitas mulheres viverem vidas híbridas e complicadas - não vivem como homens "típicos", nem como mulheres tradicionais. Uma vez que em muitas áreas a lei passou a ser formulada dicotomicamente - de acordo com um "padrão masculino" e um "padrão feminino" - criou-se o risco de muitas mulheres se situarem fora da previsão legal. As mulheres tornam-se, mais facilmente que os homens, excepção à lei (Sverdrup, 1982)". (STANG DAHL, 1993, pp. 42/44).

<sup>18</sup> SÉGUIN, 2002, p. 77.

<sup>19</sup> "No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) a mulher é especialmente protegida. (...) É de reconhecimento mundial a situação econômica, social e cultural desigual em que vivem as mulheres. Quando mais pobre o país pior é a situação da mulher. (...) O PNUD criou dois índices para medir as diferenças por gênero: o índice de Desenvolvimento por Gênero (IDG) que leva em conta as diferenças de esperança de vida, alfabetização, matrícula na escola e renda entre homens e mulheres o índice de Poder por Gênero (IPG) que mede o grau de participação das mulheres na força de trabalho, nos cargos de chefia, na política e em profissões técnicas" (SÃO PAULO (Estado), São Paulo, p. 387/388).

<sup>20</sup> UNFPA Brasil, sem data.

Se o UNFPA reconhece a igualdade de gênero como um direito humano<sup>21</sup>, hoje é consenso que se trata de algo profundamente relevante na construção da cultura de direitos humanos, como ressalta Ikeda:

O objetivo é, como enfatiza a ONU Mulheres, criar uma sociedade na qual os interesses, as necessidades e as prioridades de homens e mulheres sejam valorizados e a diversidade de diferentes grupos seja reconhecida. Um dos ODS<sup>22</sup> é a conquista da igualdade de gênero em toda a Terra e a eliminação de todas as formas de discriminação até 2030<sup>23</sup>.

## 2 IGUALDADE E DISCRIMINAÇÃO

Discriminar é distinguir, diferenciar, discernir, separar ou especificar, determinar, listar, segregar, apartar, isolar<sup>24</sup>.

Naturalmente diferente dos homens, é certo que nem toda discriminação à mulher significa necessariamente uma segregação negativa. Há, então, um limite entre o tratamento diferenciado com fundamento no gênero que até pode redundar numa discriminação justa e razoável.

Como lecionado por Celso Antonio Bandeira de Melo no clássico de nossa literatura jurídica, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, “o ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele”<sup>25</sup>.

Na mesma linha, Stang Dahl ressalta que o conceito de "discriminação" é em si mesmo neutro, nada havendo de errado em tratar diferentemente duas qualidades ou dois fenômenos, desde que sejam diferentes e haja razões boas ou aceitáveis para o tratamento diferenciado. A autora ressalta que dependendo do seu objetivo e dos seus efeitos, uma discriminação negativa contra um dos sexos, direta

---

<sup>21</sup> UNFPA, sem data.

<sup>22</sup> Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. "Foram concluídas em agosto de 2015 as negociações que culminaram na adoção, em setembro, dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), por ocasião da Cúpula das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável. Processo iniciado em 2013, seguindo mandato emanado da Conferência Rio+20, os ODS deverão orientar as políticas nacionais e as atividades de cooperação internacional nos próximos quinze anos, sucedendo e atualizando os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM)." (MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, sem data)

<sup>23</sup> IKEDA, 2017, P. 58.

<sup>24</sup> Dicionário Houaiss, 2012

<sup>25</sup> MELLO, 1984. p. 47

ou indiretamente significa sempre uma discriminação positiva em favor do outro e vice-versa, nos seguintes termos:

A perspectiva feminista sistemática concentra-se nas normas discriminatórias, negativa ou positivamente, e sua relação com as mulheres. Esta característica das normas é tratada examinando a discriminação entre diferentes grupos de mulheres ou entre mulheres e homens. Tal significa que nem sempre é referido o efeito, caso exista, que a discriminação simultaneamente acarreta aos homens. Está implícito que a discriminação negativa contra as mulheres é geralmente vantajosa para os homens, enquanto a discriminação positiva em favor das mulheres lhes dá especiais vantagens em detrimento dos homens. Em regra, esta ação afirmativa em relação às mulheres é apenas prejudicial para os direitos de certos homens, individualmente considerados, não envolvendo discriminação negativa contra os homens como um grupo. A razão para assim ser é a de que a discriminação positiva em favor das mulheres tem frequentemente na sua origem uma posição inicial e continuada de fraqueza destas, que se pretende precisamente contrabalançar com ações afirmativas<sup>26</sup>.

A propósito, observa Séguin:

Quando falamos em ações afirmativas automaticamente a associamos aos movimentos de libertação feminina, que recusaram a banalização da condição sexual imposta pela ideologia sexista dominante. Este movimento introduziu na agenda política a luta pela emancipação humana. O gênero ao se libertar, liberta também o conjunto a que pertence<sup>27</sup>.

A seu turno, Michael J. Sandel ressalta que as ações afirmativas ou são baseadas no argumento compensatório ou no argumento da diversidade<sup>28</sup>, ambos sujeitos a críticas.

Se no argumento compensatório se pensa em compensar e remediar injustiças do passado, seus opositores alertam que quem está pagando pelas injustiças não foi quem as cometeu o que envolve "*o difícil conceito de responsabilidade coletiva: Temos a responsabilidade moral de corrigir erros cometidos por uma geração anterior à nossa?*".

No outro vértice, o argumento da diversidade, que vê a ação afirmativa como um meio de atingir um objetivo socialmente mais importante, recebe críticas de ordem prática e ideológica. A primeira, dizendo que a ação afirmativa além de injusta

---

<sup>26</sup> STANG DAHL, 1993, pp. 44/45

<sup>27</sup> SÉGUIN, 2002, p. 77.

<sup>28</sup> SANDEL, 2013, p. 211/212.

pode não atingir seu objetivo e resultar na criação de mais problemas do que benefícios. A objeção ideológica, por sua vez, parte do princípio de que utilizar a raça ou a etnia como fator para admissões, por exemplo, é injusto<sup>29</sup>.

Por seu turno, tratando das cotas raciais para ingresso na universidade, Sandel cita Ronald Dworkin, filósofo dos direitos dos cidadãos, que aborda a crítica da injustiça da ação afirmativa contra-argumentando que o uso da raça como critério nas diretrizes de ação afirmativa não viola nenhum direito individual. Isso porque, embora a pessoa que se sente prejudicada acredite que mereça ser avaliada apenas segundo seu mérito acadêmico, esse direito não existe<sup>30</sup>.

No que nos interessa a igualdade de gênero, tendo ou não responsabilidade pela discriminação que se perpetuou nos milênios, as ações afirmativas, justas ou desfavoráveis para os homens, vem contrabalançar a tradição patriarcal e machista.

### 3 IGUALDADE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Embora a Constituição do Império tratasse de igualdade, isso naturalmente se deu dentro do contexto monárquico.

Assim, o artigo 179, pertencente ao capítulo 8º, que trata das Garantias dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, a CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL (de 25 de março de 1824) dizia, que "*a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um*" (XIII), que "*todo o cidadão pode ser admitido aos Cargos Públicos Cívicos, Políticos, ou Militares, sem outra diferença, que não seja dos seus talentos, e virtudes*" (XIV) e que "*ficam abolidos todos os privilégios, que não forem essencial, e inteiramente ligados aos cargos, por utilidade pública*" (XVI).

A Constituição Republicana de 1891, por sua vez, inovou o ordenamento por completo no aspecto, para estabelecer que todos, isto é, brasileiros e estrangeiros residentes no país, são iguais perante a lei (art. 72, § 2º).

A Constituição de 1934 repetiu que brasileiros e estrangeiros residentes no País são iguais perante a lei, que "*não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas*" (art. 113) e que "*os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir*" (art. 168).

---

<sup>29</sup> SANDEL, 2013,212/215.

<sup>30</sup> SANDEL, 2013, p. 215/216.

As Cartas de 1937 e 1946 reproduzem a fórmula de igualdade de todos perante a lei (art. 122, 1º/37 e art. 141, § 1º/46).

Também, a Constituição de 1967 assegurou aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País que todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas (art. 150, § 1º)<sup>31</sup>.

Por fim, na Constituição Democrática de 1988, a igualdade ou redução das desigualdades aparece no preâmbulo, nos objetivos da república, nas relações internacionais, e também dentre os direitos e garantias individuais.

#### **4 A MULHER NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS**

A Declaração francesa de direitos do homem e do cidadão de 1789 não menciona a palavra *mulher*, destacando-se aqui que a escritora Olimpe de Gouges morreu guilhotinada em 1793 por ousar desejar a igualdade política para mulheres e homens em sua célebre *Déclaration des droits de la Femme e de la citoyenne* (1791).<sup>32</sup>

Pouco tempo depois, no Brasil, as únicas referências à mulher na Constituição de 1824 tratavam da *Imperatriz Sua Augusta Esposa* e da *Princesa*. No mais, como era de se esperar, a Carta era expressa em dizer que na sucessão hereditária do trono os herdeiros do sexo masculino preferiam às eventuais herdeiras do sexo feminino (art. 117).

A Constituição de 1891 não usa a palavra mulher. Entretanto, a previsão genérica de que "são eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na

---

<sup>31</sup> Em tese, a garantia da igualdade se manteve com o Ato Institucional nº 5 (13/12/1698) ressalvado o aspecto político cujos direitos foram suspensos em especial para cessar o privilégio de foro por prerrogativa de função (art. 5º, I), excluindo-se expressamente qualquer apreciação judicial dos atos praticados de acordo com seu texto (art. 11). Com a Emenda Constitucional nº 7, de 13/04/77 voltou a inafastabilidade da jurisdição na previsão do artigo 153, § 4º, que diz que "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido".

<sup>32</sup> Olympe de Gouges e a escritora inglesa Mary Wollstonecraft são as precursoras feministas do século XVIII que, assim como os redatores da Carta de São Francisco, acordo das Nações Unidas que se seguiu ao final da Segunda Guerra Mundial, "não precisaram aguardar a realização da arqueologia do saber e as análises da microfísica do poder por MICHAEL FOUCAULT para compreender que a linguagem reflete, oculta e pode perpetuar relações de dominação. Que o conceito iluminista do HOMEM, como sinônimo da espécie, não abrigava necessariamente o Outro, nem, muito menos, a Outra. Que, a par das conquistas sociais propugnadas pelo Iluminismo e afirmadas historicamente pela Revolução Francesa, a mulher não se achava devidamente incluída *de fato* nem *de jure* nos avanços da cidadania." (ALVES, 1997, p. 109).

forma da lei" (art. 70) permitiu que a primeira mulher fosse eleita em 1934 e participasse da assembleia constituinte seguinte<sup>33</sup>.

Assim, a Constituição de 1934 trouxe a novidade de conferir o direito a voto de forma obrigatória para todos os homens e para mulheres *que exercessem função pública remunerada* (art. 109)<sup>34</sup>.

Sob o aspecto trabalhista, a Constituição de 1934 proibiu a diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de sexo<sup>35</sup> (leia-se gênero) e o trabalho em indústrias insalubres para mulheres<sup>36</sup> e garantiu a assistência à gestante, assegurando-lhe descanso antes e depois do parto<sup>37</sup> (Art. 121 § 1º, "a", "d" e "h").

Na área da assistência social, a Carta de 1934 deu preferência a mulheres habilitadas para cuidar dos serviços de amparo à maternidade e à infância, os

---

<sup>33</sup> Carlota Pereira de Queirós, a primeira deputada federal (1934-1937), no discurso proferido em 13 de março de 1934, diz: "Além de representante feminina, única nesta Assembleia, sou, como todos os que aqui se encontram, uma brasileira, integrada nos destinos do seu país e identificada para sempre com os seus problemas. (...) Acolhe-nos, sempre, um ambiente amigo. Esta é a impressão que me deixa o convívio desta Casa. Nem um só momento me senti na presença de adversários. Porque nós, mulheres, precisamos ter sempre em mente que foi por decisão dos homens que nos foi concedido o direito de voto. E, se assim nos tratam eles hoje, é porque a mulher brasileira já demonstrou o quanto vale e o que é capaz de fazer pela sua gente. Num momento como este, em que se trata de refazer o arcabouço das nossas leis, era justo, portanto, que ela também fosse chamada a colaborar. Compreendeu-o assim a gente bandeirante de Piratininga, sempre pronta para a defesa dos ideais nobres e justos. e, com o seu espírito infatigável de renovação, tornou a candidatura feminina uma realidade. Quem observar a evolução da mulher na vida, não deixará por certo de compreender esta conquista, resultante da grande evolução industrial que se operou no mundo e que já repercutiu no nosso país. Não há muitos anos, o lar era a unidade produtora da sociedade. Tudo se fabricava ali: o açúcar, o azeite, a farinha, o pão, o tecido. E, como única operária, a mulher nele imperava, empregando todas as suas atividades. Mas, as condições de vida mudaram. As máquinas, a eletricidade, substituindo o trabalho do homem, deram novo aspecto à vida. As condições financeiras da família exigiram da mulher nova adaptação. Através do funcionalismo e da indústria, ela passou a colaborar na esfera econômica. E, o resultado dessa mudança, foi a necessidade que ela sentiu de uma educação mais completa. As moças passaram a estudar nas mesmas escolas que os rapazes, para obter as mesmas oportunidades na vida. E assim foi que ingressaram nas carreiras liberais. Essa nova situação despertou-lhes o interesse pelas questões políticas e administrativas, pelas questões sociais. O lugar que ocupo neste momento nada mais significa, portanto, do que o fruto dessa evolução." (PEREIRA DE QUEIROZ, 1934).

<sup>34</sup> Nota-se aqui uma legislação, digamos, avançada para a época já que em 1945 "*dos cinquenta e um Estados signatários originais da Carta de São Francisco, apenas trinta reconheciam à mulher os direitos de voto e ao exercício de função pública*" (ALVES, 109).

<sup>35</sup> A proibição de diferenciação de salários, que não constou da Constituição de 1937 nem é expressa na Constituição de 1988, foi prevista novamente na Constituição de 1946 (art. 157, II) e na Constituição de 1967 (art. 158, III).

<sup>36</sup> A proibição do trabalho em indústrias insalubres foi repetida na Constituição de 1937 (art.137, k, suspenso pelo Decreto nº 10.358, de 1942), na Constituição de 1946 (art. 157, IX) e na Constituição de 1967 (art. 158, X), mas desapareceu da Constituição em 1988.

<sup>37</sup> O direito da gestante à assistência e ao descanso antes e após o parto sem prejuízo do salário se consolidou daí em diante, sendo previsto em todas as Constituições (art. 137, I, CF/37; art. 157, X, CF/46; art. 158, XI, CF/67; art. 7º, XVIII, CF/88).

referentes ao lar e ao trabalho feminino, assim como a fiscalização e a orientação respectivas (art. 121 § 3º).

Conquanto de obrigatório para todos, constou na Constituição de 1934 que as mulheres estão excetuadas do serviço militar (art. 163)<sup>38</sup>.

Na Constituição de 1937 o direito a voto, antes concedido somente para mulheres que exercessem função pública remunerada, se ampliou aos brasileiros de um e de outro sexo, maiores de dezoito anos que se alistassem na forma da lei (art. 117)<sup>39</sup>.

A Constituição de 1946, embora voltando a prever direitos expressos na Constituição de 1937 e omitidos na Constituição de 1937, não trouxe novidade quanto aos direitos das mulheres.

A Constituição de 1967, pela primeira vez, fez referência expressa assegurando a aposentadoria para a mulher aos trinta anos de trabalho (art. 158, XX)

No texto original da Constituição de 1988, além da fórmula genérica de igualdade, consta expressamente que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos da Constituição (art. 5º, I), ressaltando-se que as mulheres cumprirão suas penas em estabelecimentos distintos (art. 5º, XLVIII).

Na seara dos direitos trabalhistas se estabelece a proteção genérica do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei (art. 7º, XX) omitindo-se, porém, a proibição do trabalho em indústrias insalubres, como vinha ocorrendo desde 1934.

Nossa extensa Constituição ainda menciona a mulher em dispositivos diversos para dizer que tem direito adquirir propriedade pela usucapião urbano ou rural (art. 183, § 1º e 189, parágrafo único), que seu cônjuge ou companheiro tem direito à pensão por morte (art. 201, V) e que é reconhecida a união estável entre homem e mulher (art. 226, § 3º)<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> A Constituição de 1937, não consignou expressamente que as mulheres são excluídas do serviço militar dizendo que todos os brasileiros são obrigados ao serviço militar na forma da lei (art. 164). Todas as Constituições seguintes, porém, contêm a isenção expressa do serviço militar para as mulheres: art. 181, § 1º, CF/1946, art. 92 parágrafo único, CF/1967 e art. 143, § 2º, CF/1988.

<sup>39</sup> Daí em diante sedimentou-se o direito ao voto das mulheres, previsto nas Constituições seguintes (art. 133, CF/46; art. 142, CF/67; 14, § 1º, CF/88) tendo sido prevista a obrigatoriedade primeiramente na Constituição de 1946.

<sup>40</sup> Note-se que enquanto à referência à mulher nas regras da usucapião se mostra desnecessária ante a cláusula geral de igualdade (art. 5º I), a referência aos homens como beneficiários de pensão por morte deixa expressa a possibilidade ante a circunstância sociocultural de haver mais viúvas pensionistas do que viúvos, seja pelo fato de o número de segurados do sexo masculino ser maior, seja pelo fato de

## 5 A APOSENTADORIA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A Constituição do império não faz referência à previdência nem contém a palavra aposentadoria<sup>41</sup>.

Na Constituição de 1891 há previsão da aposentadoria que só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da nação (art. 75).

A Constituição de 1934 trata da aposentadoria do legislativo, do judiciário e dos funcionários públicos<sup>42</sup> e diz que a lei orgânica de imprensa estabelecerá, dentre outras, as regras relativas à aposentadoria dos redatores, operários e demais empregados (art. 131).

A Carta de 1934 é expressa em ressaltar que as licenças, aposentadorias e reformas, não podem por disposições especiais (do Legislativo) ser concedidas nem alteradas as concedidas (art. 39, 8, d) e que os proventos da aposentadoria ou jubilação dos funcionários públicos não poderão exceder os vencimentos da atividade (art. 170, 7º).

A Constituição de 1937 não traz regras das aposentadorias do legislativo, mas prevê as do judiciário (art. 91, 1<sup>43</sup>) e dos funcionários públicos (art. 156<sup>44</sup>) repetindo a regra de que as vantagens da inatividade não poderão, em caso algum, exceder às da atividade (art. 156, g).

A Constituição de 1946 volta a tratar da aposentadoria no legislativo (art. 49 e 50), diz que cabe ao Tribunal de Contas julgar a legalidade das aposentadorias,

---

que, em geral, os maridos serem mais velhos e morrerem antes das esposas. O artigo 226, § 3º, por sua vez, faz uma discriminação de gênero, não só o feminino, sob o aspecto não biológico. Já a norma que prevê o exercício igual dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal pelo homem e pela mulher (§ 5º), tal qual às que tratam da usucapião, seria desnecessária ante a cláusula geral de igualdade (art. 5º I).

<sup>41</sup> A Constituição Imperial de 1824 assegurou socorros públicos ou assistência à população carente, considerada uma dívida sagrada, devendo a sociedade subsistência aos cidadãos infelizes, seja fornecendo-lhes trabalho, seja assegurando os meios de existência àqueles que não estão em condições de trabalho (definição contida no art. 21 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793). "Esta previsão constitucional não teve aplicação prática, servindo no plano filosófico para remediar a miséria criada pelo dogma da liberdade e da igualdade." (HORVATH JÚNIOR, 2002, p. 20).

<sup>42</sup> CF/34 - Legislativo: art. 33, § 3º; Judiciário: art. 64 e 104, § 5º (compulsória aos 75 anos de idade ou 60, na primeira nomeação, por invalidez e facultativa com 30 anos de serviço, 25 na primeira nomeação); Funcionários Públicos: Art. 170 (invalidez com proventos integrais se tiver 30 anos de serviço público).

<sup>43</sup> CF/37 - Art. 91: aposentadoria compulsória aos 68 anos de idade ou em razão de invalidez comprovada, e facultativa com 30 anos de serviços.

<sup>44</sup> CF/37 - O artigo 156 diz que o Poder Legislativo organizará o Estatuto dos Funcionários Públicos devendo observar a aposentadoria compulsória com 68 anos e aposentadoria por invalidez com vencimentos integrais, se contar o funcionário mais de 30 anos de serviço efetivo.

reformas e pensões (art. 77, III) e, como a anterior, traz regras da aposentadoria do judiciário (art. 95<sup>45</sup>) e dos funcionários públicos (art. 191<sup>46</sup>).

Em 1967, surgiu a novidade de se elevar à categoria constitucional a garantia aos trabalhadores em geral do direito à previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para custear o seguro-desemprego, a proteção da maternidade, doença, velhice, invalidez e morte visando à melhoria de sua condição social (art. 158, XVI).

A Carta de 1967 também continha dispositivo prevendo a aposentadoria para a mulher no regime geral e funcionárias públicas com 30 anos de trabalho (art. 158, XX) e de serviço (art. 100, § 1º), respectivamente.

A previsão da aposentadoria aos 30 anos veio em contraposição à legislação ordinária que previa a aposentadoria aos 35 anos (Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS - Lei 3.807/60 - art. 32).

Assim é que, no ano seguinte, a Lei 5440A, de 23/05/68, alterou a LOPS dizendo que com trinta anos de serviço o homem teria aposentadoria com proventos de 80% do salário de benefício ("proporcionais") e a mulher com 100% do salário de benefício (integral).

No mais, silenciando a respeito da aposentadoria no legislativo<sup>47</sup>, a Constituição de 1967 tratou da aposentadoria do funcionário público (art. 100<sup>48</sup>), do judiciário (art. 108, § 1º<sup>49</sup>) sendo relevante observar que diferentemente do serviço público em geral, nas regras de aposentadoria próprias do judiciário ainda não havia distinção de gênero.

---

<sup>45</sup> CF/46 Art. 95: aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade ou por invalidez comprovada, e facultativa após 30 anos de serviço público.

<sup>46</sup> CF/46 Art. 191: O funcionário será aposentado por invalidez, compulsoriamente aos 70 anos de idade, ou com 35 anos de serviço.

<sup>47</sup> A Lei nº 9.506/97 extinguiu o Instituto de Previdência dos Congressistas - IPC, criado pela Lei nº 4.284/63, e regido pela Lei nº 7.087/82 preservando os direitos adquiridos em relação às pensões concedidas, atualizadas com base na legislação anterior vigente, bem como às pensões a conceder, no regime das Leis nº 4.284/63, nº 4.937/66, e nº 7.087/82. Na Proposta de Emenda Constitucional 287/2016, todavia, há previsão de que "art. 40. § 13. Ao agente público ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, de outro cargo temporário, incluídos os cargos de mandato eletivo, ou de emprego público aplica-se o regime geral de previdência social."

<sup>48</sup> Art. 100 - O funcionário será aposentado: I - por invalidez; II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade; III - voluntariamente, após trinta e cinco anos de serviço. § 1º - No caso do n.º III, o prazo é reduzido a trinta anos, para as mulheres. Art. 101 - Os proventos da aposentadoria serão: I - integrais, quando o funcionário: a) contar trinta e cinco anos de serviço, se do sexo masculino; ou trinta anos de serviço, se do feminino.

<sup>49</sup> Art. 108, § 1º - A aposentadoria será compulsória aos setenta anos de idade ou por invalidez comprovada, e facultativa após trinta anos de serviço público, em todos esses casos com os vencimentos integrais.

Na Constituição Federal de 1988 repetem-se as normas sobre aposentadoria dos servidores públicos (art. 40), do judiciário (art. 95) e, no que nos interessa, há regras sobre aposentadoria diferenciada para servidoras públicas e as trabalhadoras do regime geral da previdência (art. 40 e 201).

## 6 A APOSENTADORIA DA MULHER A PARTIR DE 1988

No texto original da Constituição Federal publicado em 05/10/88, as servidoras públicas se aposentavam por invalidez (art. 40, I), compulsoriamente aos 70 anos com proventos proporcionais (art. 40, II), voluntariamente aos 30 anos de serviço (art. 40, III, a), aos 25 anos de magistério (art. 40, III, b) ou aos 60 anos de idade (art. 40, III, d).

Ainda que prevista em dispositivo distinto (art. 93, VI), a aposentadoria do judiciário se dava com o mesmo tempo dos servidores públicos em geral (por invalidez, compulsória aos 70 anos e voluntária aos 30 anos de serviço após 05 anos de exercício efetivo na judicatura).

No Regime Geral da Previdência Social - RGPS, além da invalidez, as mulheres se aposentavam por idade aos 60 anos se exercerem atividade urbana e aos 55 anos se exercessem atividade em regime de economia familiar, neste incluídos a produtora rural, a garimpeira e a pescadora artesanal<sup>50</sup> (art. 202, I), após 30 anos de trabalho (art. 202, II<sup>51</sup>), após 25 anos de magistério (art. 202, III), ou com proventos proporcionais (art. 202, § 1º).

Com as alterações da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1988 - EC 20/98, a aposentadoria voluntária das servidoras públicas passou a depender de terem cumprido tempo mínimo de 10 anos de efetivo exercício no serviço público e 05 anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria (art. 40, § 1º, III) e de 55 anos de idade e 30 de contribuição (art. 40, § 1º, III, a).

Com relação à aposentadoria das professoras, passou a ser restrito às que comprovem exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio (art. 40, § 5º).

Não houve alteração na aposentadoria compulsória, nem na aposentadoria por idade das servidoras (art. 40, § 1º, II e III, b).

Se para funcionários públicos em geral e no RGPS a distinção de gênero remonta à Constituição de 1967, foi somente a partir de 16/12/98, com a Emenda 20/98 que passou a ser feita também na aposentadoria do judiciário por conta da

---

<sup>50</sup> O texto é no masculino, naturalmente.

<sup>51</sup> Ressalvadas as aposentadorias especiais.

remissão expressa à aplicação do regime do artigo 40 dos servidores públicos em geral (art. 93, VI).

No RGPS não houve alteração na aposentadoria das mulheres por tempo de contribuição, por idade (art. 201, § 7º, I e II), mas o tempo reduzido da aposentadoria das professoras também passou a ser restrito às que comprovem exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio (art. 201, § 8º).

Assegurando o respeito ao direito adquirido de quem já o detinha quando do seu advento (art. 3º), a EC 20/98 trouxe disposições transitórias permitindo a opção pelo cálculo dos proventos da aposentadoria conforme regime anterior para servidoras, com 48 anos de idade e 05 anos no cargo mais um tempo adicional de contribuição (pedágio), que tivessem ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública, direta, autárquica e fundacional, até a data de sua publicação (art. 8º) e trabalhadoras do RGPS com 48 anos de idade e 30 anos de contribuição mais um período adicional (pedágio) que tivessem se filiado ao regime geral até sua publicação (art. 9º).

As disposições transitórias para as servidoras se aplicam para magistradas e membros do Ministério Público e Tribunal de Contas (art. 8º, § 2º), estes com o tempo de serviço exercido até a publicação desta Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento (§ 3º). E também valem para professoras servidoras ou do RGPS com acréscimo de vinte por cento (art. 8º, § 4º e art. 9º, § 2º).

A Emenda Constitucional 41, de 19 de dezembro de 2003 - EC 41/03 não alterou as regras para concessão do benefício, tratando basicamente da fórmula de cálculo do valor do benefício.

Da mesma forma que a EC 20/98, tem disposições transitórias para permitir a opção pelo cálculo dos proventos conforme o regime anterior para a servidora com 48 anos de idade, 05 anos no cargo e tempo de contribuição de 30 anos mais um acréscimo (pedágio) (art. 2º) e para a servidora com 55 anos de idade, 30 anos de contribuição, 20 no serviço público, 10 anos no mesmo cargo (art. 6º).

Com a Emenda Constitucional 88, de 07 de maio de 2015 - EC 88/2015, retomando-se a regra para o judiciário na Constituição de 1934, elevou-se o teto da aposentadoria compulsória para 75 anos nos termos de Lei Complementar prevendo-se a aposentadoria compulsória com proventos proporcionais aos 70 anos (art. 40, II).

Em resumo, excluída a aposentadoria por invalidez que sempre teve previsão constitucional, desde aquela para funcionários públicos no serviço da Nação na Constituição de 1891 (art. 75), segue o quadro evolutivo da aposentadoria por tempo de serviço e idade:

	Judiciário	Funcionários públicos	RGPS	Rural e Magistério
1934	- Compulsória aos 75 anos (60, na primeira nomeação) - 30 anos de serviço (25, na primeira nomeação)	- Compulsória aos 68 anos		
1937	- Compulsória aos 68 anos - 30 anos de serviço			
1946	- Compulsória aos 70 anos de idade - 30 anos de serviço	- Compulsória aos 70 anos de idade - 35 anos de serviço	- 35 anos tempo (1960)*	
1967	- 30 anos de serviço - Compulsória aos 70 anos	MULHER - 30 anos de serviço, salvo natureza especial - Compulsória aos 70 anos	MULHER - 30 anos de serviço ou 60 de idade	
		HOMEM - 35 anos de serviço, salvo natureza especial - Compulsória aos 70 anos	HOMEM - 35 anos de serviço* ou 65 de idade	
1988	- 30 anos de serviço com 05 de judicatura - Compulsória aos 70 anos	MULHER - 30 anos de serviço, salvo natureza especial - 25 anos de serviço com proventos proporcionais - 60 anos de idade - 25 anos de magistério - Compulsória aos 70 anos de idade	MULHER - 30 anos de serviço, salvo atividade especial - 60 anos de idade - 25 anos de serviço com proventos proporcionais	MULHER - 55 de idade para os trabalhadores rurais e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, neste incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal - 25 anos de magistério
		HOMEM - 35 anos de serviço, salvo natureza especial - 30 anos de serviço com proventos proporcionais - 65 anos de idade - 30 anos de magistério - Compulsória aos 70 anos de idade	- HOMEM - 35 anos tempo, salvo atividade especial - 30 anos de serviço com proventos proporcionais - 65 anos de idade - 30 anos de serviço proporcional	HOMEM - 60 de idade para os trabalhadores rurais e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, neste incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal - 30 anos de magistério
EC 20/1998	MULHER - 55 anos de idade e 30 de contribuição com 10 anos de serviço público e 05 no cargo - 50 anos de idade e 25 de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio - 60 de idade - Compulsória aos 70 anos		MULHER - 30 anos de contribuição - 60 anos de idade	MULHER - 55 de idade para os trabalhadores rurais e para quem exerça atividades em regime de economia familiar, neste incluído o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal - 25 anos de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio
	HOMEM - 60 anos de idade e 35 de contribuição com 10 anos de serviço público e 05 no cargo - 55 anos de idade e 30 de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio - 65 de idade - Compulsória aos 70 anos		HOMEM - 35 anos de contribuição - 65 anos de idade	HOMEM - 60 de idade para os trabalhadores rurais e para quem exerça atividades em regime de economia familiar, neste incluído o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal - 30 anos de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio
EC 88/2015		- idem - Compulsória aos 75 anos		

\*Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, art. 32 (Lei Orgânica da Previdência Social)

## 7 O PROJETO DE EMENDA CONSTITUCIONAL 287/2016

No texto original do Projeto de Emenda Constitucional 287/2016 desapareceria a diferenciação de gênero nas aposentadorias por tempo de contribuição, propondo-se a seguinte redação dos dispositivos:

Art. 40 - § 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados:

I - por incapacidade permanente para o trabalho, no cargo em que estiver investido, quando insuscetível de readaptação;

II - compulsoriamente, aos setenta e cinco anos de idade; ou

III - voluntariamente, aos sessenta e cinco anos de idade e vinte e cinco anos de contribuição, desde que cumprido o tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria.

Art. 201 - § 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social àqueles que tiverem completado sessenta e cinco anos de idade e vinte e cinco anos de contribuição, para ambos os sexos.

A distinção de gênero era mantida nas disposições transitórias, que valeriam para homens de 50 anos e mulheres com 45 anos de idade que deveriam cumprir um pedágio de metade (cinquenta por cento) do tempo que faltaria para completar a idade anterior exigível na data da promulgação da Emenda.

O texto também previa regras transitórias para professores e policiais com redução de cinco anos.

Na exposição de motivos consta:

Da igualdade de gênero.

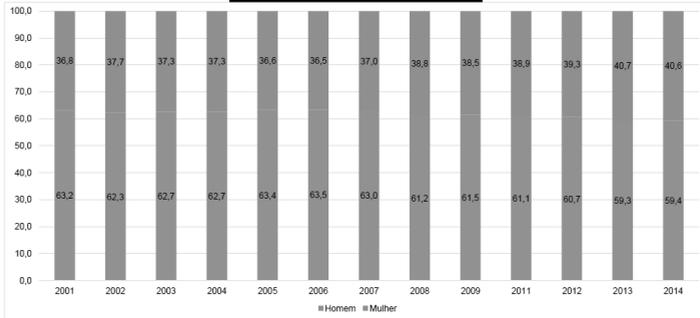
35. Outro ponto central da reforma é igualar os requisitos de idade e tempo de contribuição para homens e mulheres. Cabe destacar que, atualmente, a expectativa de vida ao nascer das mulheres é cerca de 7 anos superior à dos homens, e as mesmas ainda têm o direito de se aposentar com cinco anos a menos, tanto na aposentadoria por idade, quanto na por tempo de contribuição, combinação essa que resulta na maior duração dos seus benefícios.

36. A justificativa de tal diferenciação no passado era a concentração da responsabilidade pelos afazeres domésticos nas mulheres ("dupla jornada"), e ainda a maior responsabilidade com os cuidados da família, de modo particular, em relação aos filhos.

37. Ocorre que, ao longo dos anos, a mulher vem conquistando espaço importante na sociedade, ocupando postos de trabalho antes destinados apenas aos homens. Hoje, a inserção da mulher no mercado de trabalho, ainda que permaneça desigual, é expressiva e com forte tendência de estar no mesmo patamar do homem em um futuro próximo. Segundo a PNAD 2014, 40,6% do contingente de ocupados que contribuem para a Previdência Social são mulheres. Os novos arranjos familiares, com poucos

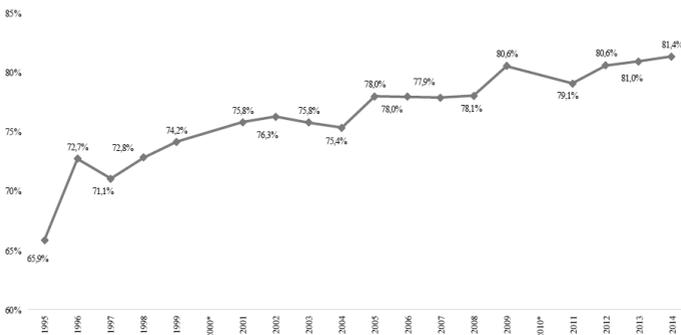
filhos ou sem filhos, estão permitindo que a mulher se dedique mais ao mercado de trabalho, melhorando a sua estrutura salarial.

**Proporção de contribuintes e mulheres no total de contribuintes para a Previdência Social – 2001 a 2014**



38. Ainda de acordo com a PNAD52, o rendimento da mulher, que chegou a representar apenas 66% do rendimento dos homens em 1995, aumentou ao longo dos anos, alcançando 81% do rendimento dos homens em 2014. Ao olhar essa questão de uma forma prospectiva, é possível perceber que a tendência é que essa diferença remanescente se reduza ainda mais. Em outros termos, a razão de rendimento entre as mulheres de 14 a 23 anos em relação aos homens é de 99%, indicando que, no futuro, a diferença de rendimento entre os gêneros deverá continuar sendo reduzida substancialmente.

**Razão do Rendimento por Hora de Todos os Trabalhos entre Mulheres e Homens**



<sup>52</sup> Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios.

39. Embora ainda se identifique diferença de tratamento da mulher no mercado de trabalho brasileiro, é importante considerar a mudança acelerada e gradativa dessa realidade. Em relação aos afazeres domésticos, por exemplo, existe evidência de que a melhora da oferta educacional na primeira infância contribuiu para a redução do número de mulheres que apenas cuidam das tarefas domésticas. Com efeito, segundo dados da PNAD, o contingente de mulheres que se dedicam aos afazeres domésticos de 15 a 29 anos de idade caiu de 88,2% para 84,6% entre 2004 e 2014. Mais do que isso, o número médio de horas semanais dedicadas a essas atividades diminuiu de 23,0 para 20,5 horas no mesmo período.

40. Outra justificativa para o diferencial de idade em favor das mulheres era a baixa proteção social de seus vínculos trabalhistas. Observa-se, porém, que a cobertura previdenciária das mulheres entre 16 e 59 anos aumentou substancialmente nas últimas décadas, saltando de 60,8% em 1995 - quando para os homens era de 67,0%, - para 72,6% em 2014, igualando-se, pela primeira vez na série histórica, aos homens.

41. Cabe esclarecer que o padrão internacional atual é de igualar ou aproximar bastante o tratamento de gênero nos sistemas previdenciários. A diferença de 5 anos de idade ou contribuição, critério adotado pelo Brasil, coloca o país entre aqueles que possuem maior diferença de idade de aposentadoria por gênero.

	Homens	Mulheres	Diferença
<b>IDADES IGUAIS</b>			
Coreia	60 para ambos		
Canadá; Dinamarca; Finlândia; França; Japão; México; Holanda; Nova Zelândia; Portugal; Espanha; Suécia	65 para ambos		
Alemanha	65,1 para ambos		
Estados Unidos	66 para ambos		
Noruega	67 para ambos		
<b>IDADES DIFERENTES</b>			
Bolívia	55,0	50,0	5,0
El Salvador; Panamá; Venezuela	60,0	55,0	5,0
Colômbia	62,0	57,0	5,0
República Checa	62,5	61,3	1,2
Brasil; Chile; Argentina; Honduras	65,0	60,0	5,0
Reino Unido	65,0	61,2	3,8
Suíça	65,0	64,0	1,0
Grécia	65,0	63,5	1,5
Austrália	65,0	64,5	0,5
Itália	66,0	62,0	4,0

Fonte: OECD (dados 2012); MTPS; e OISS (2012): La situación de los adultos mayores de la Comunidad Iberoamericana

42. Desse modo, mostra-se necessário realinhar a política previdenciária de forma a equiparar as regras de acesso para homens e mulheres, observando-se uma regra de transição mais gradual para as mulheres, como já exposto acima.

## 8 O SUBSTITUTIVO

Em 19/04/2017, a Comissão Especial destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda Constitucional nº 287-A, de 2016, apresentou proposição reinserindo a distinção de condições para a aposentadoria de homens e mulheres consignando manifestações de palestrantes.

Para Noemia Aparecida Garcia Porto, Juíza do Trabalho, Secretária-Geral da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), "sustentou que a igualdade entre homens e mulheres, estabelecida no art. 5º, II, da Constituição, estaria condicionada a um cenário de igualdade efetiva, que não seria observado na divisão de tarefas domésticas e cuidados com os filhos. A antecipação da aposentadoria da mulher teria por finalidade compensar tais desigualdades de gênero. A igualdade invocada como fundamento da PEC seria, sob esse ponto de vista, meramente formal, pois desprezaria as desigualdades materiais vividas pelas brasileiras, sendo tal fundamento inconstitucional."

Por sua vez, conforme Marilane Teixeira, economista, pesquisadora e assessora sindical, "o projeto apresentado suscitaria preocupações. A existência de regras diferenciadas de acesso seria um dos méritos do sistema previdenciário atual, por compensar as desigualdades existentes. As justificativas para a igualdade entre homens e mulheres partiriam, na sua abordagem, de premissas equivocadas. A expectativa de vida maior entre as mulheres não levaria em consideração as diversidades de gênero, os desequilíbrios regionais e a questão racial, além de não considerar que os investimentos por meio de políticas públicas poderão interferir na expectativa de vida nos próximos anos. De acordo com a palestrante, a maior parte das pessoas em situação de informalidade seria composta por mulheres, observando-se condições de trabalho inferiores, com muita flutuação e intermitência. As mulheres seriam obrigadas a trabalhar muito mais para atingir o mesmo tempo de contribuição dos homens, pois não conseguiriam contribuir com regularidade."

Por fim, o parecer cita a Procuradora Regional da República Zélia Luiza Pierdoná que aponta que "a Previdência deveria ser vista como uma questão de Estado, não como uma questão de Governo, e não poderia ser taxada como deficitária ou não, pois há distintos critérios de análise. Na sua visão, sem se pensar em sustentabilidade previdenciária, estará sendo aniquilado o princípio democrático, pois não haverá margens para outras políticas, como, por exemplo, a superação das desigualdades de gênero. Alegou que a Previdência Social deveria substituir rendimentos do trabalho, não aumentar o nível de renda familiar. Nesse sentido,

manifestou concordância com a vedação proposta em relação à acumulação de pensão e aposentadoria, pois quem tem aposentadoria não seria dependente, lógica que privilegia a coletividade protegida.

Enfim, no voto do relator Deputado Arthur Oliveira Maia - PPS/BA, ficou consignado:

Quanto à questão da idade mínima exigida das servidoras, reproduzida na que se exige das seguradas do regime geral de previdência social, a discrepância resulta do reconhecimento de que ainda não se obteve a igualdade social entre os gêneros. Como bem assinala a autora da Emenda nº 147 na justificativa ali inserida, a própria Exposição de Motivos que acompanha a PEC conduz a tal conclusão, na medida em que veicula quedas insignificantes no desequilíbrio entre homens e mulheres no que diz respeito ao tempo despendido em afazeres domésticos.

Assim, a proposta passou a ter a seguinte redação:

Art. 40.....

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados:

.....

I - voluntariamente, observados, cumulativamente, os seguintes requisitos:

a) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta e dois anos de idade, se mulher;

b) vinte e cinco anos de contribuição, desde que cumprido o tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria;

Art. 201.....

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social:

I - ao segurado que completar sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta e dois anos de idade, se mulher, e vinte e cinco anos de contribuição, exceto na hipótese do inciso II;

II - ao segurado de que trata o § 8º do art. 195, aos sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e sete anos de idade, se mulher, e quinze anos de contribuição, para ambos os sexos;

Recebidos pareceres contrários das bancadas partidárias, em 03/05/2017 houve complementação de voto e em 10/05/2017, reformulação de voto, sem alterações no texto no ponto que aqui destacamos (art. 40, § 1º e 201, § 7º, CF).

Das razões iniciais da PEC para se igualar a aposentadoria de homens e mulheres, a expectativa de vida de sete anos a mais que os homens, ainda que

verdadeira e decorrente do estilo de vida masculino, talvez não seja justa já que pune a mulher por ser mais cuidadosa com a própria saúde<sup>53</sup>.

A alegação de que a concentração da responsabilidade pelos afazeres domésticos como se fosse coisa *do passado*, não é bem assim. De fato, conquanto que cada vez mais inserida no mercado de trabalho e tendo menos filhos, a mulher ainda exerce a dupla jornada não tendo se livrado totalmente daquela responsabilidade.

No estudo Igualdade de Gênero e Raça no Trabalho: avanços e desafios da Organização Internacional do Trabalho de 2010 consta:

A construção de uma sociedade justa, igualitária, com vista à cidadania de homens e mulheres, passa, obrigatoriamente, pelo reconhecimento das diferenças e das diversidades, bem como pela rejeição de mecanismos discriminatórios em qualquer âmbito ou nível. Embora as desigualdades entre homens e mulheres sejam construídas na esfera social, há uma forte ideologia cuja intenção é fazer crer que a divisão dos papéis entre eles é naturalmente determinada pela condição biológica. A igualdade, no entanto, refere-se, fundamentalmente, à igualdade de direitos, de oportunidades e de tratamento entre homens e mulheres em todas as dimensões da vida humana. Uma das contradições desses papéis tradicionais, no que diz respeito a mulheres tomarem conta da casa e homens trabalharem fora, fica evidente no caso das mulheres negras, pois elas foram forçadas a trabalhar fora de casa, desde a era da escravidão, mas sem oportunidades de estudo e emprego. O resultado é que, somado ao preconceito racial, essas mulheres somente realizaram e realizam, na grande maioria, serviços domésticos. O mesmo ocorre com as mulheres camponesas: além de tomar conta da casa, fazem o trabalho da roça, produzindo, assim, tanto a mercadoria quanto o sustento da casa<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> "A Política Nacional de Atenção Integral à Saúde do Homem (PNAISH) foi lançada em 2009 pelo Ministério da Saúde (BRASIL, 2009a), tendo como objetivo a promoção de ações de saúde que possibilitem a apreensão da realidade dos homens entre 20 e 59 anos de idade nos seus diversos contextos. A implantação da PNAISH foi gradativa, conforme transferência de recurso financeiro do Fundo Nacional de Saúde para os Fundos Estaduais/ Municipais. Em 2009, foram contempladas as vinte e sete Unidades da Federação (UF) e 26 municípios, em 2010 foram 54 municípios e em 2011 mais cinquenta e dois municípios. Essa política vem ao encontro da equidade de gênero que se faz presente na agenda mundial há mais de duas décadas, sendo o Brasil um dos países pioneiros em instituir a Saúde do Homem enquanto área técnica do governo federal. As diferenças de morbimortalidade entre homens e mulheres são amplamente conhecidas: os homens morrem mais cedo, morrem principalmente por causas externas (acidentes e violências), são mais suscetíveis às doenças cardiovasculares, possivelmente pelos comportamentos de risco mais frequentes, procuram menos os serviços de saúde, por limitação de tempo e, principalmente, pela falsa autopercepção da sua infalibilidade física e mental." (MOURA, 2012).

<sup>54</sup> OIT, 2010, p. 84.

Então, ainda que tenha havido diminuição da dedicação ao lar, o Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS) aponta que *"os afazeres domésticos ainda são uma tarefa feminina no Brasil, e a participação masculina nesses serviços não evoluiu muito nos últimos anos"*. Assim é que a pesquisa *"Mulheres e trabalho: breve análise do período 2004-2014"* mostra que o percentual de homens que assumem tarefas não remuneradas da casa cresceu de 46% para 51% em uma década. Já o das mulheres segue inalterado. Em 2014, era de 90%.<sup>55</sup>

Enfim, conforme o estudo Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça, divulgado em 06/03/2017 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada com base em séries históricas de 1995 a 2015 da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, *"as mulheres ainda trabalham, em média, 7,5 horas a mais que os homens por semana devido à dupla jornada, que inclui tarefas domésticas e trabalho remunerado. Apesar da taxa de escolaridade das mulheres ser mais alta, a jornada também é"*<sup>56</sup>.

Com efeito, se a Convenção nº 156/1981 sobre trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares, não ratificada pelo Brasil e em cujo preâmbulo já constava que para alcançar a plena igualdade entre homens e mulheres, é necessário modificar o papel tradicional tanto do homem quanto da mulher na sociedade e na família, ainda hoje conciliação entre trabalho e família com corresponsabilidade social faz parte das preocupações da Organização Internacional do Trabalho que reclama políticas públicas nesse sentido<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup>Portal Brasil, 2016.

<sup>56</sup> VERDÉLIO, 2017.

<sup>57</sup> "Ante a debilidade ou ausência de políticas públicas e serviços destinados a apoiar a conciliação entre vida familiar e laboral, as estratégias são basicamente privadas, familiares e femininas. Estas consistem em tentativas, geralmente extenuantes e cujas protagonistas são as mulheres, de articular as demandas de um e de outro mundo e converter-se em ponte entre ambas as esferas. Estas pontes cruzam enormes distâncias geográficas para unir lugares de residência, trabalho, cuidado e consomem muito tempo e recursos. As estratégias estão altamente estratificadas: as famílias que contam com maiores recursos recorrem ao mercado para contratar apoio doméstico e ter acesso a serviços privados de cuidado. Isto outorga às mulheres de maior nível socioeconômico maior controle sobre o uso do tempo e lhes permite uma inserção no trabalho mais plena. O apoio de uma trabalhadora doméstica amortiza, em algum grau, as tensões entre o trabalho e a família. Estas soluções, entretanto, estão ao alcance de uma pequena minoria de domicílios. A grande maioria não tem acesso a serviços de apoio de qualidade, o que contribui para reproduzir a estrutura social desigual que caracteriza a região. Assim, muitos domicílios de menores rendimentos dependem da ajuda e do trabalho voluntário de outras mulheres do grupo familiar. No entanto, esta estratégia não é sustentável. A existência de avós e tias cuidadoras e de redes de apoio é cada vez menor como consequência do aumento da participação feminina no mercado de trabalho, da diminuição das famílias extensas, das migrações e do enfraquecimento do tecido social. Também as redes familiares não podem efetivamente substituir a atenção especializada que requerem as crianças e as pessoas idosas (González da Rocha, 2006)". (OIT, 2009, p. 69/70).

O aumento dos rendimentos da mulher, que não significa o fim da dupla jornada, não só é resultado natural de sua inserção no mercado de trabalho, mas também das normas que proíbem a diferença de salários desde a Constituição de 1934.

Aqui, a mulher seria punida em razão da redução da diferença da sua renda em relação à do homem, o que ocorre por uma imposição legal e constitucional.

Embora o foco na redução da dedicação aos afazeres domésticos pelas mulheres de 15 a 29 anos possa ser um reflexo do fato de se tratar de uma idade em que muitas ainda estão solteiras<sup>58</sup> e vivem com a família (onde frequentemente quem é responsável pelos afazeres domésticos ainda é sua mãe), usar isso como argumento para igualar o tempo de contribuição para se aposentar também soa como uma punição à opção das mulheres por exercer atividades fora do lar.

É como se disséssemos que se não tivesse diminuído sua dedicação aos afazeres domésticos (por não ter ido para o mercado de trabalho) não seria necessária a equiparação para se aposentar.

O mesmo se diga com relação ao argumento de que sua cobertura previdenciária aumentou, o que também é resultado da inserção no mercado de trabalho.

É certo que, de fato se verifica que não há diferença de gênero ou há diferença menor que do Brasil na maioria dos países referidos no gráfico da exposição de motivos.

A propósito, dos referidos países com aposentadoria igual para ambos os sexos, também a licença-paternidade, na quase totalidade dos casos, é mais duradoura que no Brasil:

---

<sup>58</sup> Usar o limite dos 15 a 29 anos não é adequado para se avaliar a atividade doméstica, considerando que os casamentos hoje se realizam mais tarde. "No Brasil, a idade média para o casamento passou de 23 anos para as noivas e 27 anos para os noivos, na década de 1970, para 30 anos para elas e 33 anos para eles, em 2014, segundo as Estatísticas de Registro Civil do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)." (Deutsche Welle, 2017).

País	Mesma idade	Licença Paternidade
BRASIL		Até 20 dias
Coreia	60 para ambos	52 semanas
Japão	65 para ambos	52 semanas
Canadá	65 para ambos	Até 35 semanas*
França	65 para ambos	28 semanas
Holanda	65 para ambos	26,4 semanas
Portugal	65 para ambos	21,3 semanas
Noruega	67 para ambos	14 semanas
Estados Unidos	66 para ambos	12 semanas (84 dias)**
Suécia	65 para ambos	10 semanas
Finlândia	65 para ambos	9 semanas
Alemanha	65,1 para ambos	8,7 semanas
México	65 para ambos	Até 3 semanas e 4 dias (25 dias)***
Espanha	65 para ambos	2 semanas (15 dias)****
Dinamarca	65 para ambos	2 semanas

Fonte: MCCARTHY, 2015 e outras<sup>59</sup>

Importante dizer que houve certa dificuldade em se elaborar o quadro, por se tratar de questão em voga em todo o mundo demandando alterações legislativas recentes, nem sempre atualizadas de um site para outro. Com efeito, na Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher (Pequim, 1995), já se observou:

27. Desde 1975 o conhecimento sobre a condição da mulher e do homem tem aumentado, e isso contribui para a adoção de medidas voltadas para promover a igualdade entre ambos. Importantes mudanças nas relações entre mulheres e homens foram registradas em vários países, sobretudo naqueles onde ocorreram grandes avanços na educação da mulher e significativo aumento de sua participação na força de trabalho remunerada. As fronteiras da divisão do trabalho por gênero, entre as funções reprodutivas e produtivas, têm sido gradativamente eliminadas, na medida em que a mulher tem começado a participar das esferas de trabalho onde anteriormente predominavam os homens e, também, pelo fato de os homens terem começado a aceitar mais responsabilidades domésticas, inclusive o cuidado com os filhos. Entretanto, as mudanças registradas nas funções da mulher têm sido maiores e muito mais rápidas que nas dos homens. Em vários países, as diferenças entre as realizações e as atividades da mulher e do homem, ao invés de serem reconhecidas como consequência de funções socialmente estabelecidas para cada sexo, continuam sendo atribuídas a diferenças biológicas imutáveis.

<sup>59</sup> \*Huffpostbrasil, 2014; \*\*ILO, 2014; \*\*\*MARCIEL, 201\_; \*\*\*\*International Labour Office, 2014.

Com objetivo de promover a harmonização do trabalho e das responsabilidades familiares, para as mulheres e os homens, a Conferência de Pequim estabeleceu dentre as medidas que os governos devem adotar (item 179) a de (f) *"examinar uma série de políticas e programas, inclusive as leis sobre seguridade social e os regimes fiscais, de acordo com as prioridades e as políticas nacionais, com o fim de determinar a maneira de promover a igualdade de gênero e a flexibilidade no modo em que as pessoas dividem o seu tempo entre a educação e o treinamento, o emprego remunerado, as responsabilidades familiares, as atividades voluntárias e outras formas de trabalho socialmente útil, o descanso e o lazer, e no modo pelo qual obtêm benefícios dessas atividades."*

No Brasil, em 2016 foram aprovadas leis permitindo a prorrogação da licença paternidade por 15 dias a pedido do pai (ou adotante de crianças) tanto para servidores públicos (Decreto nº 8.737, de 3 de maio de 2016) como para celetistas (art. 1º, Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, com redação dada pela Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016), neste caso somente para quem trabalha para empresa classificada como Empresa Cidadã.

## CONCLUSÃO

Conquanto que a Lei 9.504/97 imponha a reserva do mínimo de trinta por cento para candidaturas de cada sexo (art. 10, § 3º), como hoje no Congresso Nacional a proporção de mulheres para homens não chega a quinze por cento (dos 513 deputados, 51 são mulheres, dos 81 senadores, 13 são mulheres), e embora no momento de caos político em que se conclui este trabalho não se saiba se será aprovada a proposta da PEC 287/2016, de fato não será a bancada feminina atual que definirá a questão.

Seja como for, ainda que os motivos apontados na PEC 287/2016 sejam sujeitos a crítica, de fato temos como justo e razoável que homens e mulheres se aposentem nas mesmas condições.

Com efeito, o tratamento diferenciado, que pode configurar uma discriminação negativa, não significa necessariamente assegurar a igualdade.

Note-se que embora Stang Dahl repute implícito que a discriminação positiva em favor das mulheres lhes dá especiais vantagens em detrimento dos homens, não nos parece que permitir que a mulher se aposente mais cedo seja uma vantagem da mulher desfavorável para o homem. Muito pelo contrário.

Ocorre que se justificando as condições diferenciadas para a mulher se aposentar, também se justifica que ela continue com a responsabilidade maior pelos afazeres domésticos e a educação dos filhos.

Há que se convir que enquanto se prevê que a mulher se aposente mais cedo em razão da dupla jornada, se autoriza que o homem não colabore ou colabore sempre menos com os afazeres domésticos. Portanto, a ideia de que isso é uma vantagem para a mulher é falaciosa.

No fundo, a falsa vantagem da aposentadoria mais precoce esconde a decisão masculina que lhe "autorizou" a trabalhar fora de casa, mas não tanto, já que os afazeres domésticos e o cuidados com os filhos continuam a ser tarefa dela.

Como ressalta Zélia Pierdoná no artigo "A proteção previdenciária da mulher", é preciso ter coerência já que não se pode defender a igualdade de remuneração se aceitamos, convenientemente, eu diria, a diferença no que tange ao tempo e à idade na aposentadoria<sup>60</sup>.

Se diferentemente da divisão da responsabilidade pela educação dos filhos que já é uma imposição legal no Brasil (Código Civil: Artigo 1634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação), cremos que o ideal da repartição, na medida do possível, das responsabilidades pelos afazeres domésticos não deve ocorrer somente por conta da previsão de se igualar o tempo de contribuição e idade para a mulher se aposentar.

Todavia, a ação afirmativa supostamente benéfica às mulheres de diferenciar condições da aposentadoria não redundará numa divisão justa das desprezadas atividades domésticas, atribuídas aos escravos, às mulheres e aos menos privilegiados.

Segundo uma avaliação do Direito das Mulheres, a discriminação contra as mulheres vai muito mais fundo do que as violações a uma lei idealista sobre discriminação sexual. As relações entre Direito e sociedade, Direito e vida, são frequentemente muito mais complicadas e cheias de contradições do que supõem os promotores da legislação sobre discriminação sexual. O estado da justiça é influenciado por um largo número de factores, especialmente económicos e sociais, que na realidade decidem o percurso e a situação das mulheres na sociedade. O Direito não tem um papel claro, nem como reflexo automático das normas na sociedade, nem como construção socialmente útil. O Direito tanto pode seguir os desenvolvimentos na sociedade e na opinião pública, como precedê-los. Melhorar a situação das mulheres com a ajuda do Direito implica necessariamente o desenvolvimento do Direito das Mulheres com uma fundamentação mais ampla e diferente daquela em que se baseia a legislação sobre discriminação sexual e seus possíveis reflexos em leis especiais.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> ANDREUCCI e BERTOLIN, 2010, p. 519.

<sup>61</sup> STANG DAHL, 1993, pp. 64/65.

De toda a sorte, ainda que seja justo que a mulher se aposente nas mesmas condições que o homem, mudar sua realidade doméstica é algo dependerá somente dela sendo certo que tudo em sua vida pode ser transformado por meio de suas ações. Assim como a mulher faz a escolha, e hoje tem poder para isso, de trabalhar fora do lar também é escolha sua submeter-se sozinha ou em maior grau à carga dos afazeres domésticos.

Na nossa cultura, a mulher tinha sido transformada num "segundo sexo". Só o homem aparecia como sujeito desta cultura. A mulher, ao contrário, fora transformada em objeto do homem. Dessa forma, lhe haviam tirado a responsabilidade por sua própria responsabilidade (...) Para Simone de Beauvoir, a mulher precisa reconquistar esta responsabilidade. Ela precisa se reencontrar consigo mesma e não pode simplesmente aliar sua identidade à de seu marido. Isto porque não é só o homem que reprime a mulher. A própria mulher se reprime quando não assume a responsabilidade por sua própria vida<sup>62</sup>

Em suma, se a igualdade de gênero pressupõe igualdade nas responsabilidades, não vemos como justificar a aposentadoria baseada num sistema contributivo da mulher em condições diferenciadas.

## REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. São Paulo: FTD, 1997.

ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan- BERTOLIN, Patricia Tuma Martins (organizadoras). **Mulher, Sociedade e Direitos Humanos**. São Paulo: Rideel, 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, volume 1. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

DE MASI, Domenico. **O Ócio Criativo**. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

DEUTSCHE WELLE. **Por que os jovens casam cada vez mais tarde**, 2016. Disponível em:<<http://www.dw.com/pt-br/por-que-os-jovens-casam-cada-vez-mais-trde/a-19102520> />. Acesso em: 22 de maio de 2017.

\_\_\_\_\_. "Licença paternidade" em alta na Alemanha, 17.08.2007. Disponível em:<<http://www.dw.com/pt-br/licen%C3%A7a-paternidade-em-alta-na-alemanha/a-2742315> />. Acesso em 24 de maio de 2017

DI CUNTO, Rafael et. al. **Governo cede em cinco pontos da reforma**, 17/04/2017. Disponível em:< <http://www.valor.com.br/politica/4930514/governo-cede-em-cinco-pontos-da-reforma>. Acesso em: 22 de maio de 2017.

---

<sup>62</sup> GAARDER, 1995, p. 490.

GAARDER, Jostein. **O mundo de Sofia. Romance da história da filosofia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

IKEDA, Daisaku. Proposta de Paz 2017: A solidariedade mundial dos jovens: o alvorecer de uma Nova Era de Esperança. **Revista Terceira Civilização**, São Paulo, edição 585, 13/05/2017.

INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. **Dicionário Houaiss: sinônimos e antônimos**. São Paulo: Publifolha, 2012.

INTERNACIONAL LABOUR OFFICE. **Maternity and paternity at work : law and practice across the world**. Genebra: ILO, 2014

\_\_\_\_\_. **Maternity and Paternity at work: Law and practice across the world. Where do fathers get more leave?** 2014. Disponível em:< [http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/multimedia/maps-and-charts/WCMS\\_241699/lang--en/index.htm](http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/multimedia/maps-and-charts/WCMS_241699/lang--en/index.htm) />. Acesso em 24 de maio de 2017.

MARCIEL, Marta. **A licença paternidade no mundo. A licença paternidade em diferentes países**, 201\_. Disponível em:< <https://br.guiainfantil.com/materias/gravidez/paternidade/a-licenca-paternidade-no-mundo/> >. Acesso em 24 de maio de 2017

MCCARTHY, Niall. **15 países com maior tempo de licença paternidade**, 26/08/2015. disponível em:< <http://www.forbes.com.br/listas/2015/08/15-paises-com-maior-tempo-de-licenca-paternidade/#foto1> />. Acesso em 24 de maio de 2017

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, Política Externa. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**, sem data. Disponível em:< <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/desenvolvimento-sustentavel-e-meio-ambiente/134-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-ods> />. Acesso em: 23 de maio de 2017.

MOURA, Eryl Catarina (coord.). **Perfil da Situação de Saúde do Homem no Brasil**, Ministério da Saúde, Brasília, 2012.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalho e família : rumo a novas formas de conciliação com corresponsabilidade social**. Brasília: OIT, 2009.

\_\_\_\_\_. **Igualdade de gênero e raça no trabalho: avanços e desafios**. Brasília: OIT, 2010

PEREIRA DE QUEIROZ, Carlota. **Discurso**, 1934. Disponível em:< <http://www2.camara.leg.br/comunicacao/camara-noticias/camara-destaca/historico/mulheres-no-parlamento/destaques/discurso-de-carlota-pereira-de-queiroz-primeira-deputada-federal> />. Acesso em: 22 de maio de 2017.

PORTAL BRASIL. Cidadania e justiça. **Trabalho doméstico permanece sendo uma atividade feminina, aponta estudo**, 2016. Disponível em:<<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2016/04/trabalho-domestico-permanece-sendo-uma-atividade-feminina-aponta-estudo> />. Acesso em: 22 de maio de 2017.

SANDEL, Michael J.. **Justiça - O que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro. Editora Civilização Brasileira, 2013.

SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. **Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade**. São Paulo: Centro de Estudo da Procuradoria Geral do Estado, 2000.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SEIKYOPOST. **Filha do rei dragão**, 2016. Disponível em:< <http://www.seikyopost.com.br/budismo/filha-do-rei-dragao> />. Acesso em: 22 de maio de 2017.

STANG DAHL, Tove. **O Direito das Mulheres. Uma Introdução à Teoria do Direito Feminista**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

UNFPA Brasil, **Histórico**. Disponível em:<<http://unfpa.org.br/novo/index.php/sobre-o-unfpa/historico> />. Acesso em: 22 de maio de 2017.

UNFPA. **Gender equality**, 201-. Disponível em:< <http://www.unfpa.org/gender-equality> />. Acesso em: 22 de maio de 2017.

VERDÉLIO, Andréia. **Mulheres trabalham 7,5 horas a mais que homens devido à dupla jornada**, 06/032017. Disponível em:< <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-03/mulheres-trabalham-75-horas-mais-que-homens-devido-dupla-jornada> />. Acesso em: 23 de maio de 2017.

YOUSAFZAI, Malala. **Eu sou Malala: a história da garota que defendeu o direito à educação e foi baleada pelo Talibã**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

---

# O FIM DA PLENA EDUCAÇÃO SUPERIOR: QUESTÕES TEÓRICAS A PARTIR DA COMPARAÇÃO DOS QUADROS DE POLÍTICAS PÚBLICAS DO BRASIL E BOLÍVIA<sup>1</sup>

---

Luiz Ismael Pereira<sup>2</sup>

*Reformas pedagógicas isoladas, indispensáveis, não trazem contribuições substanciais. Poderiam até, em certas ocasiões, reforçar a crise, porque abrandam as necessárias exigências a serem feitas aos que devem ser educados e porque revelam uma inocente despreocupação frente ao poder que a realidade extrapedagógica exerce sobre eles.*

Theodor Adorno, *Teoria da semicultura*.

## INTRODUÇÃO

Na formação social do capitalismo, há duas formas de dominação determinantes: uma primeira, objetiva, exercida pela tensão provocada pelas relações de produção; outra, subjetiva, pela indústria cultural. Theodor Adorno, reconhecendo essa situação, compreendeu o papel da educação para a formação plena do indivíduo. Em oposição à formação plena, propôs o conceito de *Halbbildung*, semiformação, ou semicultura. Seu estatuto teórico estabelece, como perspectiva política de transposição do quadro de minoridade da modernidade, a autorreflexão crítica, mas não por meio do acesso à *ratio* – a modernidade a conheceu, mas não atingiu os objetivos propostos – anseio do projeto kantiano: “o mito já é esclarecimento e o esclarecimento acaba por reverter à mitologia” (ADORNO; HORKHEIMER, 2006, p. 26).

O projeto, embora perdido, tentou encontrar lugar nos horizontes políticos do Estado Democrático e Social de Direito. No período chamado pós-Consenso de

---

<sup>1</sup> Este trabalho é uma versão levemente modificada do artigo homônimo publicado na *Revista da Faculdade de Direito*, da Universidade São Judas Tadeu. N. 3, 1º sem. 2015, pp. 144-157. Disponível em: <https://www.usjt.br/revistadireito/numero-3/9-luiz-ismael-pereira.pdf>. Acesso em 30 mai. 2017.

<sup>2</sup> Professor do Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano e Regional da Universidade Federal do Rio de Janeiro (IPPUR/UFRJ). Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo/SP.

Washington, iniciado com o fracasso do neoliberalismo, os Estados passaram a atuar de forma mais presente na realização dos direitos sociais como direitos fundamentais dos cidadãos. Isso é marcante nos casos da Bolívia, que em 2005 elege Evo Morales, proveniente da população indígena, e do Brasil, que em 2002 elege Lula, da classe operária. Os partidos no poder passam a atuar no empoderamento da classe pobre, o que redundou em repensar as políticas públicas de ingresso e permanência no ensino superior, meios de concretização de outros direitos fundamentais, como o desenvolvimento.

Neste trabalho, pretende-se compreender o papel teórico interligado com a ampliação dos direitos de cidadania para além da educação básica, tomando, em ambos os casos, medidas de capacitação técnica e acadêmica nas áreas de ciência, tecnologia e inovação.

Notadamente, o Programa Universidade para Todos – PROUNI do governo federal brasileiro foi tomado como meio de introduzir os pobres na Universidade Privada. Cabe compreender como os mecanismos de avaliação de tal política pública podem contribuir para avaliar as distorções da qualidade de ensino no país. Em comparação com o caso boliviano, pretendemos compreender como a cooperação internacional possibilitaria a consecução dos objetivos sociais encampados pelo governo popular. A comparação se justifica tendo em vista as parcerias recentes dos países no campo da educação superior.

Na primeira parte, embora já amplamente debatido, apresentamos os objetivos do ensino superior diante da importância na formação dos direitos sociais no século XX. Qualificar seu objeto é importante para compreender o papel do Estado na fiscalização do serviço prestado, tanto no setor público, quanto no privado.

Após isso, apresentamos as diferenças e semelhanças dos programas de ensino superior boliviano e brasileiro a partir de um aspecto comum a justificar tal corte metodológico: a virada social de preocupação com a efetivação de acesso à educação formal, tanto no combate ao analfabetismo, como no ingresso no ensino superior. Em ambos os casos, tem-se olhos no desenvolvimento da nação e do ideário de superação da miséria, característicos dos governos dos anos 2000.

Por fim, na terceira parte, apresentamos um balanço diante das teorias e experiências anteriormente lançadas, após a comparação das estruturas de ambos os países. Tomamos, assim, como hipótese a ser analisada, que as políticas públicas brasileiras de acesso ao ensino superior privado podem ter contribuído economicamente à iniciativa privada, mas podem ter apresentado um desserviço à construção de uma sociedade que se volta para o objetivo central da educação superior, em especial o PROUNI.

Para tanto, foram colhidos dados estatísticos fornecidos pelos órgãos oficiais dos Estados da Bolívia e do Brasil, a partir das prestações de contas anuais, tanto no gasto, quanto no número de ingressantes e titulados nas IES. A análise dos dados apresentados se deu a partir de um referencial teórico dialético-materialista, recolocando historicamente a função da Universidade nos anos pós-Consenso de Washington.

Retomar o tema da educação superior em tempos de crise do Estado neoliberal e da estrutura pós-fordista tem relevância imediata. Filosoficamente, é possível compreender os mecanismos de atuação da forma jurídica, bem como suas limitações diante das estruturas políticas maiores. Sociologicamente, por meio da potência de mudança a partir dos trabalhos por eles oferecidos. E, por fim, juridicamente, será possível compreender a extensão da obrigatoriedade do Estado com a concretização de direitos.

## **1 EDUCAÇÃO SUPERIOR: QUALIFICANDO O OBJETO**

Os marcos para a atuação do Estado na realização dos direitos sociais podem variar na literatura especializada, o que não gera maiores implicações teóricas. Não se deve menosprezar o papel do desenvolvimento da cidadania no século XX, pois este possui íntima relação com as alterações estruturais do Estado *pari passu* com a regulação econômico-social:

**Primeiro**, seja por considerar a cidadania como “um *status* concedido àqueles que são membros de uma comunidade”, por entender que “o dever do Estado é para com a sociedade como um todo” (MARSHALL, 2002, pp. 76 e 96-97).

**Segundo**, seja pela correlação com a *Alfhebung* hegeliana, sendo que “a ideia-mestra da nova cidadania consiste em fazer com que o povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção social”, protagonizando juntamente com o Estado a realização de tais direitos (COMPARATO, 1993); ou mesmo

**Terceiro**, por reconhecer neles “uma faceta própria pelo desenvolvimento”, com o objetivo de “estimular e organizar a atividade econômica, em escala nacional, de onde provêm os recursos para o provimento” (BUCCI, 2013, pp. 25-26).

Nesse sentido, merece destaque o novo constitucionalismo e a força normativa dos objetivos sociais a que o Estado se impõe, a ampliação do conceito de cidadania.<sup>3</sup> Em especial, no campo proposto, a qualificação do objeto do ensino

---

<sup>3</sup> Vale lembrar que a Constituição de 1988 se insere no fenômeno da chamada Constituição Dirigente: “A Constituição de 1988 é uma constituição dirigente. O seu artigo 3º incorpora um programa de transformações econômicas e sociais a partir de uma série de princípios de política social e econômica

superior como meio de redução das desigualdades sociais por meio do ingresso e permanência dos pobres em terras que possibilitariam a reforma do próprio pensamento acadêmico.

A educação superior foi filha de seu tempo. Com os programas econômicos neoliberais introduzidos a partir dos anos 1980, houve um crescimento vertiginoso de instituições privadas por todo o Brasil.<sup>4</sup>

O impacto imediato foi a maior concorrência, diminuição de custos, pressão sobre o setor público e necessidade de medidas governamentais para o aproveitamento e incentivo de tais conglomerados. Tal fenômeno não é exclusivo do Brasil. Em toda a América Latina, “o resultado [da abertura da concorrência no ensino superior] foi o surgimento de instituições privadas de ensino com esquemas de controles frouxos e distantemente e com ligada ofertas curriculares ligadas ao mercado e distanciadas das necessidades sociais” (WEISE; LAGUNA, 2008, p. 426).

Diante disso, é necessário compreender a educação superior a partir de dois pontos de vista: o *primeiro*, como direito social que decorrer necessariamente da forma estatal intervencionista, que deve produzir políticas públicas para a efetivação de um bem comum; o segundo, contrapartida econômica para aquecimento da economia com o aproveitamento do débito histórico da região latino-americana, indubitavelmente censitário e racista.

## 2 ESTRUTURA DE COMPARAÇÃO: BOLÍVIA E BRASIL

A Universidade boliviana, desde a publicação do Decreto-Lei de 23 de fevereiro de 1931, incorporou o espírito da autonomia universitária na construção do ensino superior. Isso se deu devido à influência do acontecimento de Córdoba, a revolta estudantil de 1918 que influenciou todo o continente: “El ‘Manifiesto Liminar de la Juventud Argentina de Cordonba a los Hombres Libres de Sudamérica’, que circuló profundamente por todas la universidade americanas”, espírito esse incorporado desde cedo ao art. 159, da Constituição de 1938, sob o epíteto da Universidade Única (ORMACHEA, 2006, p. 50).<sup>5</sup>

---

que devem ser realizados pelo Estado brasileiro (BERCOVICI, 2011, p. 208; para sua aplicação na atuação do Estado, ver também: SANTANA, 2016, p. 2016, p. 37).

<sup>4</sup> Merece destaque o julgamento realizado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, em 2013, impondo restrições à fusão dos grupos educacionais Kroton e Anhanguera, no Brasil.

<sup>5</sup> Constituição Boliviana de 1938: “*Artículo 159° - Las Universidades públicas son autónomas e iguales en jerarquía. La autonomía consiste en la libre administración de sus recursos, el nombramiento de sus Rectores, personal docente y administrativo, la fijación de sus estatutos y planes de estudio, la aprobación de sus presupuestos anuales, la aceptación de legados y donaciones, la celebración de contratos y obligaciones para realizar sus fines y sostener y perfeccionar sus institutos y facultades. Podrán negociar empréstitos con garantía de sus bienes y recursos, previa aprobación legislativa.*”

Logo com essa autonomia não seria respeitada. Com a época das ditaduras militares que caiu sob a América Latina, na Bolívia também sentiu-se a forte mão que impedia a livre administração da Universidade boliviana, o que só seria retomado em 1982. Após a aprovação da atual Constituição Boliviana de 2009, o ensino superior retoma uma importante função: desenvolver “*procesos de formación profesional, de generación y divulgación de conocimientos orientados al desarrollo integral de la sociedad*”, conforme seu art. 91, I. Embora haja uma evidente participação da iniciativa privada também na formação da estrutura do ensino superior, fica evidente o protagonismo do Estado par a manutenção de um programa de desenvolvimento nacional com vistas à estrutura universitária.

É de destaque que Álvaro Garcia Linera, cientista político e atual vice-Presidente boliviano, destacou em 2005 que o grande analfabetismo existente na Bolívia, o que impedia qualquer acesso ao ensino superior, se concentrou historicamente na população indígena. A explicação disso está na estrutura de dominação espanhola: a língua oficial castelhana não era dada a conhecer ao indígena que tinha o quéchua e o aimará, o que impacta em uma diversidade cultural e simbólica. Continuando, Linera faz o seguinte diagnóstico da Universidade boliviana de então:

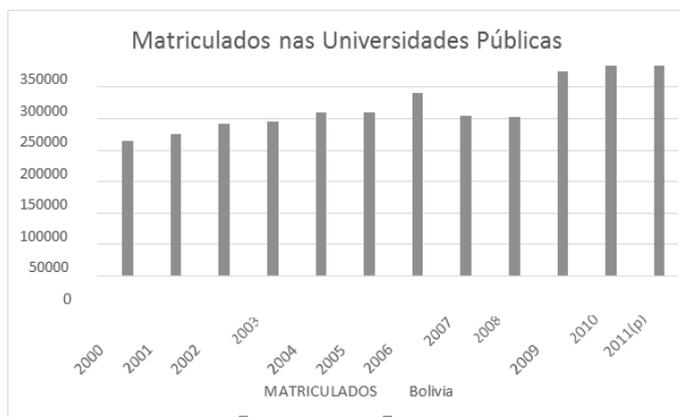
Entretanto, e apesar disso, o Estado é monoétnico e monocultural; nele predomina a identidade cultural boliviana de fala castelhana. Isso pressupõe que a população obtém prerrogativas e possibilidades de ascensão nas diferentes estruturas de poder – tanto econômico, político, judicial e militar como cultural – apenas por meio do idioma espanhol (LINERA, 2010, p. 303).

A via única do exercício da cidadania no idioma adquirido, o castelhamo, impactou na exclusão histórica de cerca de 60% a 65% da população indígena do ensino básico, quanto mais do ensino superior. Com a ascensão de Evo Morales ao poder, no ano de 2006, muitas estruturas sociais e políticas bolivianas foram abaladas. Ele representou, como ainda representa, a recolocação do indígena no centro das atenções do Estado.

Já no ano de 2008, o quadro da estrutura do ensino superior na Bolívia passou a se alterar. Com a inclusão das políticas públicas inspiradas nos planos cubanos e venezuelanos de ensino, foi possível a educação formal da população indígena do país. Com isso, no ano de 2014, a UNESCO chegou a declarar a Bolívia, em menos de 10 anos do governo de Evo, livre o analfabetismo.

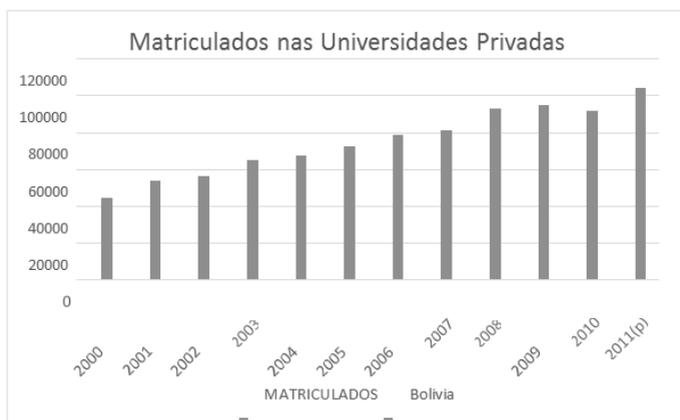
No ensino superior o impacto não foi menor. O acesso aumentou, permitindo que um maior número de bolivianos pudessem ascender culturalmente: conforme se observa nos Gráficos 1 e 2 abaixo, o ingresso do boliviano ultrapassa a

faixa dos 300 mil anualmente após o ano de 2009 no ensino público. Esse protagonismo fica evidente quando se percebe um pico no número total de ingressantes no ano de 2011 no ensino privado, com certo decréscimo de matriculados no ano de 2010.



**Gráfico 1:** Matriculados nas Universidades Públicas

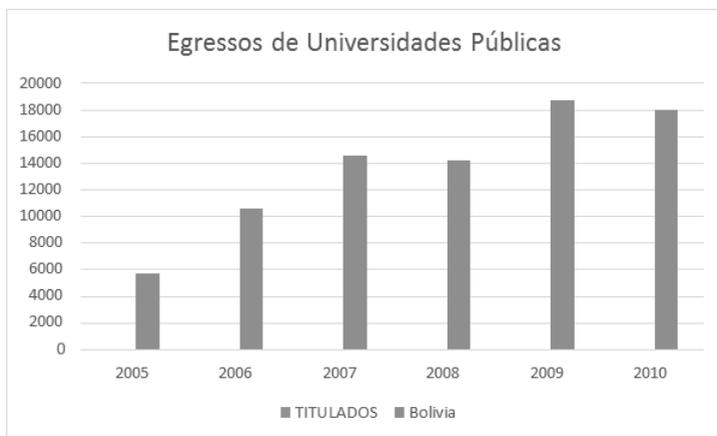
**Fonte:** Registro de Universidades do Sistema Boliviano - Instituto Nacional de Estadística (criação do gráfico a partir dos dados fornecidos pelo site do INE: [www.ine.gob.bo](http://www.ine.gob.bo)).



**Gráfico 2:** Matriculados nas Universidades Privadas

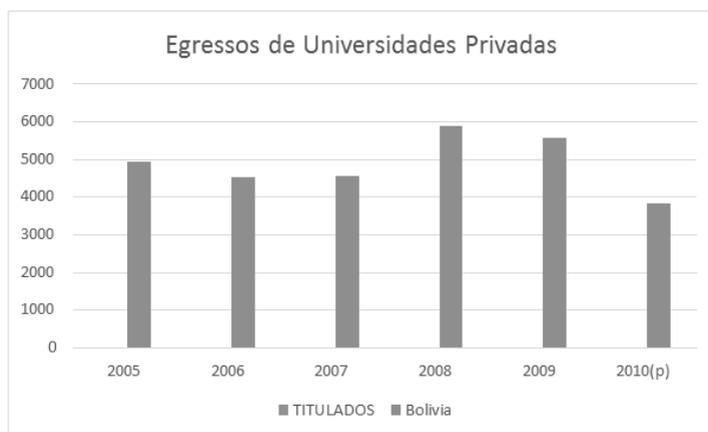
**Fonte:** Registro de Universidades do Sistema Boliviano - Instituto Nacional de Estadística (criação do gráfico a partir dos dados fornecidos pelo site do INE: [www.ine.gob.bo](http://www.ine.gob.bo)).

O impacto do protagonismo do ensino público na sociedade boliviana, sob o dirigismo de um Estado comprometido com a inclusão dos indígenas na educação formal, tem levado a uma maior procura e titulação nas Universidades Públicas e diminuição no mesmo sentido nas Universidades do ensino privado, conforme os gráficos abaixo:



**Gráfico 3:** Egressos de Universidades Públicas

**Fonte:** Registro de Universidades do Sistema Boliviano - Instituto Nacional de Estadística (criação do gráfico a partir dos dados fornecidos pelo site do INE: [www.ine.gov.bo](http://www.ine.gov.bo)).



**Gráfico 4:** Egressos de Universidades Privadas

**Fonte:** Registro de Universidades do Sistema Boliviano - Instituto Nacional de Estadística (criação do gráfico a partir dos dados fornecidos pelo site do INE: [www.ine.gov.bo](http://www.ine.gov.bo)).

No Brasil, a relação entre setores público e privado não passa despercebida. O PROUNI se trata de medida, inicialmente, de Governo, que é Institucionalizada pelo Presidente Lula e reforçada pela Presidenta Dilma (2003-2010 e 2011-2014), bem como pelo então Ministro da Educação, Fernando Haddad. Há uma destacada articulação institucional entre os seguintes órgãos: a) Ministério da Educação/MEC – Secretaria de Educação Superior; b) Ministério da Fazenda/MF – Secretaria da Receita Federal/SRF; c) Ministério da Previdência Social/MPAS; d) Conselho Nacional de Assistência Social/CNAS. Além disso, por óbvio, há a participação das IES – Privadas e amplo processo deliberativo popular com a formação de comissões internas na maioria das IES com vistas à colocação dos egressos do ensino secundário gratuito na iniciativa privada.

A base jurídica formal possui, basicamente a seguinte estrutura: a) MP nº 213/2004, convertida na lei federal ordinária nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005; b) Decreto nº 5.493, de 18 de julho de 2005; c) IN SRF nº 456, de 05 de outubro de 2004; Portaria MEC nº 3.268, de 18 de outubro de 2004.

O PROUNI tem como finalidade o financiamento de bolsas de estudo integrais e parciais em cursos de graduação e sequenciais de formação específica, em instituições de ensino superior privadas. Conforme previsto na legislação, são candidatos ao PROUNI, após seleção por meio do Exame Nacional do Ensino Médio (reformulado pelo Ministério da Educação):

a) bolsa de estudo integral: será concedida a brasileiros não portadores de diploma de curso superior, cuja renda familiar mensal per capita não exceda o valor de até 1 (um) salário-mínimo e 1/2 (meio);

b) bolsas de estudos parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento), cujos critérios de distribuição serão definidos em regulamento pelo Ministério da Educação: serão concedidas a brasileiros não-portadores de diploma de curso superior, cuja renda familiar mensal per capita não exceda o valor de até 3 (três) salários-mínimos, mediante critérios definidos pelo Ministério da Educação.

O financiamento das bolsas se dá por meio de uma articulação Ministerial, pois envolve a renúncia de receitas que deveriam ser recolhidas a títulos de tributos aos cofres públicos federais. É digno de nota que, conforme a Tabela 1 e Gráfico 5 abaixo, o destaque de tributos federais para o PROUNI tem aumentado para além da casa dos 500 milhões de reais nos últimos anos, sendo que a diminuição no último ano analisado se deu por uma política de fiscalização mais acirrada que levou ao descredenciamento de alunos fantasmas nas IES:

2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
106.737.984,00	265.740.831,00	126.050.707,00	434.173.655,00	530.599.079,00	578.115.899,00	564.545.664,00	758.423.247,00	823.878.666,00	601.118.818,00

Tabela 1: Valor alocado previsto (em milhões de reais).

Fontes: (1) Receita Federal do Brasil: [www.receita.fazenda.org.br](http://www.receita.fazenda.org.br).

Demonstrativo dos Gastos Governamentais Indiretos de Natureza Tributária (Gastos Tributários).

(2) Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA: [www.ipea.gov.br](http://www.ipea.gov.br). Boletim de Políticas Sociais nº 16, 2008.

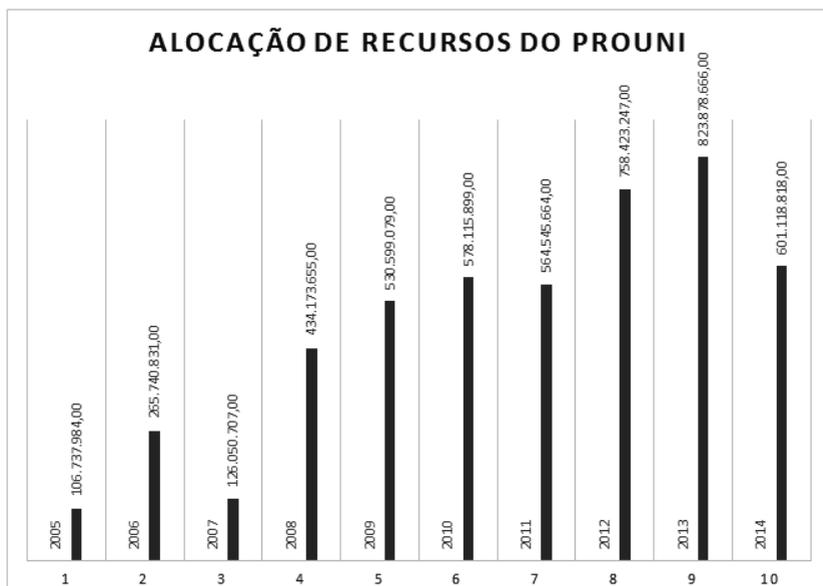


Gráfico 5: Alocação de recursos do PRONUI.

Fontes: as mesmas da Tabela 1.

Muito já se escreveu sobre o direito à educação superior e o PRONUI. Talvez, o ponto que mais seja importante, mas que foge à estreita metodologia a que nos propomos no presente artigo, seria o modo de repensar a regulação econômica dos meios de comunicação como forma de educação política. Mais do que isso, a fiscalização econômica e de qualidade das IES, tanto privadas quanto públicas, a partir dos resultados práticos para os objetivos de encontro do povo brasileiro com os objetivos de superação da miséria. Por fim, como a participação popular nos órgãos de decisão e avaliação das políticas públicas implementadas pelo Estado são de

importâncias imediata e urgente para que a educação superior possa caminhar para um salto de qualidade.<sup>6</sup>

Cabe-nos, porém, como forma de contribuir com o debate, sem retornar a pontos vencidos, bem como progredir, não sem apontamentos de críticas, efetivar um balanço entre as relações até então expostas, efetivar um balanço prático após a exposição dos dados acima expostos e de grande importância para o debate.

### 3 BALANÇO PRÁTICO E TEÓRICO DA ATUAÇÃO DOS CASOS BOLIVIANO E BRASILEIRO

Como destaque para a importância do ensino superior para a superação da pobreza e reencontro do povo latino-americano com sua histórica, nos últimos anos, os países integrantes do Mercosul tendem a colaborar pelo desenvolvimento do ensino superior entre seus membros. Trata-se do Programa de Mobilidade Acadêmica Regional – MARCA, com destaque de verbas, tendo como objetivo central a “a melhoria da qualidade acadêmica, por meio de sistemas de avaliação e acreditação, e a mobilidade de estudantes, docentes e pesquisadores entre instituições e países”, conforme o *site* de informações do Ministério da Educação.

Justificado exhaustivamente o corte metodológico, cabe comentar que diante do quadro teórico delimitado na Introdução e na primeira parte do presente artigo,

---

<sup>6</sup> Os pontos enumerados, longe de serem taxativos, representam hipóteses de pesquisa que poderão lançar luz para a recolocação do debate da educação não apenas como direito, mas como meio de construção política. Tais ideias podem ganhar a antipatia de um público que tende, nos tempos pós-Jornadas de Junho (2013), a diminuir o papel da política a mero partidarismo. Pelos que pesquisam a relação dos direitos fundamentais com as políticas públicas de concretização, como no caso do Grupo de Pesquisa liderado por Clarice Seixas Duarte e Maria Paula Dallari Bucci (Mackenzie e USP em convênio com a ASAP – *Academics Stand Against Poverty*: <http://academicsstand.org/chapters/brazil/>), destacam-se os seguintes trabalhos: BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. Cidadania e Democracia. Lua Nova, v. 33, p. 5, 1994; BERCOVICI, Gilberto. Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo de Ausentes. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs.). Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; \_\_\_\_\_. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006; BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas. São Paulo: Sarava, 2013; \_\_\_\_\_. O conceito de políticas públicas em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, pp. 1-49; HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e Direitos Sociais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 102, p. 371-395, 2007; LOPES, Ana Maria D’Ávila. A Cidadania na Constituição Federal Brasileira de 1988. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gerson Marques de; BEDÉ, Fayga Silveira. Constituição e democracia: estudos em homenagem ao prof. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo, SP: Malheiros, 2006; SANTI ROMANO. O Ordenamento Jurídico. Trad. Arno Dallari Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, pp. 59-134.

bem como diante dos dados comparativos utilizados na segunda parte, o balanço entre as políticas de ensino superior entre os países tende a ser desigual. Enquanto a Bolívia tem privilegiado a maior regulação dos instrumentos de ensino superior, tendo em vista os objetivos da República, isto é, a inclusão do povo historicamente excluído, o Brasil o faz com certa medida de timidez.

Não se desconsidera que o PROUNI tenha uma característica popular importantíssima, em especial o importante sistema de cotas de corte racial, que, ao lado do sistema implementado nas Universidades Públicas Federais, tende a permitir o acesso à população mais carente do país: os negros e indígenas, geralmente o retrato do pobre.

Também não se esquece que, num país historicamente construído sobre o patriarcalismo e clientelismo dos primeiros anos da República, ditaduras militares mergulhadas na corrupção dos agentes políticos, bem como sob o Estado de Exceção Econômica, para usar expressão de Gilberto Bercovici, os pobres que adentram as IES Privadas devem ser parabenizados. Isso não está em questão. O que deve ser objeto de preocupação é a qualidade do ensino ofertado nos cursos de educação superior.

No exemplo boliviano, sendo o ensino superior gratuito o mais procurado e com maior número de egressos, as políticas públicas devem se concentrar na valorização de tal parcela. No caso brasileiro, pelo contrário, sob os grandes conglomerados educacionais, tem-se realizado o próprio financiamento público do ensino superior privado sem a garantia de qualidade.

Além disso, e o objetivo central da própria Constituição Federal Brasileira em destacar o papel do ensino superior é o ingresso e a permanência do discente, não é congruente que o PROUNI mantém a política de acesso nas IES Privadas sem uma efetiva política de permanência que envolva transporte, alimentação e moradia. A permanência na Universidade deve se focar em programas que dialoguem com as dificuldades enfrentadas pelos estudantes nas mais diversas áreas. De tal sorte que falta uma política de avaliação para identificar tais dificuldades por área e região do país.

O ciclo das políticas públicas envolve, necessariamente, uma avaliação do atingimento dos objetivos propostos, bem como das reais necessidades de mudança, mas não se observa uma efetiva análise do público atingido, dos cursos mais procurados e regiões de maior necessidade, das políticas sérias de permanência dos bolsistas, bem como das áreas estratégicas para a superação da pobreza.

## CONCLUSÃO

Inicialmente, cabe aqui mais uma vez a pergunta: existe um modelo? O questionamento sempre foi válido no campo do desenvolvimentismo, sendo negativa a resposta. “O desenvolvimento não tem modelo. Alemanha, Estados Unidos da América (do Norte), França etc. não passaram por estágios de subdesenvolvimento. Não há como seguir passos para encontrar os meios de autonomia” (PEREIRA, 2013, p. 584).

Se no campo do desenvolvimento econômico não é possível falar que há um caminho de tijolos amarelos para o encontro da autonomia, tampouco será diferente para o desenvolvimento social, em especial a educação superior que tem como objetivo o estímulo da autorreflexão crítica e superação da semicultura, como destaque na epígrafe deste trabalho.

O tema ganha ainda maior relevância com o recrudescimento da atuação do Estado brasileiro nos últimos anos. Esse retrocesso se dá num ambiente de enxugamento dos gastos públicos e na confiança da atuação do setor privado em campos destinados à atuação pública, como no caso da educação. Trata-se de uma questão que envolve muito mais do que princípios a seguir, mas é uma questão de decisão política a tomar. Por isso, a gestão pública voltada para o desenvolvimento econômico e social da sociedade brasileira deve se focar com força nos objetivos da Constituição Dirigente.

É importante lembrar que as críticas construídas por Adorno ao modelo Universitário que contribui para bloquear o desenvolvimento pleno servem para compreender o ensino superior latino-americano ao menos em parte. Inserida no campo teórico que traça um diagnóstico de época inaugurado pela *Dialética do Esclarecimento*, onde a dominação objetiva (relações de produção) e subjetiva (Indústria Cultural) contribuem com o fim do projeto iluminista de autonomia, sua *Teoria da Semicultura* auxilia a avaliar o fim da plena educação superior.

Ao utilizarmos o termo “fim”, optamos pelo duplo sentido que o constitui: primeiro como finalidade, depois como ponto final.

No primeiro caso, o ensino superior deve caminhar com os objetivos do encontro de uma nação consigo, em especial diante da histórica colonização exploratória, escravagista e de dominação do imaginário latino-americano. Como já dissemos em outra oportunidade, tal invasão do Continente “criará os valores já existentes na Europa, no entanto, com a implicação de totalização colonialista dos valores eurocentristas, genocídio, exploração” de ameríndios, africanos e das mulheres a partir das relações sociais patriarcais (PEREIRA, 2013, pp. 562-563). A consciência de tal situação abre as portas para a redescoberta de mecanismos de

superação de relações sociais institucionalizadas segundo a vontade de uma pequena parcela privilegiada historicamente.

*No segundo caso*, há a contradição de diminuição de exigências para a educação superior que prejudicam o próprio sentido de censo crítico capaz de desenvolver o interesse da população. Se a iniciativa privada toma a população segundo a vontade do mercado, e mais uma vez as classes pobres adentram a um ensino superior não fiscalizado quanto ao conteúdo, se representam o aumento da mão de obra qualificada e barata, se não há medidas de avaliação para cobrar a retomada do eixo, haverá uma crescente decadência das políticas públicas.

Existindo semelhanças de objetivos e diferenças na forma de implementação e financiamento da educação superior, justifica-se que Bolívia e Brasil possuem formações históricas semelhantes, mas não idênticas. O Brasil, compromissado com seu protagonismo regional, tem se lançado em políticas de imediata ação, ainda que arriscando uma formação não plena do corpo discente nacional.

Embora o quadro não seja apocalíptico, pois há diversas IES Privadas sérias que correspondem aos anseios do Programa, a fiscalização mais efetiva, não formal, só tenderia a melhor efetivar os objetivos políticos e sociais do PROUNI pelo país. Dessa forma, com os ajustes de autoavaliação, sevirá como inspiração para a criação de modelos semelhantes nos países da região, respeitada a devida preocupação também com o ensino público de qualidade, caso realmente se pretenda superar a desigualdade estrutural da formação econômica.

## REFERÊNCIAS

BENEVIDES, Maria Vitória de M. Cidadania e Democracia. *Lua Nova*, v. 33, p. 5, 1994. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451994000200002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000200002&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 30.04.2015.

BERCOVICI, Gilberto. **Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

\_\_\_\_\_. Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo de Ausentes. *In*: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. & BINENBOJM, G. (orgs.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. O conceito de políticas públicas em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, pp. 1-49.

COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 28-29, abr. 1993. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451993000100005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451993000100005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 30.04.2015.

DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins (orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo, Atlas, 2013, pp. 16-43.

HERRERA, C. M. Estado, Constituição e Direitos Sociais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 102, p. 371-395, 2007. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67760/70368>>. Acesso em: 30.04.2015.

LINERA, Álvaro Garcia. **A Potência Plebeia: ação coletiva e identidades indígenas, operárias e populares na Bolívia**. São Paulo: Boitempo, 2010.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A Cidadania na Constituição Federal Brasileira de 1988. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, F. G. M.; BEDÉ, F. S. **Constituição e democracia: estudos em homenagem ao prof. J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo, SP: Malheiros, 2006.

MARSHALL, Thomas. H. **Cidadania e classe social**. Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.

ORMACHEA, Maruja Serrudo. Historia de la Universidad Boliviana. **Revista de la Educación Latinoamericana**. Colombia: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, 2006, n. 8, pp. 49-64.

PEREIRA, Luiz Ismael. Teoria Latino-americana do Estado: a insuficiência do modelo democrático e críticas. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Itajaí: UNIVALI, 2013, v. 8, n. 1, pp. 559-589.

SANTANA, Beatriz Prates. **Políticas públicas de acesso à saúde no cárcere: uma análise do plano nacional de saúde no sistema penitenciário**. Trabalho de Conclusão de Curso. (Graduação em Direito – Orientador: Gianpaolo Poggio Smanio; Coorientador: Luiz Ismael Pereira). São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2016. Disponível em: <http://dspace.mackenzie.br/handle/10899/17972>. Acesso em: 30 mai. 2017.

SANTI ROMANO. **O Ordenamento Jurídico**. Trad. Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, pp. 59-134.

WEISE, Crista; LAGUNA, José Luís. La Educación superior en la región andina: Bolivia, Perú y Ecuador. **Avaliação: Revista da Avaliação da Educação Superior** (Campinas). Sorocaba, v. 13, n. 2, Junho 2008, pp. 425-450.

## ANEXO

### QUADRO DE REFERÊNCIA DA POLÍTICA PÚBLICA “PROUNI”

O quadro de referência visa sintetizar a visão sobre o objeto da política pública e identificar seus aspectos jurídicos mais relevantes, baseado no modelo de Maria Paula Dallari Bucci (ver: Quadro de referência de uma política pública:

primeiras linhas de uma visão político institucional. *In*: SMANIO, Gianpaolo Poggio *et alii*. **O direito na fronteira das políticas públicas**. São Paulo: Páginas & Letras, 2015, pp. 7-11).

- 1) Programa: Programa Universidade para Todos – PROUNI
- 2) Direito em questão: educação superior, CF/88 art. 6º e 206
- 3) Gestão governamental que criou ou implementou o programa: Presidente Lula – PT (2002-2009); Ministro da Educação Fernando Haddad – PT (2004).
- 4) Base jurídica formal (lei, decretos, portarias):
  - a) MP nº 213/2004, convertida na lei federal ordinária nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005;
  - b) Decreto nº 5.493, de 18 de julho de 2005;
  - c) IN SRF nº 456, de 05 de outubro de 2004;
  - d) Portaria MEC nº 3.268, de 18 de outubro de 2004.
- 5) Agentes governamentais (com base nas competências informadas na lei e na base jurídica):
  - a) Ministério da Educação/MEC – Secretaria de Educação Superior;
  - b) Ministério da Fazenda/MF – Secretaria da Receita Federal/SRF;
  - c) Ministério da Previdência Social/MPAS;
  - d) Conselho Nacional de Assistência Social/CNAS;
- 6) Agentes não governamentais: Instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos;
- 7) Inserção na legislação orçamentária anual, valor alocado: renúncia de tributos

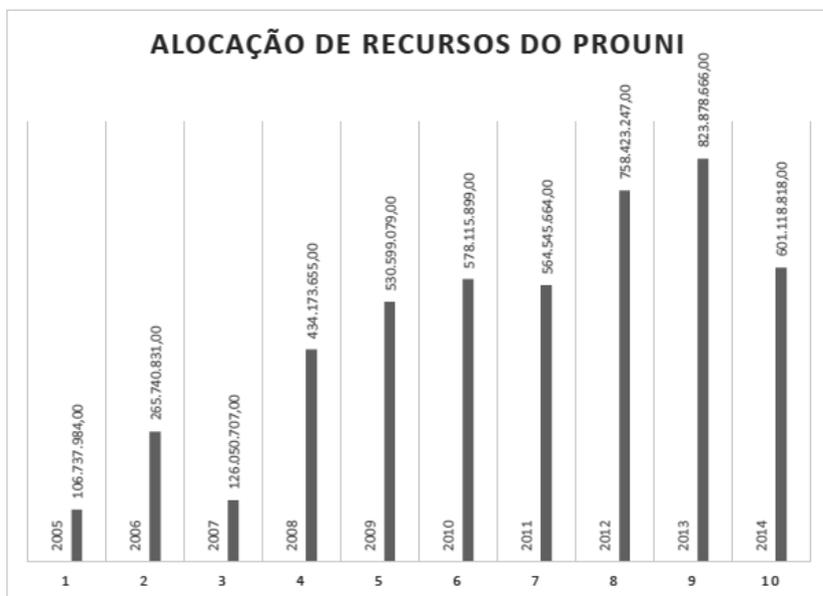
2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
106.737. 984,00	265.740. 831,00	126.050. 707,00	434.173. 655,00	530.599. 079,00	578.115. 899,00	564.545. 664,00	758.423. 247,00	823.878. 666,00	601.118. 818,00

Tabela 1: Valor alocado previsto (em milhões de reais).

Fontes: (1) Receita Federal do Brasil: [www.receita.fazenda.org.br](http://www.receita.fazenda.org.br).

Demonstrativo dos Gastos Governamentais Indiretos de Natureza Tributária (Gastos Tributários) – vários anos.

(2) Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA: [www.ipea.gov.br](http://www.ipea.gov.br). Boletim de Políticas Sociais 16, 2008.



**Tabela 1:** Valor alocado previsto (em milhões de reais).

8) Público-alvo, escala (preferencialmente, segundo os quadros anexos à lei orçamentária, em cotejo com as estatísticas oficiais do setor e com outras informações externas, que possam fornecer uma perspectiva crítica):

- a) bolsa de estudo integral: será concedida a brasileiros não portadores de diploma de curso superior, cuja renda familiar mensal *per capita* não exceda o valor de até 1 (um) salário-mínimo e 1/2 (meio);
- b) bolsas de estudo parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento), cujos critérios de distribuição serão definidos em regulamento pelo Ministério da Educação, serão concedidas a brasileiros não-portadores de diploma de curso superior, cuja renda familiar mensal *per capita* não exceda o valor de até 3 (três) salários-mínimos, mediante critérios definidos pelo Ministério da Educação.

9) Estratégia de implantação, distinguindo as fontes oficiais das externas: renúncia fiscal de tributos federais (IRPJ, CSLL, PIS, COFINS).

10) Funcionamento do programa, segundo o desenho normativo: Instituições de Ensino Superior Privado, com ou sem fins lucrativos,

receberão os discentes cotistas de acordo com as regras constantes no art. 5º, da lei federal.

11) Funcionamento efetivo do programa: No concurso PROUNI de 2017, segundo dados do Ministério da Educação, os cursos mais disputados pelos candidatos ainda estão nos campos tradicionais: direito (268.864 inscrições, administração (268.041 inscrições) e pedagogia (180.020). A ampla concorrência somou 1.810.885 e por cotas 1.165.665. A nota de corte mais alta do país foi em Santa Maria (RS), para o curso de medicina (811,30), seguida de Colatina (ES), também para o curso de medicina (809,34), e Teresina, para o curso de engenharia civil (799,80) – ver [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=44851:prouni-recebe-quase-3-milhoes-de-inscricoes-para-214-mil-bolsas-em-13-5-mil-cursos-em-todo-o-pais&catid=212&Itemid=86](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=44851:prouni-recebe-quase-3-milhoes-de-inscricoes-para-214-mil-bolsas-em-13-5-mil-cursos-em-todo-o-pais&catid=212&Itemid=86).

12) Aspectos críticos do desenho jurídico-institucional e do funcionamento do programa:

- a) financiamento das IES's privadas sem a garantia de qualidade;
- b) falta de coordenação e identificação da relação entre prestação do ensino e a permanência dos ingressantes;
- c) falta de identificação de áreas prioritárias pelos dados de formação;
- d) permitiu a entrada nas IES's da população carente e que necessita de trabalhos específicos de permanência.

---

# A TOMADA DA DECISÃO APOIADA: UM NOVO INSTITUTO CRIADO PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

---

Ana Cleusa Delben <sup>1</sup>

Ivana Nobre Bertolazo <sup>2</sup>

Maria Aparecida Gagliardi <sup>3</sup>

## INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) e, após uma *vacatio legis* de 180 dias, entrou em vigor trazendo muitas alterações ao Código Civil, em especial relacionados à capacidade civil, e também a interdição.

Pensando nisto, o tema do presente artigo relaciona-se a compreensão do que seja a tomada de decisão apoiada, inovação trazida por este estatuto e que inseriu o art. 1.783-A no Código Civil. Para isso, dentro do tema, busca-se o problema de pesquisa específico da relação do novo instituto de Tomada de Decisão Apoiada como uma nova forma de proteger e ampliar os direitos humanos das pessoas com deficiência.

Metodologicamente utilizou-se como referencial teórico a vertente neoconstitucionalista, utilizando-se para isso a pesquisa bibliográfica, e, com isso, o

---

<sup>1</sup> Advogada. Professora e Orientadora de Estágio em Direito de Família da FACNOPAR. Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro de Ensino Superior de Maringá, (CESUMAR). Especialista em Gestão Pública Municipal pela Universidade Aberta do Brasil - Universidade Estadual do Centro-Oeste. Especialista em Direito Empresarial com ênfase em Direito Tributário pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Metodologias Inovadoras aplicadas educação pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Pós-graduanda em Direito Eleitoral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Norte do Paraná, (UNOPAR).

<sup>2</sup> Advogada. Professora de Direito de Família da FACNOPAR. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Metodologia da Ação Docente pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).

<sup>3</sup> Professora, Coordenadora do Curso de Direito e Diretora de Pós-Graduação e Pesquisa da FACNOPAR. Mestre em Teoria do Estado pela Fundação Ensino Eurípedes Soares da Rocha. Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade do Oeste Paulista. Advogada (OAB-PR)

método de interpretação foi utilizado para que fosse possível a compreensão do alcance da norma.

Assim, no primeiro capítulo será feita a conceituação de pessoa, personalidade e capacidade civil. No segundo capítulo analisar-se-á o antigo instituto da interdição, verificando-se como se dá a curatela total e a parcial. E no quarto capítulo, será feita a conceituação da Tomada de Decisão Apoiada e a sua relação com os Direitos Humanos.

## **1 PESSOA**

Antes de abordar o tema em si, faz-se mister algumas conceituações, e, inicialmente, trata-se de pessoa, que é a grande envolvida, a destinatária dos direitos, consagrados em nosso ordenamento.

Diferencia-se a pessoa jurídica, tida, como empresa, sociedade simples, da pessoa natural ou física, que é o homem ou mulher detentora de direitos e obrigações, como bem retratado abaixo.

Cleide Fermentão tomando emprestado conceito trazido por Pontes de Miranda ensina que: “Quem pode ter um direito é pessoa”.(PONTES DE MIRANDA apud FERMENTÃO, 2006, p. 253) Já Clóvis Beviláqua esclarece que “[...] pessoa é o ser a que se atribuem direitos e obrigações, e personalidade é a aptidão reconhecida pela ordem jurídica à alguém para exercer e contrair obrigações” (BEVILÁQUA apud FERMENTÃO, 2006, p. 253).

Pontes de Miranda citado por Clayton Reis diz que não só a pessoa natural, mas, também a pessoa jurídica, ou morais, ou fictícias, ou fingidas.” é sujeito de direito, sendo portanto, detentores de personalidade. (DEDA apud REIS, 2001, p. 6)

Como bem retrata o artigo primeiro do Código Civil, toda pessoa é capaz de direito e deveres, sendo assim, estabelece Silvio Venosa:

O Direito regula e ordena a sociedade. Não existe sociedade sem Direito, assim como não existe Direito sem sociedade. A sociedade é constituída de pessoas. Os animais e as coisas podem ser objeto de Direito, mas nunca serão sujeitos de Direito, atributo exclusivo da pessoa. Toda pessoa estará sempre participando das relações jurídicas, de direitos e deveres. (VENOSA, 2011, e-pub)

Diante disso, verifica-se que a pessoa é o objeto do direito positivado, posto que, as normas referem-se as relações jurídicas, seja entre pessoas físicas ou jurídicas.

## 1.1 PERSONALIDADE

Para tratar de pessoa e personalidade, tem-se que estudar a personalidade, sendo ela uma qualidade de retratação do ser capaz de direitos. Termo latino derivado de “*personalitate*” (MIRANDA, 1999, p. 216), estabelece ainda De Plácido e Silva estabelece que esta é um o conjunto de elementos que constrói um indivíduo que, em tudo, morfológica, fisiológica e psicologicamente se diferencia de qualquer outro” (SILVA, 1993. p. 360), sendo o sujeito individualizado dentro de uma relação jurídica, e, por isso, capaz de direitos. (MIRANDA, 1999, p. 216)

O doutrinador Orlando Gomes ao estudar o tema, esclarece que todo homem é sujeito, de direito e de obrigações:

[...] Sua personalidade é institucionalizada num complexo de regras declaratórias, nas condições de sua atividade jurídica e, nos limites a que se deve circunscrever. O conhecimento dessas normas interessa a todo o Direito Privado, porque se dirige à pessoa humana considerada na sua aptidão para agir juridicamente. (GOMES, 2002. p. 141).

Segundo Caio Mário, o “ser humano é o sujeito das relações jurídicas, e a personalidade a faculdade a ele reconhecida.” (PEREIRA, (02/2015), e-pub).

Sendo assim, personalidade, é o meio pelo qual o seu titular pode adquirir, exercer, modificar, substituir, extinguir ou defender interesses, ainda que de modo representado ou assistido.

Nos dizeres de Caio Mário: “A personalidade é um atributo do ser humano e o acompanha por toda a sua vida. Como a existência da pessoa natural termina com a morte, somente com esta cessa a sua personalidade.” (PEREIRA, (02/2015), e-pub) Assim:

A pessoa, enquanto sujeito de direito, prende-se, atrela-se, inexoravelmente, à ideia de personalidade. É que, sob o ponto de vista da ciência jurídica – afastadas as indagações de ordem filosófica, biológica, antropológica... –, o estudo das pessoas desperta o interesse jurídico pelo fato de ser titular de personalidade jurídica e, por igual, de direitos da personalidade. (FARIAS; ROSENVALD, (03/2015), e-pub).

Ela é vista sob vários enfoques, como jurídico, psicológico, antropológico e jurídico, sendo algo intrínseco da pessoa, como ela age frente a um negócio jurídico, numa situação, como é sua característica, se é brincalhão, recolhido, cabendo aos operadores do direito, a análise a aptidão de contrair deveres e fazer valer seus direitos.

## 1.2 CAPACIDADE CIVIL, SEGUNDO O ESTATUTO

Antes de tratar da capacidade civil, há que se ter em mente, que “a personalidade, aptidão para ser titular de direitos e deveres, é insita à pessoa, enquanto a capacidade é a medida da personalidade.” (MACHADO (org.); CHINELLATO (coord.), S. J. (01/2015), e-pub).

De acordo com Fábio Ulhoa Coelho a “capacidade, que é atributo diferente da personalidade. Todas as pessoas naturais têm personalidade, mas nem todas são capazes.” (COELHO, (6/2014), e-pub). E, continua esclarecendo que: “As pessoas físicas, por outras palavras, dividem-se em capazes e incapazes. As capazes podem praticar os atos e negócios jurídicos sem o auxílio ou a intervenção de outra pessoa. Já as incapazes não podem praticar atos e negócios jurídicos a não ser com o auxílio ou a intervenção de mais alguém.” (COELHO, (6/2014), e-pub). Há que se falar que:

A capacidade jurídica é dividida em capacidade de direito (também dita de aquisição ou de gozo), reconhecida indistintamente a todo e qualquer titular de personalidade, seja pessoa natural ou jurídica; e capacidade de fato (ou de exercício), que é a aptidão para praticar pessoalmente, por si mesmo, os atos da vida civil. (FARIAS; ROSENVALD, (03/2015), e-pub).

Já a incapacidade até a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência era assim, positivada:

~~Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:—  
I— os menores de dezesseis anos;—  
II— os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;—  
III— os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.—(BRASIL, 2002)~~

E, após a entrada em vigor da Lei 13.146/2015, teve revogado seus três incisos, prevalecendo a incapacidade absoluta apenas ao menor de 16 anos, *in verbis*:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

I - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

II - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

III - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) (BRASIL, 2002)

Já o rol dos relativamente incapazes que eram tratados no art. 4º do Código Civil, também foi modificado, passando os ébrios, os drogaditos, os deficientes mentais, e, os excepcionais a ter capacidade, posto que revogados os incisos que a eles se tratavam, veja-se:

~~Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:-~~

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

~~II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;-~~

~~III - os excepcionais, com desenvolvimento mental completo;-~~

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

IV - os pródigos.

~~Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.~~

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) (BRASIL, LEI nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002)

Fábio Ulhoa Coelho estabelece:

As regras de incapacidade destinam-se a proteger a pessoa do incapaz (Planiol-Ripert, 1952:327/328). Considera-se que alguns, por não terem ainda alcançado certa idade, não estão suficientemente amadurecidos para tomar decisões, por si mesmos, atinentes à disponibilização ou administração de bens ou interesses. Outros são tidos como portadores de uma deficiência ou vício que lhes inibem o discernimento necessário ao comércio jurídico. São, enfim, pessoas que merecem cuidados do direito

para que não acabem sofrendo prejuízos em suas relações econômicas e jurídicas. (COELHO, (6/2014), e-pub)

Já Nelson Rosenvald e Cristiano de Farias bem frisam:

[...], importa perceber que o incapaz reclama um tratamento diferenciado, na medida em que não possui o mesmo quadro de compreensão da vida e dos atos cotidianos das pessoas plenamente capacitadas. É a simples aplicação da conhecida regra de que a igualdade se consubstancia tratando desigualmente quem está em posição desigual. (FARIAS; ROSENVALD, (03/2015), e-pub)

Contudo, o novo código de processo civil, ao tratar sobre a prova testemunhal, estabelece como incapazes:

Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

§ 1º São incapazes:

I - o interdito por enfermidade ou deficiência mental;

II - o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;

III - o que tiver menos de 16 (dezesseis) anos;

IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam. (BRASIL. 2015)

Assim, faz-se necessária a análise da capacidade para verificar se houveram ou não mudanças na questão da interdição e, por conseguinte da curatela.

## 2 A INTERDIÇÃO

A interdição é o processo pelo qual uma pessoa passa a gerir os negócios e praticar atos da vida civil em nome de outrem maior, considerado após perícia médica ou de equipe multidisciplinar<sup>4</sup>, como incapaz, seja em virtude de causa transitória ou permanente, e, que não possam exprimir sua vontade; os ébrios

---

<sup>4</sup> Art. 753. Decorrido o prazo previsto no [art. 752](#), o juiz determinará a produção de prova pericial para avaliação da capacidade do interditando para praticar atos da vida civil.

§ 1º A perícia pode ser realizada por equipe composta por expertos com formação multidisciplinar.

§ 2º O laudo pericial indicará especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela.

habituais e os viciados em tóxicos ou os pródigos. Depreende-se do art. 753 do Novo Código de Processo Civil, que a perícia é imprescindível para declaração da incapacidade.

Para Viviane Girardi: “A interdição visa a tutelar os interesses do interditando suspendendo-lhe a capacidade de exercício, uma vez que o seu discernimento não está mais perfeito para a plena manifestação de vontade no mundo, notadamente no mundo jurídico”. (GIRARDI, 2015, p. 1155). E, completa “o regime da incapacidade, ligado ao instituto da interdição, está diretamente vinculado ao discernimento da pessoa para a realização da universalidade dos atos da vida.” (GIRARDI, 2015, p. 1155). Há que se ater ainda, que é:

[...] preciso sublinhar, ademais, que a decisão judicial de interdição atinge, frontalmente, alguns valores constitucionalmente preservados em favor da pessoa, como a liberdade e a intimidade. [...] É necessário atentar que a medida judicial atinge os direitos e as garantias fundamentais e, por via oblíqua, o exercício da cidadania pelo interditado. Daí a compreensão de que toda e qualquer interdição tem de estar fundada na proteção da dignidade do próprio interditando, e não de terceiros, sejam parentes ou não. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, e-pub)

Ou seja, percebe-se do trecho citado que a interdição não deve ser usada em qualquer situação, uma vez que a restrição a qual o interditando é submetida á a maior restrição civil prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2.1 A CURATELA

A declaração da interdição faz nascer a obrigação do curador frente a seu curatelado, sendo assim, “a curatela, em sua figura básica, visa a proteger a pessoa maior, padecente de alguma incapacidade ou de certa circunstância que impeça a sua livre e consciente manifestação de vontade, resguardando-se, com isso, também, o seu patrimônio.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012 (e-pub)).

Há ainda que se distinguir os sujeitos, bem como, a tutela de curatela, como fez, Flávio Tartuce:

São partes da curatela o curador e o curatelado. [...] A curatela igualmente não se confunde com a tutela, pois a última visa à proteção de interesses de menores, enquanto a primeira à proteção dos maiores. Entretanto, vale dizer que ocorrendo a interdição de menor, em razão de certas doenças, por exemplo, este passa a ser sujeito à curatela, o que é melhor para a tutela do vulnerável. (TARTUCE, (01/2015), e-pub)

Ainda, falando sobre o curatelado, Flávio Tartuce estabelece:

Estão sujeitos à curatela os maiores incapazes. Como visto, não existem mais absolutamente incapazes maiores, por força das alterações que foram feitas no art. 3.º do Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015). Sendo assim, a curatela somente incide para os maiores relativamente incapazes que, na nova redação do art. 4.º da codificação material, são os ébrios habituais (no sentido de alcoólatras), os viciados em tóxicos, as pessoas que por causa transitória ou definitiva não puderem exprimir vontade e os pródigos. Como antes exposto, não há mais a menção às pessoas com discernimento mental reduzido e aos excepcionais, tidos agora como plenamente capazes pelo sistema. (TARTUCE, (12/2015), e-pub).

Como houve alteração substancial da situação jurídica das pessoas ditas incapazes, tem-se que nos casos das pessoas que estão sob interdição na data da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a decisão mais correta a ser tomada é o levantamento da interdição para que elas passem a ser consideradas juridicamente totalmente capazes. (TARTUCE, (12/2015), e-pub).

## 2.2 A CURATELA PARCIAL

O art. 753, § 2º do novo *codex* estabelece a necessidade da equipe multidisciplinar, visto que, existem as incapacidades parciais, posto que, o interdito pode ter condições de praticar alguns atos da vida civil, porém nem todos. Por isso, esta equipe poderá auxiliar o magistrado, no tocante, ao limite da interdição e a extensão da curatela. Pode ainda, estabelecer se esta será definitiva ou temporária. (GIRARDI, 2015, p. 1155)

Ainda que parcial, há segundo estabelece o art. 9º do Código Civil, a necessidade de registro no cartório competente a respeito da interdição. (BRASIL, 2002).

A necessidade de publicidade da interdição é reforçada no art. 755§ 3º do Novo Código de Processo Civil, abaixo transcrito:

Art. 755. Na sentença que decretar a interdição, o juiz:

I - nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito;

II - considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências.

§ 1º A curatela deve ser atribuída a quem melhor possa atender aos interesses do curatelado.

§ 2o Havendo, ao tempo da interdição, pessoa incapaz sob a guarda e a responsabilidade do interdito, o juiz atribuirá a curatela a quem melhor puder atender aos interesses do interdito e do incapaz.

§ 3o A sentença de interdição será inscrita no registro de pessoas naturais e imediatamente publicada na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por 6 (seis) meses, na imprensa local, 1 (uma) vez, e no órgão oficial, por 3 (três) vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição, os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interdito poderá praticar autonomamente. (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.)

Assim: “Como resultado da sentença, os atos jurídicos do interditado e celebrados depois do decreto judicial ficam vedados e são nulos, independentemente do seu trânsito em julgado, porque a sentença de interdição produz efeitos desde logo, embora sujeita à apelação (CPC de 1973, art. 1.184, art. 755, § 3º, do CPC de 2015).” (MADALENO, (07/2015)).

Diante disso, percebe-se que a sentença que decreta a interdição tem natureza declaratória tendo efeito imediato, e, nela será nomeado o curador, bem como, verificada as habilidades e vontades do interdito. Prevalece aqui, o melhor interesse do incapaz.

### **3 A TOMADA DE DECISÃO APOIADA**

Neste tópico será abordado o instituto da tomada de decisão apoiada, fazendo-se necessário destacar as inovações a respeito de capacidade civil tratada na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como, as consequências da tomada de decisão apoiada frente ao ordenamento jurídico brasileiro.

#### **3.1 A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

Esta convenção ingressou na seara legislativa brasileira como uma emenda constitucional, de acordo com o art. 5º, § 3º da Constituição Federal, tratando sobre direitos humanos, em especial da pessoa com deficiência, sendo que, o decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 promulgou a referida convenção bem como o seu Protocolo Facultativo firmados em 30 de março de 2007, em Nova York, e, em seu art. 12 tratou da igualdade entre pessoas com deficiências e as sem, nestes termos:

### Artigo 12

Reconhecimento igual perante a lei

1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.

2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.

3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.

4. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens. (BRASIL. DECRETO Nº 6.949, DE 25 DE AGOSTO DE 2009)

Assim, percebe-se que ao criar a igualdade entre as pessoas com deficiência e sem, também inovou ao assegurar-lhes a capacidade. Em virtude de sua entrada em nosso ordenamento, fez-se mister regulamentá-la, com a criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A Convenção e o Estatuto da Pessoa com Deficiência preservam a autonomia desta pessoa, e, o último regulamenta o 12, 3 daquela, inclusive inovando e trazendo à nação a ideia tratada na legislação italiana (lei n. 06/2004), sob designação:

[...] amministrazione di sostegno, ou seja, a administração de apoio, que aponta para maior flexibilidade e elasticidade no sentido mais da proteção da pessoa do que de seu patrimônio (Berti, 2009). Já a lei civil francesa, de 2007, criou o instituto do “mandato de proteção futura” (Berti, 2009), que, à semelhança da diretiva antecipada de vontade (CFM, 2012), produz um intermédio para que a pessoa pronuncie o modo como deseja ser cuidada em ocasião na qual não se reconheça organizada o suficiente para se conduzir autonomamente. O mesmo ocorre na Grã-Bretanha, com o Enduring Powers of Attorney Act, de 1985. A lei austríaca de 1983 já apresenta os avanços equivalentes aos atuais brasileiros: com a figura do Sachwalter, proporciona a figura do apoiador. Em Quebec, Canadá, a lei datada de 1990 cria a função do curador público,

organizado e regulamentado, em detalhes, pelo Estado (Berti, 2009). (ALENCAR, jul. 2016, p. 226-247).

Já no Direito Civil do vizinho país Argentina: “o sistema de *apoyos al ejercicio de la capacidad* do direito argentino pressupõe e reafirma a capacidade civil da pessoa com deficiência e destaca sua autonomia para a tomada de decisões”. GABURRI, 2016, p. 118-135.

Assim, a nos dizeres de Joyceane Bezerra de Menezes “Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência que propõe uma guinada no plano do direito protetivo, afastando o modelo substitutivo de vontade por um modelo de apoio tendente a uma proteção emancipatória”. (MENEZES, Jul / Set 2016, p. 31-57).

### 3.2 A TOMADA DE DECISÃO APOIADA E OS DIREITOS HUMANOS

Importante esclarecer que, “a ordem jurídica reconhece ao indivíduo a capacidade para a aquisição dos direitos e para exercê-los por si mesmo, diretamente, ou por intermédio (pela representação), ou com a assistência de outrem.” (PEREIRA, (02/2015), e-pub)

Para Cristiano de Farias, a “Tomada de Decisão Apoiada” é: “processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade”. (FARIAS, 2015) Já Nelson Rosenvald estabelece que “o apoio é uma medida de natureza ortopédica, jamais amputativa de direitos.” (ROSENVALD, 2015, p. 11-19).

Tanto é que, no procedimento de tomada de decisão apoiada o juiz ao decidir deverá ser assistido por equipe multidisciplinar, ouvirá o representante do Ministério Público, além do requerente e dos possíveis apoiadores. Assim, poderá o magistrado constatar se há um grau de discernimento no autor, para que escolha seus apoiadores, e, ainda que, seja resguardada sua capacidade. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 3/2016.p.742).

Desta maneira será observada a determinação contida na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, e, sobretudo, garantidos os direitos humanos.

No Brasil, com o início do “processo de democratização do País, deflagrado em 1985, é que o Estado brasileiro passou a ratificar relevantes tratados internacionais de direitos humanos”. PIOVESAN, 2012, (e-pub)

E, um dos preceitos trazidos nesta convenção está estampado no princípio da dignidade humana consagrado constitucionalmente, no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988, sendo que o Estado deve “respeitar, proteger e promover as condições que viabilizem a vida com dignidade”. (EMERIQUE; GUERRA, Sidney, 2008. p. 34-48)

“É necessário compreender a capacidade como expressão da liberdade moral atribuído de todo ser humano. Por meio da capacidade de se comunicar e de dialogar o sujeito afirma a sua sociabilidade expressão da própria dignidade.” (MENEZES, Jul / Set 2016, p. 31-57).

Desta maneira, há “a promoção e proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais inerentes à pessoa com deficiência.” (TRINDADE, 2016. p. 68).

Nestes termos, que se conclui que, a tomada de decisão apoiada, reafirma a dignidade da pessoa humana, ao avaliar a garantia da capacidade, nos termos trazidos pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

## **CONCLUSÃO**

O tema aqui tratado, qual seja, a Tomada de Decisão Apoiada, é um instituto inovador na lei material civil dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro. Contudo já foi implantada em outros países como Argentina e Itália, onde os apoiadores são o amparo daquele que necessitam dele.

Assim, durante a elaboração deste trabalho, foi feita a conceituação de pessoa, personalidade e capacidade civil no primeiro capítulo. Na sequência, analisou-se o antigo instituto da interdição, verificando-se como se dá a curatela total e a parcial. Por fim, no quarto capítulo, foi feita a conceituação da Tomada de Decisão Apoiada e a sua relação com os Direitos Humanos.

Após isso, conclui-se sem sombra de dúvida da grande inovação que foi incluir, no ordenamento jurídico brasileiro, o instituto da Tomada de Decisão Apoiada. Este instituto, com certeza será de fundamental importância na promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência, justamente para amparar e não discriminar, e, assim, tornando plena a aplicação da dignidade da pessoa humana para este público. Cria uma nova categoria jurídica que deixa de lado a aplicação da interdição (que ainda mantém o seu lugar, mas deverá ser utilizada cada vez menos, e apenas quando a Tomada de Decisão Apoiada não puder ser utilizada) para incluir, na vida civil, as pessoas com deficiência, trazendo-as para um novo status jurídico. Essa novidade, a longo prazo, também terá valor pedagógico, pois ensinará ao público em geral que as pessoas com deficiência não se limitam pelas suas

deficiências, podendo ser pessoas plenas, completas, realizadas pessoal e profissionalmente, tendo possibilidade de muito contribuir para a sociedade na qual estão inseridas.

## REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Cícero Pereira et al. Da interdição civil à tomada de decisão apoiada in **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. Brazilian Journal of Empirical Legal Studies. v. 3, n. 2, jul 2016, p. 226-247.
- BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)> Acesso em: 10 maio 2017.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1045](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1045)> Acesso em: 22 abr. 2016.
- \_\_\_\_\_. **LEI nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)> Acesso em: 22 abr. 2016.
- COELHO, Ulhoa, F. (6/2014). **Curso de direito civil: parte geral**. 7. ed. [VitalSource Bookshelf Online]. v. 1 Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502214508/>>. Acesso em: 21 maio 2017.
- EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; GUERRA, Sidney. I. 4. A dignidade da pessoa humana e o direito ao mínimo vital. In: BITTAR, Eduardo C. B. **Direitos humanos no século XXI: cenários de tensão**. Rio de Janeiro: Forense Universitária; São Paulo: ANDHEP; Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008. p. 34-48.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. **Estatuto da Pessoa com Deficiência muda abordagem sobre capacidade civil**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5696/Estatuto+da+Pessoa+com+Defici%C3%Aancia+muda+abordagem+sobre+capacidade+civil>> Acesso em: 22 abr. 2016.
- \_\_\_\_\_, ROSENVALD, , N. (03/2015). **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias (V. 6)**, 7. ed. [VitalSource Bookshelf Online]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522495122/>>. Acesso em: 21 maio 2017.
- FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. **Revista Jurídica CESUMAR**, Maringá, v. 6, n. 1, p. 253, dezembro 2006.
- GABURRI, Fernando. Capacidade e Tomada de Decisão Apoiada: implicações do estatuto da pessoa com deficiência no direito civil. In: **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 7, n. 13, p. 118-135. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/viewFile/711/394>> Acesso em: 11 maio 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 6. ed. Saraiva, 3/2016. [Minha Biblioteca]. v. 6. p.742.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de família. As famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6 (e-pub).

GIRARDI, Viviane. Seção IX. Da Interdição. Arts. 747 a 758. In: TUCCI, José Rogério Cruz e et al. (coordenadores). **Código de Processo Civil Anotado**. ISBN 978-85-86893-00-1. p. 1155.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002. p. 141.

MACHADO, (org.), A. C., CHINELLATO, (coord.), S. J. (01/2015). Código Civil Interpretado: Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo, 8th edição. [VitalSource Bookshelf Online]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520446249/>>. Acesso em: 21 maio 2017.

MADALENO, Rolf. (07/2015). *Curso de Direito de Família, 6. ed.* [VitalSource Bookshelf Online]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6589-1/>>. Acesso em: 21 maio 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Tomada de Decisão Apoiada: Instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão** (lei n. 13.146/2015). Revista Brasileira de Direito Civil. ISSN 2358-6974. v. 9, p. 31-57, Jul / Set 2016.

MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues. **Tratado de direito privado: parte geral**. Campinas: Bookseller, 1999. t. I, p. 216.

PEREIRA, Silva, C. D. (02/2015). Instituições de Direito Civil - Vol. I - Introdução ao Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil, 28. ed. [VitalSource Bookshelf Online]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6235-7/>>. Acesso em: 21 maio 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (e-pub)

REIS, Clayton. A proteção da personalidade na perspectiva do novo código civil brasileiro. Revista Jurídica CESUMAR, Maringá, v. 1, n. 1, p. 6, dez. 2001.

ROSENVALD, Nelson. A Tomada de Decisão Apoiada – Primeiras Linhas Sobre um Novo Modelo Jurídico Promocional da Pessoa com Deficiência. In: **Revista IBDFAM Famílias e Sucessões**, v. 10 – jul/ago. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 11-19.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 360.

TARTUCE, Flávio. (01/2015). **Direito Civil. Direito de Família**. 10. ed. v. 5. [VitalSource Bookshelf Online]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6144-2/>>. Acesso em: 21 maio 2017.

TRINDADE, Ivan Gustavo Junio Santos. **Os reflexos do estatuto da pessoa com deficiência (lei n. 13.146/15) no sistema brasileiro de incapacidade civil**. Goiânia, 2016. p. 68. Disponível em: <<http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/bitstream/tede/2757/1/IVAN%20GUSTAVO%20JUNIO%20SANTOS%20TRINDADE.pdf>> Acesso em: 21 maio 2017.

VENOSA, Salvo, S. D. (03/2011). **Código civil interpretado**. 2. ed. [VitalSource Bookshelf Online]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522477043/>>. Acesso em: 21 maio 2017.

---

# DEFICIÊNCIAS INTELECTUAIS E SUAS IMPLICAÇÕES NO ACESSO À EDUCAÇÃO NO BRASIL

---

**Ricardo Pinha Alonso<sup>1</sup>**

**Ana Flávia de Andrade Nogueira Castilho<sup>2</sup>**

**Lara Bianca Stefano<sup>3</sup>**

## INTRODUÇÃO

O direito à educação é amplamente discutido e eleito como um dos direitos de maior prioridade no Brasil. A tentativa de erradicar a analfabetismo é uma luta constante diante de vários obstáculos encontrados para atingir tais objetivos. É sob essa perspectiva que tenta se uma efetivação na inclusão escolar, considerando a maioria das dificuldades enfrentadas pelas crianças, adolescentes e adultos para exercer o seu direito de acesso à educação.

O trabalho limitará seu estudo para tratar dos indivíduos que encontram outros tipos de barreiras para o acesso à educação, além da pobreza, localização da unidade escolar, necessidade de trabalho, etc. Analisará as dificuldades de alunos que são inseridos nas escolas públicas, mas não permanecem dentro das salas de aula por pertencer ao grupo de deficientes intelectuais.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito do Estado pela PUC-SP/Brasil. Mestre em Direito pela Universidade de Marília/SP. Professor da graduação e do Mestrado em Direito no Centro Universitário Eurípides de Marília/SP. Professor da graduação e pós-graduação das Faculdades Integradas de Ourinhos/SP. Procurador do Estado de São Paulo.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito na área de concentração "Teoria do Direito e do Estado" no UNIVEM/Marília –SP. Cursando Especialização em Direito Tributário na Faculdade Legale de São Paulo. Integrante dos grupos de pesquisas INPP (Intervenção do Estado na Vida da Pessoa), CODIP (Constitucionalização do Direito Processual) no UNIVEM e GEO (Estudos das Organizações Internacionais) na UNESP/Marília. Pesquisadora da temática "Tributação Sustentável" e, secundariamente, do "Direito e Psicologia". Bolsista CAPES/PROSUD. E-mail: afancmch@gmail.com.

<sup>3</sup> Graduanda do 5º ano de Direito no UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília/ Brasil. Participante da Iniciação Científica no UNIVEM. Integrante do grupo de pesquisa NODICO (Novos direitos, controle social e aspectos criminológicos). Pesquisadora da área do Direito Penal e Psicopatía. Orientanda do Prof. Dr. José Eduardo Lourenço dos Santos/UNIVEM. E-mail: lara.stefano@outlook.com.

Ainda que deficientes mentais leves ou transtornos psíquicos superáveis, que poderiam ser trabalhados em conjunto com os educadores, comunidade escolar e familiar, o problema aumenta com fatores como discriminação dos demais alunos, salas de aulas numerosas, incompreensão, miséria, falta de tratamentos psiquiátricos ou psicológicos, rejeição das escolas de ensino básico comum.

Abordará, primeiramente, os conceitos de deficiência em todas as suas categorias, no qual se enfatizou a deficiência mental leve. Após especificará os transtornos mentais e suas implicações no acesso à educação, considerando para o estudo apenas os seguintes transtornos: Transtornos Específicos do Desenvolvimento das Habilidades Escolares (CID 10. F.81), Transtornos Globais do Desenvolvimento (CID 10. F. 84) e os Transtornos Hipercinéticos (CID 10. F. 90).

Necessariamente, se falará de educação inclusiva, sua importância, conceitos e implementação no Brasil. Logo, essa temática enseja desenvolver pronúncias sobre a exclusão dos incluídos, ou seja, as dificuldades permanência dos alunos deficientes intelectuais nas escolas ou universidades.

Sob essa perspectiva que a problemática se fundará nos seguintes questionamentos: é possível a inclusão de todas as categorias de deficiência e doença mental na escola? Oferecer a educação gratuita é suficiente para firmar a inclusão de alunos com necessidades educativas especiais? A intervenção do Estado basta o fortalecimento do direito à educação?

Neste contexto, a pesquisa se concluirá com o estudo sobre o direito à educação como direito fundamental social e o dever do Estado de tentar efetivá-lo. Por fim, o trabalho se realizará pelo método hipotético dedutivo, com a abordagem da pesquisa qualitativa e objetivos exploratórios.

## **1 DEFICIÊNCIA: CONCEITOS**

A palavra “deficiente” é definida no dicionário da língua portuguesa como “falho; imperfeito; insuficiente; portador de retardo ou de incapacidade física” (BUENO, 1996, p.182). Incapacidade e insuficiente são termos abrangentes para as deficiências, assim como, as limitações para realizar algo e restrições para participar de certas atividades, que envolve “os aspectos negativos da interação entre um indivíduo (com um problema de saúde) e os fatores contextuais daquele indivíduo (fatores ambientais e pessoais)”. (RELATÓRIO..., 2012, p.3)

A legislação brasileira ao dar o conceito de deficiência a dividiu em três modalidades: deficiência, deficiência permanente e incapacidade. De acordo com o Decreto Federal nº 3298/99, artigo 3º, assim se consideram os conceitos para deficiência:

I-Deficiência é toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

II- Deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

II- Incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

O texto legal buscou diferenciar os graus de deficiência, ensejando a compreensão de que tais termos discriminam os deficientes quanto a sua capacidade de realizar atividades diárias.

Observa-se que a incapacidade, apesar de tratada como uma deficiência, não gera qualquer concepção de autonomia, fato que torna o indivíduo, necessariamente, excluído, pois sua condição física e/ou mental não contribui para o exercício educacional, social e laborativo e, conseqüentemente leva a interdição judicial.

Outro conceito legal de deficiência foi abordado no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15), em seu artigo 2º, que interpreta como deficiente aquela pessoa que “tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Além das modalidades supracitadas, a deficiência se classifica em cinco categorias: visual, auditiva, física, mental e múltipla (BRASIL, 1999). No Decreto nº 3298/99, se aceita como deficiências mentais e múltiplas, pessoas que se encontram no seguinte padrão:

- **Deficiência física** - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções.

- **Deficiência auditiva** - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas freqüências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz.
- **Deficiência visual** - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60°; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores.
- **Deficiência mental** – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como a comunicação, cuidado pessoal, habilidades sociais, utilização da comunidade, utilização dos recursos da comunidade, saúde e segurança, habilidades acadêmicas, lazer e trabalho.
- **Deficiência múltipla** – associação de duas ou mais deficiências.

## **2 TRANSTORNOS MENTAIS E O ACESSO À EDUCAÇÃO**

As deficiências tendem a dificultar o acesso aos direitos fundamentais, principalmente os direitos sociais, como direito à educação e ao trabalho. Seja por locomoção (física, visual), seja por limitações sensoriais (audição, visual), ou pelo déficit intelectual (mental). No caso da deficiência múltipla, o ser humano, provavelmente, apresentará muitas dificuldades de acessibilidade à educação, ao trabalho e aos direitos políticos, uma vez que pode haver um comprometimento físico, visual, auditivo e mental, ensejando incompatibilidade com qualquer atividade autônoma e que demande exploração dos processos de cognição e coordenação motora.

Ao que se refere às dificuldades à aprendizagem, esta podem derivar de condições psíquicas diversas, das quais não comportam inclusão aos parâmetros de deficiência mental.

A deficiência mental ou retardo mental (CID 10. F. 70-79) <sup>4</sup> é caracterizado pela parada do desenvolvimento ou desenvolvimento incompleto do funcionamento intelectual, apresentando um comprometimento, durante o período de desenvolvimento, das faculdades que determinam o nível global de inteligência (as

---

<sup>4</sup> Classificação Internacional de Doenças.

funções cognitivas, de linguagem, da motricidade<sup>5</sup> e do comportamento social) (OMS, 1994, p. 370).

O grau em que se apresenta o retardo mental pode ser leve, moderado, grave ou profundo. O que se leva em consideração para classificar a deficiência mental é o Quociente de Inteligência – uma medida padronizada que mede a capacidade cognitiva (inteligência) da pessoa.

A Organização Mundial da Saúde (1994, p.370-371), ao classificar o grau da deficiência mental, assim descreveu na Classificação Internacional da Doença (CID 10):

- a) **Retardo mental leve** (F.70): QI entre 50 e 69 (em adultos, idade mental de 9 e menos de 12 anos). Apresenta dificuldades de aprendizado na escola. Na vida adulta podem ser capaz de trabalhar e manter relacionamento social satisfatório.
- b) **Retardo mental moderado** (F.71): QI entre 35 e 49 (em adultos, idade mental de 6 a menos de 9 anos). Apresentam atrasos acentuados do desenvolvimento na infância, sendo que na maioria dos pacientes desenvolvem algum grau de independência quanto aos cuidados pessoais, comunicação e vida acadêmica. Os adultos poderão necessitar de assistência para viver em comunidade.
- c) **Retardo mental grave** (F. 72): QI entre 20 e 34 (em adultos, idade mental de 3 a menos de 6). Necessita de assistência contínua.
- d) **Retardo mental profundo** (F. 73): QI abaixo de 20 (em adultos idade mental abaixo de 3 anos). Apresentam limitações graves quanto aos cuidados pessoais, comunicação e mobilidade.

Após o suporte teórico esboçado com a finalidade de melhor compreensão das deficiências mentais, como mencionado anteriormente, as dificuldades no aprendizado podem ter outras barreiras psíquicas que não coadunam com a deficiência mental, mas apresentam-se como uma doença mental<sup>6</sup>. Pode-se, citar

---

<sup>5</sup> A motricidade, segundo ensina Kolyniak Filho (2010), *in verbis*: refere-se às sensações conscientes do ser humano em movimento intencional e significativo no espaço-tempo objetivo e representado, envolvendo percepção, memória, projeção, afetividade, emoção, raciocínio. Evidencia-se em diferentes formas de expressão – gestual, verbal, cênica, plástica, etc.. A motricidade configura-se como processo, cuja constituição envolve a construção do movimento intencional a partir do reflexo, da reação mediada por representações a partir da reação imediata, das ações planejadas a partir das simples respostas a estímulos externos, da criação de novas formas de interação a partir da reprodução de padrões aprendidos, da ação contextualizada na história – portanto, relacionada ao passado vivido e ao futuro projetado – a partir da ação limitada às contingências presentes.

<sup>6</sup> Importante diferenciar deficiência mental de doença mental: segundo Cobb e Mithter (2005, p.3 e 6), deficiência mental envolve dois componentes essenciais, um relativo ao desenvolvimento (idade biológica) outra ao sócio-culturais, ou seja, funcionalidade intelectual significativamente abaixo da média e que seja notório desde tenra idade e a incapacidade significativa para se adaptar às exigências

como exemplos os Transtornos Específicos do Desenvolvimento das Habilidades Escolares (CID 10. F.81), Transtornos Globais do Desenvolvimento (CID 10. F. 84) e os Transtornos Hipercinéticos (CID 10. F. 90).

No caso dos Transtornos Específicos do Desenvolvimento das Habilidades Escolares, existe uma alteração nas modalidades habituais do aprendizado, de maneira que se concentra a dificuldade em atividades específicas como leitura, habilidade aritmética, soletração e escrita, sendo possível que o transtorno seja misto<sup>7</sup>, ou seja, com predominância de várias dificuldades ou até mesmo a incapacidade da aprendizagem escolar. (OMS, 1994, p. 374-375)

Os Transtornos Globais do Desenvolvimento trata-se de doenças mentais que afetam a interação social, comunicação e apresentam atividades restritas e repetitivas, sendo a mais comum o autismo, que pode aparecer antes dos três anos de idade (autismo infantil) ou após os três anos de idade (autismo atípico). (OMS, 1994, p.376)

De acordo com a Classificação Internacional das Doenças, o Transtorno global do Desenvolvimento, o autismo infantil<sup>8</sup>, é caracterizado por: a) um desenvolvimento anormal ou alterado, manifestado antes da idade de três anos, e b) apresentando uma perturbação característica do funcionamento em cada um dos três domínios seguintes: interações sociais, comunicação, comportamento focalizado e repetitivo (OMS, 1994, p. 376-377). Neste caso, o transtorno se acompanha de outras manifestações inespecíficas, por exemplo, fobias, perturbações de sono ou da alimentação, crises de birra ou agressividade (auto-agressividade) (OMS, 1994, 377).

Ao que se refere aos Transtornos Hipercinéticos<sup>9</sup>, o mais comum é o distúrbio da atividade e da atenção (F.90.0) que se caracteriza pela dificuldade de concentração e pela hiperatividade (OMS, 1994, p.379).

---

culturais da sociedade. A doença mental caracteriza-se por reações emocionais inapropriadas por distorções (e não por deficiência) da compreensão e da comunicação, e por um comportamento social erradamente dirigido e não por incapacidade de adaptação.

<sup>7</sup> Não se confunde com os Transtornos específicos mistos do desenvolvimento (CID 10. F.83). Neste, há um transtorno do desenvolvimento da fala, da linguagem, das funções motoras e também das habilidades escolares, porém sem se especificar.

<sup>8</sup> O autismo atípico apresenta os mesmos sintomas. Ocorrem normalmente em crianças que apresentam um retardo mental profundo ou um transtorno específico grave do desenvolvimento da linguagem do tipo receptivo (F.80.0). (OMS, 1994, p. 377).

<sup>9</sup> CID 10. F.90 (transcrição íntegra): Transtornos Hipercinéticos: caracterizados por início precoce (habitualmente durante os cinco primeiros anos de vida), falta de perseverança nas atividades que exigem um envolvimento cognitivo, e uma tendência a passar de uma atividade a outra sem acabar nenhuma, associadas a uma atividade global desorganizada, incoordenada e excessiva. Os transtornos podem se acompanhar de outras anomalias. As crianças hipercinéticas são freqüentemente imprudentes e impulsivas, sujeitas a acidentes e incorrem em problemas disciplinares mais por infrações não premeditadas de regras que por desafio deliberado. Suas relações com os adultos são

Vencidas as conceituações necessárias e feitas as relevantes considerações sobre deficiências e transtornos, insta salientar que nem todos os deficientes estão aptos a participarem da vida social efetivamente ou de frequentarem a escola. Como reporta os conceitos acima, infelizmente, temos patologias e deficiências que incapacita o ser humano de se expressar, compreender e raciocinar com sua idade mental real, mas mesmo sob a interdição de suas mobilidades e racionalidade, seus direitos fundamentais não podem serem suprimidos.

No entanto, uma pessoa deficiente não merece o descaso e a supressão integral de seus direitos fundamentais, pois limitações não é sinônimo de incapacidade, e a incapacidade tem resguardo do instituto da interdição judicial, uma vez constatada a necessidade de um tutor.

## 2.1 EDUCAÇÃO INCLUSIVA

A educação integra os direitos humanos<sup>10</sup> e os direitos fundamentais constitucionais<sup>11</sup>. O conceito de educação pode ser interpretado como uma ação desenvolvida sobre as pessoas que formam uma sociedade, com o propósito de capacitá-las de maneira integral, consciente e eficaz, de maneira tal, que lhes permitam formarem um valor dos conteúdos adquiridos (CALLEJA, 2008, p.109).

Nesta mesma esfera, sumariamente, a educação inclusiva se refere à inclusão de pessoas com deficiências ou marginalizadas nas escolas públicas ou privadas, para que recebam a educação que lhes são de direito e se desenvolvam junto à sociedade em que vivem.

Os indivíduos que alimentam as disparidades educacionais são pertencentes aos grupos de pessoas pobres, “os meninos e meninas de rua ou trabalhadores, as populações de periferia e zonas rurais, os povos indígenas, as minorias étnicas, raciais e lingüísticas, os refugiados, os alunos com necessidades educativas especiais” (SAMPAIO; SAMPAIO, 2009, p.29).

---

freqüentemente marcadas por uma ausência de inibição social, com falta de cautela e reserva normais. São impopulares com as outras crianças e podem se tornar isoladas socialmente. Estes transtornos se acompanham freqüentemente de um déficit cognitivo e de um retardo específico do desenvolvimento da motricidade e da linguagem. As complicações secundárias incluem um comportamento dissocial e uma perda de auto-estima.

<sup>10</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos. Artigo 26. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.

<sup>11</sup> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

As rupturas dos vínculos sociais podem ser representadas por outras condições, como leciona Sampaio e Sampaio (2009, p.29), por pessoas idosas, deficientes, desadaptados sociais, minorias étnicas ou de cor, desempregados de longa duração e jovens impossibilitados de aceder ao mercado de trabalho. Outro fator preocupante é a discriminação da própria sociedade que tende a afastar os estes grupos dos centros de convivências, alocando-os à marginalização social.

A propriedade deste estudo envolve, essencialmente, as dificuldades que encontram crianças, adolescentes e adultos portadores de deficiências que afetam seu desenvolvimento intelectual, de ingressarem no sistema educacional brasileiro desestruturado e despreparado para recebê-los ou quando estes os integram, não dispõe de habilidade intelectual necessária para acompanhar o homem médio. Aborda-se os desafios para a implementação da inclusão destes cidadãos na escola.

A política de educação inclusiva vem ganhando espaço no Brasil e em diversos países<sup>12</sup> desde a década de 90, quando foi elaborada a Declaração Mundial sobre Educação para Todos (1990), a Declaração de Salamanca (1994) e a Declaração da Guatemala (1999) (FIGUEREDO et al, 2011, p.190). “O Brasil reafirmou o compromisso, expresso na Declaração Mundial sobre Educação para Todos, ao se tornar signatário da Declaração de Salamanca, dando visibilidade às questões relativas à inclusão e à exclusão na educação” (FIGUEREDO et al, 2011, p.190).

A Declaração Mundial sobre Educação para Todos dispõe em seu artigo 3, intitulado com a afirmativa de “universalizar o acesso à educação e promover a equidade”, no item 4 e 5 do texto, onde assevera:

4. Um compromisso efetivo para superar as disparidades educacionais deve ser assumido. Os grupos excluídos - os pobres: os meninos e meninas de rua ou trabalhadores; as populações das periferias urbanas e zonas rurais os nômades e os trabalhadores migrantes; os povos indígenas; as minorias étnicas, raciais e lingüísticas: os refugiados; os deslocados pela guerra; e os povos submetidos a um regime de ocupação - não devem sofrer qualquer tipo de discriminação no acesso a oportunidades educacionais. 5. As necessidades básicas de aprendizagem das pessoas portadoras de deficiências requerem atenção especial. É preciso tomar medidas que garantam a igualdade de acesso à educação aos portadores de todo e qualquer tipo de deficiência, como parte integrante do sistema educativo (UNESCO, 1998, p. 4).

---

<sup>12</sup> Espanha (Cool, Palacios e Marchesi, 1995), EUA, Canadá, Austrália, Itália, Inglaterra (Stainback e Stainback, 1999), Chile, Moçambique e Angola. (CROCHÍK, 2002, p.279, citado por SAMPAIO; SAMPAIO, 2009, p.31)

Infelizmente, somente oferecer o ensino gratuito não é o suficiente para fornecer às crianças, adolescentes e adultos, portadoras de alguma deficiência, garantia de acesso à educação. Fatores como a miséria, a falta de tratamento adequado e discriminação sofrida por eles afastam-nos do cotidiano escolar, o que, também, tira-lhes um direito social – a educação.

É compreensível a existência de dificuldades para ensinar portadores de deficiências, independente de seu grau de comprometimento intelectual, porém não se pode acomodar a ideia de que as escolas dão conta de seus fins e o fato de obter sucesso acadêmico ou não depende exclusivamente do educando (FIGUEIREDO et al, 2011, p. 191).

Figueiredo et al (2011, p.191) interpretam que a inserção do aluno deve ser mais radical, completa e sistemática, e tais fatores se conseguiria com uma escola adaptada às particularidades dos alunos, ou seja, indica-se a “necessidade de mudanças no currículo, na cultura organizacional da escola, nos modos de conceber e avaliar o ensino e a aprendizagem e, especialmente, nos modos de compreender e se relacionar com a diferença e a diversidade humanas”.

## 2.2 A EXCLUSÃO DOS INCLUÍDOS

É sabido que a educação é um direito fundamental e que vem sendo trabalhada com prioridade pelos governos atuais, porém a educação inclusiva, ainda, enfrenta barreiras para a sua implementação. Não é uma tarefa fácil a inclusão social e educacional dos deficientes intelectuais e dos demais marginalizados, uma vez que, se consideram recente as políticas que trabalham esta causa.

O documento final da Conferência Mundial sobre Necessidades Educativas Especiais<sup>13</sup>, que aconteceu na Espanha, dispõe sobre a implementação nos sistemas educacionais, programas que considerem as características individuais e as necessidades de cada aluno, de modo a garantir educação de boa qualidade para todos (SAMPAIO; SAMPAIO, 2009, p. 30). O que se programa é que, além da inclusão, as escolas consigam mudar as atitudes de discriminação, criando comunidades mais acolhedoras.

---

<sup>13</sup> Declaração de Salamanca, 1994, *in verbis*: Nós, os delegados da Conferência Mundial de Educação Especial, representando 88 governos e 25 organizações internacionais em assembleia aqui em Salamanca, Espanha, entre 7 e 10 de junho de 1994, reafirmamos o nosso compromisso para com a Educação para Todos, reconhecendo a necessidade e urgência do providenciamento de educação para as crianças, jovens e adultos com necessidades educacionais especiais dentro do sistema regular de ensino e re-endossamos a Estrutura de Ação em Educação Especial, em que, pelo espírito de cujas provisões e recomendações governo e organizações sejam guiados.

Os esforços globais e nacionais que objetiva a inclusão escolar são gloriosos e apresentam resultados positivos quanto aos índices de alfabetizados, porém, compreende-se que, ter escolas abertas não é o suficiente para manter todas as crianças na escola e/ou promover a educação integral dos cidadãos.

O problema colocado à discussão se pauta nas dificuldades enfrentadas por indivíduos que encontram barreiras para permanecer ou participar das aulas dentro de uma unidade de educação. São diversas essas barreiras, podendo elas ser sociais como a pobreza, domicílio na zona rural, membros de comunidades indígenas, ou físicas, psicológicas e mentais, como a deficiência física, mental, visual, auditiva, múltipla e doenças mentais que criam obstáculos na convivência e na aprendizagem em grupos.

Neste estudo, limitou-se em analisar as barreiras mentais leves de alunos que são inseridos nas escolas e universidades, mas acabam por integrar o índice de evasão por não conseguir acompanhar os demais nas atividades desenvolvidas. Isto por que, na deficiência mental leve a idade mental é menor que a idade biológica ou quando tratar-se de um dos transtornos supracitados, refere-se ao comprometimento do desenvolvimento cognitivo.

Ao tratar da exclusão dos incluídos, a reflexão está sobre a tentativa de apoio e acolhimento de alunos, na educação básica ou e nas universidades, que apresentam dificuldades leves ou moderadas de receber o aprendizado que lhes são propostos. Tratamos exclusivamente de deficientes e doentes mentais sem comprometimento integral dos processos cognitivos ou sensoriais.

### **3 DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO**

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como "o conjunto de direitos estabelecidos por determinada comunidade política organizada, com o objetivo de satisfazer ideais ligados à dignidade da pessoa humana, sobretudo a liberdade, a igualdade e a fraternidade" (BERNARDES, FERREIRA, p. 23, 2012).

Trazida no texto constitucional como um direito fundamental social, o direito a educação tem sua disposição geral no artigo 6º, caput, da CF/88 e disposição específica entre os artigos 205 e 214 da mesma norma.

Dispõem o artigo 205 da CF/88, que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O pleno desenvolvimento da pessoa pode ser compreendido como o desenvolvimento social, intelectual e pessoal do ser humano. Esse desenvolvimento

fica prejudicado para os deficientes intelectuais de acordo com o seu grau de comprometimento. É compreensível a limitação de cada indivíduo e as dificuldades de interferência de outros indivíduos para garantir-lhe o pleno desenvolvimento. A família desempenha um papel essencial na formação da pessoa, porém a colaboração da sociedade do meio a qual está inserido tem efeitos relevantes para tal objetivo.

Neste sentido, a preparação dos alunos para exercer seus direitos e a qualificação destes para ingressar no mercado de trabalho são as metas a serem alcançadas pelo processo educacional, pela família e pela sociedade.

O artigo 206 da CF/88 relaciona os princípios constitucionais de ensino a fim de alcançar os objetivos da educação, quais seja a igualdade de condições; liberdade de aprendizado; gratuidade do ensino; valorização dos profissionais da educação; gestão democrática; garantia de padrão de qualidade, e por fim o piso salarial para os profissionais da educação.

Dentre aos princípios do ensino supracitados encontra-se a igualdade de condições para acesso e permanência na escola. Esse dispositivo constitucional encontra barreiras para ser concretizados e, a deficiência intelectual é uma dessas barreiras, uma vez que, o acesso à escola não é algo difícil nos dias de hoje, mas a permanência do indivíduo no ambiente escolar está relacionada a fatores extrínsecos e intrínsecos do ser humano

Entretantes, o Estatuto da Pessoa com deficiência em seu artigo 27 reforça a ideia de que a educação constitui um direito para a pessoa com deficiência e que é dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar a educação com qualidade aos deficientes:

Art. 27 A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.

Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação.

Portanto, o Estado tem como dever garantir a educação aos portadores de deficiência promovendo um atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, conforme estabelece o artigo 208, III da Constituição Federal, porém os deficientes intelectuais leves podem ser inseridos na rede pública, no ensino regular, desviando para ele uma atenção privilegiada do

educador, compreensão e incentivo dos familiares e da comunidade em que vive, além de acompanhamento psicológico e psiquiátrico.

Observa-se que chegar a uma escola ou faculdade não é, muitas das vezes, o obstáculo para que o ser humano exerça o seu direito de acesso à educação, o obstáculo está em sua situação de baixo desenvolvimento intelectual somado com as barreiras externas que irá encontrar na busca de desenvolver-se, como impaciência, abandono do educador e colegas, discriminação, depressão, pensamentos de incompetência e falta de apoio familiar.

Nesta seara, o Estado vem estipulando meios de fornecer um atendimento especial para os deficientes de forma que estes possam ter um acompanhamento em suas atividades. A política que vem tentando ser instalada no âmbito educacional é de mudança no que se refere ao modo de avaliação e aprendizagem, onde as escolas consigam mudar as atitudes de discriminação e assim se tornarem mais acolhedoras, vislumbrando a permanência de alunos com deficiências intelectuais nas escolas.

Em vista disso, é necessário oferecer uma educação inclusiva, especialmente, à inclusão de pessoas com deficiências nas escolas públicas ou privadas para que estes recebam uma educação que lhes são de direito e com qualidade, a fim de desenvolverem junto à sociedade sem qualquer discriminação.

Isto porque, o direito à igualdade é fundamental no que diz respeito às pessoas com deficiência, onde consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. Isto é, proporcionar um atendimento especial aos deficientes no âmbito escolar para que estes possam acompanhar os demais alunos na aprendizagem.

Sendo assim, a pessoa com deficiência tem o direito ao acesso à educação e, além disso, de não ser excluída do ambiente escolar em razão da sua deficiência e em caso de houver recusa deste aluno pela escola pública ou privada esta conduta será considerada como crime conforme estabelece o artigo 8º, I da lei federal nº 7.853/89.<sup>14</sup>

Contudo, a educação é um direito fundamental e que vem sendo trabalhada com prioridade pelos governos atuais, porém em relação a educação inclusiva, ainda há obstáculos para a sua efetuação, devido a desestrutura e o despreparo do sistema educacional brasileiro.

---

<sup>14</sup> Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência Intelectual. "Direito à educação. p. 12.

## CONCLUSÃO

O presente artigo pretendeu analisar o direito fundamental à educação com uma atenção especial aos deficientes intelectuais, sobretudo, a inclusão destes nos ambientes escolares e/ou até mesmo nas faculdades, tendo em vista as dificuldades enfrentadas pelos deficientes em poder adquirir uma maior acessibilidade educacional.

Verificamos as diversas categorias de deficiência, quais sejam, visual, auditiva, física, mental e múltipla, e que todas estas deficiências acabam de certa forma dificultando o acesso aos direitos fundamentais, principalmente no que se refere aos direitos sociais, como a educação e o trabalho.

Porém, é importante ressaltar que nem todos os deficientes estão aptos a participarem da vida social efetivamente ou de frequentarem a escola, pois há casos de deficiências mais graves e devido à incapacidade sentem certa dificuldade de se relacionar com as pessoas a sua volta e de se expressar.

Todavia, uma pessoa com deficiência não merece o descaso e a supressão integral de seus direitos fundamentais, pois limitações não é sinônimo de incapacidade, e a incapacidade tem resguardo do instituto da interdição judicial.

Nos dias atuais, ainda não se tem uma educação gratuita qualitativamente boa o suficiente para fornecer as crianças, adolescentes e adultos, portadores de alguma deficiência, garantia de acesso à educação, pois há fatores como a miséria, falta de tratamento adequado, além do mais agravante que é a discriminação sofrida por eles, todos estes fatores contribuem para afastá-los do cotidiano escolar e tirá-los o direito de desenvolvimento pleno.

Diante disso, o Estado vem trabalhando com prioridade para fornecer a educação, porém a educação inclusiva, ainda enfrenta obstáculos para a sua implementação, devido à desestruturação e o despreparo nas escolas brasileiras.

Contudo, é necessário que haja uma mudança na cultura organizacional em relação ao modo de avaliação, aprendizagem e especialmente a forma de compreender e relacionar com as diferenças, onde as escolas consigam mudar as atitudes de discriminação e se tornem mais acolhedoras, a fim de proporcionar uma igualdade entre os alunos.

O presente trabalho alcançou seu objetivo de explorar a temática com finalidade de responder aos questionamentos atuais que se pautaram em especular ser possível: a inclusão de todas as categorias de deficiência e doença mental na escola? Oferecer a educação gratuita é suficiente para firmar a inclusão de alunos com necessidades educativas especiais? A intervenção do Estado basta para o fortalecimento do direito à educação?

Neste contexto, conforme o estudado compreende-se que não é possível a inclusão escolar de todas as categorias de deficiências mentais, havendo possibilidade de inclusão dos deficientes mentais leves na rede educacional comum básica, assim como, também daqueles portadores de transtornos mentais leves. Ao que se refere ao simples fornecimento de educação gratuita para garantir o direito à educação, interpreta-se que, isto não materializa a educação integral ou o direito a educação. E por fim, a intervenção do Estado não é o suficiente para a total integração de pessoas com deficiência escolar, haja vista que sua permanência na escola depende, também, de fatores externos e internos.

### REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei** nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Dispõem sobre: Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

BRASIL. **Decreto** nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a política nacional para a integração da pessoa portadora de deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências.

CALLEJA, José Manuel Ruiz. **O professor deste século. Algumas reflexões.** Revista Institucional Universidad Tecnológica Del Chocó: Investigación, Biodiversidad y Desarrollo 2008; 27 – p. 109-127. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2705047.pdf>>. Acesso em: 13 de agosto de 2016.

COBB, Henry V. MITTLER, Peter. **Diferenças significativas entre deficiência e doença mental. Uma tomada de posição.** Secretariado Nacional para a Reabilitação e Integração das Pessoas com Deficiência. Traduzido de: Significant Differences Between Retardation and Mental Illness da International League of Societies for Persons with Mental Handicap. Coleção: Folhetos SNR N.º 54, Lisboa, 2005.

DECLARAÇÃO Mundial sobre Educação para Todos: satisfação das necessidades básicas de aprendizagem Jomtien, 1990. UNESCO, 1998. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000862/086291por.pdf>>. Acesso em: 13 de agosto de 2016.

DEFICIENTE. In: BUENO, Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa.** São Paulo: FTD, 1996, p.181.

FIGUEIREDO, AC., et al. **Acessibilidade e vida universitária: pontuações sobre a educação inclusiva.** In: SAMPAIO, SMR., org. Observatório da vida estudantil: primeiros estudos [online]. Salvador: EDUFBA, 2011, pp. 187-207. ISBN 978-85-232-1211-7. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>.

KOLYNIK FILHO, Carol. **Motricidade e aprendizagem: algumas implicações para a educação escolar.** Constr. psicopedag., São Paulo, v. 18, n. 17, p. 53-66, dez. 2010. Disponível em <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1415-69542010000200005&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-69542010000200005&lng=pt&nrm=iso)>. Acessos em 15 set. 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. CID-10: Classificação Internacional de Doenças. São Paulo: EDUSP, 1994, 1ª ed.

RELATÓRIO mundial sobre a deficiência / World Health Organization, The World Bank ; tradução Lexicus Serviços Lingüísticos. - São Paulo: SEDPCD, 2012.

SAMPAIO, Cristiane T. SAMPAIO, Sônia Maria R.. **Educação inclusiva: o professor mediando para a vida**. - Salvador : EDUFBA, 2009. Disponível em: <[books.scielo.org/id/3hs/pdf/sampaio-9788523209155.pdf](http://books.scielo.org/id/3hs/pdf/sampaio-9788523209155.pdf)>. Acesso em: 12 de agosto de 2016.

SANTOS, Larissa L. Villas Boas. **O princípio da Igualdade**. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7039](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7039). Acesso em: 27. Out. 2016.

---

# A TUTELA JURÍDICA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO SISTEMA INTERAMERICANO

---

Rafael de Lazari<sup>1</sup>

João Angelo Barbosa Lima<sup>2</sup>

*Deficiente é aquele que não consegue modificar sua vida, aceitando as imposições de outras pessoas ou da sociedade em que vive, sem ter consciência de que é dono do seu destino.*

Mário Quintana

## 1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS: CONTORNOS GERAIS SOBRE A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Diffícil, inflexível, extenuante; porém, triunfante. O destino percorrido até hoje em busca da efetiva igualdade de condições, tratamentos e oportunidades àqueles sujeitos com capacidades incomuns, levou-nos a concepções elevadas sobre a natureza humana.

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal (2017). Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica, de São Paulo/SP (2015). Mestre em Teoria do Estado pelo Centro Universitário "Eurípides Soares da Rocha", de Marília/SP (2012). Professor-colaborador do Mestrado em Direito do Centro Universitário "Eurípides Soares da Rocha", de Marília/SP (na condição de Estágio Pós-Doutoral). Professor convidado de Pós-Graduação (LFG, Projuris Estudos Jurídicos, IED, dentre outros), da Escola Superior de Advocacia, e de Cursos preparatórios para concursos públicos e exame da Ordem dos Advogados do Brasil (IED, IOB, dentre outros). Professor dos Programas "Saber Direito" e "Academia", na TV Justiça, em Brasília/DF. Membro da Comissão Estadual de Direito e Liberdade Religiosa da OAB/SP. Membro (representando a OAB/SP) do Fórum Inter-Religioso permanente para uma Cultura de Paz e Liberdade de Crença, vinculado à Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Governo do Estado de São Paulo. Membro da UJUCASP - União dos Juristas Católicos de São Paulo. Autor, organizador e participante de inúmeras obras jurídicas. Palestrante no Brasil e no exterior. Advogado e consultor jurídico. E-mail: prof.rafaeldelazari@hotmail.com

<sup>2</sup> Discente do 10º Termo da Faculdade de Direito de Presidente Prudente/SP (Toledo). Tutor de Teoria Geral do Estado, Ciências Políticas e Introdução ao Estudo do Direito pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente. Parecerista pela American University College of Law. Pesquisador do diretório "Relações Institucionais: todos os lados do art. 2º, da Constituição Federal", sob orientação do Professor Pós-Doutor Rafael de Lazari. E-mail: joaoangelobarbosalima@gmail.com.

O elevado grau de substância histórica e jurídica que revestiu a conquista e evolução dos direitos humanos nos conduziu a embates homéricos, sendo a internacionalização destes direitos basilares o princípio de tudo.

Ao longo dos tempos, muito se discutiu sobre os direitos humanos. O tema interessou, ainda, a filosofia, sociologia, política e tantos outros campos de estudo, sendo que, embora as efetivas conquistas em nome dos direitos humanos tenham influenciado o comprometimento dos Estados<sup>3</sup> em defenderem esta categoria de direitos e assegurarem, no plano constitucional, sua efetividade, necessário foi a criação de órgãos internacionais que assegurassem que os Estados-membros não rompessem com comprometimento e não agissem conforme os interesses privados, assim contemplando o nascimento e evolução dos direitos humanos.

Neste pequeno ensaio, procurou-se garimpar entendimentos jurídicos que, nos tempos atuais, têm gerado profunda controvérsia em sede doutrinária e jurisprudencial no âmbito internacional, principalmente, a partir da reflexão sobre os conflitos de normas internas dos ordenamentos jurídicos que fazem parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Tratou-se, portanto, dos esclarecimentos sobre os direitos das pessoas com deficiência, sustentadas pelos entendimentos jurisprudenciais da Corte Interamericana a respeito da vulnerabilidade deste grupo, bem como a necessidade de uma proteção especial aos direitos, objeto fundamental abarcado pelo trabalho.

O novo conceito e questões guiados pelos Tratados Internacionais<sup>4</sup> sobre Pessoas com Deficiência; a defesa da identidade pessoal; duração razoável do processo no âmbito internacional; direito a um projeto de vida igualitário, dentre outros; se apresentaram como fundamento supremo da pesquisa, enfatizando-se todas as questões pertinentes para uma sustentação concreta das teses expostas.

São muitas e complexas as perguntas. Todavia, parte-se do suposto epistemológico sobre a imprescindível busca científica dos direitos das pessoas com deficiência nos Sistemas Regionais, frente a um contexto contemporâneo de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

---

<sup>3</sup> A título de mera introdução sobre o instituto, contemplamos que Estado (derivado do latim Status - estar firme) significa a situação permanente de convivência e ligada à sociedade política. Para Sahid Maluf, o Estado pode ser considerado como um agrupamento humano, estabelecido em determinado território e submetido a um poder soberano que lhe da unidade orgânica, como também é defendido por Clóvis Bevilacqua. Contudo, para os autores Norte-Americanos, o Estado é uma sociedade de homens unidos para o fim de promover o seu interesse e segurança mútua, por meio da conjugação de todas as suas forças (Maluf, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 21-23).

<sup>4</sup> Os instrumentos internacionais de proteção que operam nos planos tanto global como regional, em suma, se complementam e se reforçam mutuamente, em benefício último dos seres humanos protegidos (CANÇADO TRINDADE, Antônio. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003, p. 223).

## 2 SISTEMA INTERAMERICANO

Com a internacionalização dos direitos humanos<sup>5</sup>, os sistemas regionais ganharam vitalidade<sup>6</sup> para propagar sua legitimidade<sup>7</sup> nos continentes, tendo-se em vista que a proteção global só ocorreria de maneira efetiva se fossem compartilhadas, divididas as funções tuteladoras de direitos humanos.

Então, como ponto de partida<sup>8</sup> sobre o estudo do sistema interamericano, o conhecimento prévio sobre o seu surgimento, desenvolvimento e legitimação perante o mundo jurídico, levando em conta a declaração da responsabilidade internacional dos Estados, garantindo uma consequência, caso resultasse num descumprimento de uma obrigação primária<sup>9</sup>, sem prejuízo de relevância sobre a questão da soberania<sup>10</sup>, sendo objeto pacificado na doutrina<sup>11</sup> e na própria Corte

<sup>5</sup> Celso Lafer, lembrando Danièle Locachak, realça que os direitos humanos não traduzem uma história linear, não compõem a história de uma marcha triunfal, nem a história de uma perda de antemão, mas a história de um combate (Lafer, Celso. *Prefácio ao Livro Direitos Humanos e Justiça Internacional*. Flávia Piovesan, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 22).

<sup>6</sup> Numa visão mais humanística, João Herkenhoff preleciona que o Direito sirva a pessoa humana, a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade mais justa, ao resgate do humanismo num mundo que, sem a nossa consciência e vigilância, será cada dia mais insípido, frio e desumano (HERKENHOFF, João Baptista. *O direito processual e o regaste*. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1997, p. 153).

<sup>7</sup> Robert Alexy, num aprofundamento filosófico, utilizando, inclusive, os pensamentos de Habermas, para a legitimação dos Direitos fundamentais, realça: “O argumento do consenso forma um elemento central de fundamentação de um sistema de direitos de Habermas. Este formula o objetivo de sua fundamentação como segue: ‘Esse sistema deve conter, rigorosamente, os direitos fundamentais que os cidadãos devem conceder-se reciprocamente, se eles querem regular legitimamente sua convivência em comum com os meios do direito positivo. A legitimidade do direito é vinculada, com isso, a aprovação universal. Isso corresponde ao princípio do discurso mencionado no início, que diz rigorosamente, são validas e, por conseguinte, legítimas as normas de atuação, que todos os possivelmente afetados como participantes em discursos racionais poderiam aprovar’. Da união desse princípio com a forma do direito devem, segundo Habermas, resultar do princípio democrático e um sistema de direitos com dois lados de uma matéria” (ALEXY, Robert. *Direito Razão e Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 121).

<sup>8</sup> HUERTA, Mauricio Ivan del. *La jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de responsabilidad internacional del Estados por actos legislativos: Un ejemplo de desarrollo jurisprudencial significativo*. In: LEÃO, Renato Zerbini (coord.) Os rumos do Direitos Internacional dos Direitos Humanos: ensaios em homenagem ao professor. p. 478

<sup>9</sup> Neste caso, o autor retratou que, em matéria de direitos humanos, os Estado assumiriam uma obrigação geral de respeito e garantia aos direitos humanos.

<sup>10</sup> A respeito, eleva-se a afirmação do Secretário Geral da Nações Unidas, no final de 1992: “Ainda que o respeito pela Soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é negável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplica e que esta soberania jamais foi absoluta, como era então concebida teoricamente. Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é a de repensar a questão da soberania. [...] Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo. É um movimento que, cada vez mais, encontra expressão na gradual expansão do Direito Internacional” (Boutros - Ghali. *Empowering*

Interamericana<sup>12</sup>. Desse modo, após o surgimento dos sistemas regionais de proteção aos Direitos Humanos e a certificação da responsabilização internacional do Estado, bem como outras questões tratadas no decorrer do trabalho, surgiram-se os principais instrumentos que legitimavam os poderes destes, tais quais, no âmbito interamericano a Convenção Americana de Direitos Humanos no continente americano; Convenção Europeia no continente europeu e, por fim, a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos no continente africano, sendo que apenas o primeiro sistema regional foi o que nos interessou no momento.

A Corte e a Comissão Interamericana, as quais compõem os principais órgãos do Sistema Regional Interamericano, são responsáveis pela avaliação da efetividade dos compromissos que os Estados-partes pactuaram<sup>13</sup>. O primeiro, por sua vez, possui um caráter jurisdicional, importando na confecção de sentenças contra os Estados-membros que tenham violado alguma norma da Convenção Americana; o segundo órgão, por outro lado, possui a função de promoção dos direitos humanos, através das análises e recebimentos das petições<sup>14</sup> que contenham supostas violações<sup>15</sup>, sendo incumbida de resolver amistosamente.

Indispensável se fez, para uma segunda apreciação crítica acerca dos aspectos do sistema regional interamericano, o esclarecimento sobre a sua natureza jurídica<sup>16</sup>. Todos os Sistemas Regionais de Direitos Humanos atuam em defesa dos

---

*the United Nations, Foreign Affairs*, vol.89,1992/1993, p.98-99, apud Henkin et. al., *International Law - Cases and Materials*, p.18).

<sup>11</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade Internacional por violação de direitos humanos: Seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e pratica do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 20.

<sup>12</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Velázquez Rodríguez vs Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1998, série C, n.04, pars.169 e 173.

<sup>13</sup> Quando o Estado, não raramente, rompe as barreiras jurídicas de limitação e se converte em fim de si mesmo e quando a soberania entra em crise, perante a multiplicação das interdependências e das formas de institucionalização da comunidade internacional, torna-se possível reforçar e, se necessário, substituir, em parte, o sistema de proteção interna por vários sistemas de proteção internacional dos direitos do homem (Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 30).

<sup>14</sup> A partir do caso *Loaysa Tamayo versus Peru*, a Corte Interamericana passou a diferenciar os relatórios emitidos pela Comissão Interamericana, sendo que de dois, o primeiro não seria vinculante por não ser definitivo, e o segundo teria que ser cumprido pelo Estado, com base na boa-fé.

<sup>15</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. Sentença de 02 de fevereiro de 2001, série C, n.72, pars. 189-193

<sup>16</sup> O Sistema Interamericano possui natureza jurídica de mecanismo (ou sistema) regional suplementar de proteção internacional dos direitos humanos. Portanto, é um mecanismo de monitoramento dos compromissos assumidos pelos Estados-membros da OEA na matéria de direitos humanos (Teixeira, Jonatas Eduardo Batista Martins. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Um mecanismo regional suplementar de proteção internacional dos direitos humanos*, 2011. p. 143).

Direitos Humanos<sup>17</sup>, de forma que resultem num mecanismo<sup>18</sup> de monitoramento dos compromissos assumidos pelos Estados-membros<sup>19</sup>.

Em suma, os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos podem ser compreendidos pelo aspecto regional e suplementar, de maneira que sua atuação esteja limitada ao esgotamento dos recursos internos, bem como o limite continental-geográfico, concebidos, por fim, a promoção e proteção e promoção dos direitos humanos.

### 3 A TUTELA JURÍDICA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

#### 3.1 OS TRATADOS INTERNACIONAIS CONCERNENTES AOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A questão do estudo dos tratados internacionais<sup>20</sup>, sob prisma da tutela jurídica das pessoas com deficiência, serviu, a todo o instante, como porto seguro para qualquer avanço conceitual ou sistemático que foi feito.

Considerando a universalidade dos direitos humanos<sup>21</sup>, cuja mentalidade foi inserida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e reafirmada

---

<sup>17</sup> O reconhecimento dos direitos humanos deve baixar dos espaços ideais e materializar-se ao res do chão, para que a sua predestinação se faça objetiva e integralmente cumprida, configurando-se em real prestimosidade na proteção do homem perseguido pela injustiça (Carvalho, Júlio Marino de. *Os Direitos Humanos no tempo e no espaço: visualizados através do direito internacional, direito constitucional, direito penal e da história*. Brasília: Brasília, 1988, p. 326).

<sup>18</sup> Sikkin asseverava que o Direito Internacional dos Direitos Humanos pressupõe como legítima e necessária a preocupação de atores estatais e não estatais a respeito do modo pela qual os habitantes de outros Estados são tratados. A rede de proteção dos direitos humanos internacionais busca redefinir o que é matéria de exclusiva jurisdição doméstica dos Estados. E ainda acrescenta: “Os direitos individuais básicos não são do domínio exclusivo do Estado, mas constituem uma legítima preocupação da comunidade internacional” (Sikkin, Kathryn. *Human Rights, Principled issue- networks, and Sovereignty in Latin American*. In: *International Organizations*, Massachusetts, IO Fundation e Massachusetts Institute of Tecnology, 1993, p. 413 e 441).

<sup>19</sup> PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário*. Salvador: JusPODIVM, 2009.

<sup>20</sup> Tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos (REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.38); numa outra visão, de caráter complementar, compreendeu-se que os tratados internacionais, enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes (*pacta sun servanda*), constituem hoje a principal fonte de obrigação do Direito Internacional (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.43)

<sup>21</sup> Sobre a questão da universalidade dos direitos humanos, ver, entre muitos outros: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, IV, Coimbra, 1998, págs. 15 e ss; ANDRADE, Vieira de. *Os Direitos fundamentais da Constituição Portuguesa de 1726*, Coimbra, 1983, págs. 10 e ss; C.A. Dushee de Abranches. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, 1964, págs. 13 e segs;

pela Declaração de Direitos Humanos de Viena (1993), demonstraram-se frutos da contínua batalha pelo valor da vida e dignidade da pessoa humana, principalmente no pós-guerra<sup>22</sup>.

Em seguida, caminhando para horizontes clássicos, despertaram-se as Convenções nº111<sup>23</sup> e 159 que tratavam de questões ligadas à situação da pessoa com deficiência no trabalho, levantando algumas questões delicadas, merecendo uma proteção especial<sup>24</sup>.

A Convenção de Guatemala, ora conhecida como a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência<sup>25</sup>, trouxe um aspecto inverossímil, fundamentador de que as pessoas portavam certo tipo de especialidade incomum.

A despeito, surgiram tantos outros Tratados<sup>26</sup>, como a Declaração das Pessoas com Deficiência Mental (1971); Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência (1975); Normas de equiparação de oportunidades (1993); Declaração de Salamanca (1994); Carta para o terceiro milênio (1999); Declaração

SZABO, Imre. Fundamentos históricos e desenvolvimento dos direitos do homem, in: *As dimensões internacionais dos direitos do homem*, UNESCO, 1983, págs. 15 e segs; SUDRE, Frederic. *Droit Interanational et Européen des Droits de l'Homme*, PUF, 1969, págs. 20 e segs; EIDE, Asbjorn, *Protection Internationale des Droits de l'Hoome*, Conselho da Europa, 1989, págs. 7 e segs; E. Garcia de Enterria, E Linde, L.I Ortega e M Sanchez Moron. *El Sistema Europeo de Proteccion de los Derechos Humanos*. 2º ed., Civitas, Madrid, 1983, págs. 28 e segs.

<sup>22</sup> Foi neste cenário que se vislumbrou o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional (PIOVESAN. Flávia. *A responsabilidade do Estado na consolidação na cidadania*. In: Temas de direitos humanos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 37).

<sup>23</sup> Convenção da OIT que versa sobre discriminação em matéria de emprego e profissão, foi um dos primeiros instrumentos que abriram o entendimento de igualdade de condições, independente de características naturais ou potencialidades.

<sup>24</sup> Cfr. Caso do Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações. Sentença de 30 de novembro de 2012 Série C No. 259, par. 187.

<sup>25</sup> O conceito trazido neste documento internacional, com meramente enfoque restritivo sobre a deficiência das pessoas, sendo suas portadoras e, inspirado em Convenções anteriores (como a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial de 1965), envolveu toda distinção, exclusão ou restrição baseadas na deficiência, que tenha por efeito ou objetivo, impedir ou obstar o exercício pleno de direitos (Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 37)

<sup>26</sup> Numa acertada visão de J. A. Lindgren Alves: "Com a adesão aos dois Pactos Internacionais da ONU, assim como o Pacto de São José no âmbito da OEA, em 1992, e havendo anteriormente ratificado todos os instrumentos jurídicos internacionais significativos sobre a matéria, o Brasil já cumpriu praticamente todas as formalidades externas necessárias a sua integração ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Internamente, por outro lado, as garantias aos amplos direitos entronizados na Constituição de 1988, não passíveis de emendas e, ainda, extensivas a outros decorrentes de tratados de que o país seja parte, asseguram a disposição de Estado democrático brasileiro de conformar-se plenamente as obrigações internacionais por ele contraídas" (*Os Direitos Humanos como tema global*. São Paulo: Editora Perspectiva e Fundação Alexandre de Gusmão, 1994, p. 108).

de Washington (1999); Declaração Internacional de Montreal (2001); Declaração de Madri (2002)<sup>27</sup>; Declaração de Caracas (2002) e Declaração de Sapporo (2002)<sup>28</sup>.

Mas, foi com a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que o tema atingiu seu apogeu<sup>29</sup>, surgindo como resposta da comunidade internacional ao longo histórico de discriminação<sup>30</sup>, exclusão e desumanização das pessoas com deficiência. Foi, portanto, inovadora em inúmeros aspectos, tendo sido o documento internacional mais efetivo no campo da negociação internacional com os países do século XXI, reconhecendo, em suma, que todas as pessoas têm o direito de alcançar de forma plena o seu potencial enquanto ser humano.

---

<sup>27</sup> Instrumento europeu responsável em reafirmar a deficiência como uma questão de Direitos Humanos, salientando o combate à discriminação e a promoção de ações afirmativas, resultantes da inclusão social. Outras questões foram levantadas, como: pessoas com deficiência querem oportunidades iguais e não uma caridade da sociedade; as barreiras que a sociedade impõe, conduzem a plenitude da discriminação e a exclusão social deste grupo vulnerável, dentre outras questões.

<sup>28</sup> Importante instrumento internacional que traça vários direcionamentos para a resolução de problemas na tutela jurídica do ordenamento jurídico interno, possuindo um resquício filosófico sobre as pessoas com deficiência.

<sup>29</sup> A convenção adotou uma terminologia mais adequada para o tema: *pessoa com deficiência*. Contudo, nas Constituições anteriores era utilizado o termo "portadora", se referindo a alguém que carregava consigo alguma coisa, como se a deficiência não fosse algo da pessoa, mas algo que está com a pessoa. Então, a convenção decidiu chamar esse grupo vulnerável de "pessoas com deficiência", ganhando relevância interamericana. Há uma simbologia importante no novo tratamento. A deficiência passa a ser parte da pessoa, integrando-se a ela, e não algo que estava perto em virtude de posse ou portabilidade. Ela não carregava; ela é. Mas, antes de tudo, é uma pessoa (ARAUJO, Luiz Alberto David. A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e seus reflexos na ordem jurídica interna no Brasil. In: Manual dos direitos das pessoas com deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54).

<sup>30</sup> A história da construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência compreende quatro fases: a) uma fase de intolerância em relação às pessoas com deficiência em que a deficiência simbolizava impureza, pecado, ou mesmo um castigo divino; b) uma fase marcada pela invisibilidade das pessoas com deficiência; c) uma terceira fase orientada por uma ótica assistencialista, pautada na perspectiva médica e biológica de que a deficiência era uma "doença a ser curada", sendo o foco centrado no indivíduo "portador da enfermidade"; e d) finalmente uma quarta fase orientada pelo paradigma dos direitos humanos, em que emergem os direitos à inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que ela se insere, bem como na necessidade de eliminar obstáculos e barreiras superáveis, sejam elas culturais, físicas ou sociais, que impeçam o pleno exercício de direitos humanos. Isto é, nessa quarta fase, o problema passa a ser a relação do indivíduo e do meio, este assumido como uma construção coletiva. Nesse sentido, esta mudança pragmática aponta aos deveres do Estado para remover e eliminar os obstáculos que impeçam o pleno de direitos das pessoas com deficiência, viabilizando o desenvolvimento de suas potencialidades, com autonomia e participação (Piovesan, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 277-278).

## 3.2 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO SISTEMA INTERAMERICANO

Não raras vezes, os obstáculos relacionais<sup>31</sup> consolidados em certas sociedades, seja mediante a ausência de políticas públicas, seja mediante a conservação duradoura da consciência coletiva<sup>32</sup>, podem gerar grave lesão e obstrução ao processo de evolução das pessoas com deficiência.

Cumprido salientar que a definição<sup>33</sup> trazida pela Convenção Interamericana para eliminação de todas as formas contras pessoas portadoras de deficiência se mostrou extremamente insólita<sup>34</sup>, uma vez que a carga conceitual<sup>35</sup>, normativa e tutelatória da Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência se mostrou mais vigoroso e progressista<sup>36</sup>, à medida que inseriu nas sociedades uma nova consciência sobre a proteção das pessoas com deficiência<sup>37</sup>. Notou-se, pela nova

---

<sup>31</sup> De acordo com os entendimentos elencados na Declaração de Madri (2002), as pessoas com deficiência assumem uma condição de cidadãos invisíveis, em razão deste grupo vulnerável ser esquecido e ignorado, influenciando na formação e resultando na perpetuação de barreiras que impeçam a participação destes nas sociedades contemporâneas.

<sup>32</sup> A conservação da sociedade implica em maiores discriminações e ausências de ações afirmativas relativas aos grupos vulneráveis, tais quais as pessoas com deficiência, eclodindo numa maior dificuldade em se garantir, democraticamente, a participação destes na sociedade e de se autoafirmarem, enquanto a sua identidade como ser social e político.

<sup>33</sup> A presente convenção define o termo "deficiência" como uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

<sup>34</sup> Ricardo Tadeu já alertava que o conceito em questão se demonstrava inapropriado e arcaico, sendo que a Convenção de Guatemala já tinha sinalizado no sentido desse avanço, ao definir pessoa com deficiência utilizando aspectos clínicos e sociais, de forma genérica (*O novo conceito constitucional da pessoa com deficiência: Um ato de coragem*. In: Manual das pessoas com deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 20).

<sup>35</sup> A supracitada convenção traz que as pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

<sup>36</sup> Nas palavras de Cançado Trindade: "O critério da primazia da norma mais favorável às pessoas protegidas, consagrado expressamente em tantos tratados internacionais de direitos humanos, contribui em primeiro lugar para reduzir ou minimizar consideravelmente as pretensas possibilidades de 'conflitos' entre instrumentos legais em seus aspectos normativos. Contribui, em segundo lugar, para obter maior coordenação entre tais instrumentos em dimensão tanto vertical (tratados e instrumentos de direito interno) quanto horizontal (dois ou mais tratados). [...] Contribui, em terceiro lugar, para demonstrar que a tendência e o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos - garantindo os mesmos direitos - são no sentido de ampliar e fortalecer a proteção" (A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos Direitos Humanos. In: Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, jul/dez. 1993, p. 52-53).

<sup>37</sup> Neste diapasão, Flávia Piovesan esclarece que o texto apresenta uma definição inovadora de deficiência, compreendida como toda e qualquer restrição física, mental, intelectual ou sensorial, causada ou agravada por diversas barreiras, que limite a plena e efetiva participação na sociedade. A inovação está no reconhecimento explícito de que o meio ambiente econômico e social pode ser causa

estrutura conceitual, a existência de traços democráticos<sup>38</sup>, constitucionais e avançados.

Sob este prisma, a Corte observou que nas *supracitadas* convenções, tem-se um padrão para atingir uma noção do que seja a pessoa com deficiência, contudo, o ângulo para se atingir a real e precisa noção surge a partir da constatação de que a pessoa com deficiência não pode ser definida, tratada ou estudada, meramente, só pela constatação de uma doença, seja ela física, mental, intelectual ou sensorial, mas tão somente quanto a sua inter-relação com a sociedade, representada pela superação de barreiras ou limitações que impeçam sua autoafirmação enquanto sujeito de direitos ou obscureçam o brilhoso valor da dignidade humana<sup>39</sup>.

Na mesma precisão técnica e valorativa, a Corte julgou no caso *Furlan e familiares versus Argentina*<sup>40</sup>, que toda pessoa que se encontre em uma situação de vulnerabilidade é titular de uma proteção especial, em razão dos deveres especiais cujo cumprimento por parte do Estado é de vital importância para a satisfação das obrigações gerais de respeito e garantia dos direitos humanos. Ademais, a Corte recordou que não basta que os Estados se abstenham de violar as normas de direitos humanos, mas que é imperativa a adoção de medidas positivas<sup>41</sup>, determináveis em função das necessidades de proteção aos sujeitos de direito, seja por sua condição social ou pela situação específica em que se encontre.

---

ou fato de agravamento de deficiência. A própria convenção reconhece ser deficiência um conceito em estruturação, que resulta da interação de pessoas com restrição e barreiras que impedem a plena e efetiva participação na sociedade em igualdade com os demais. Vale dizer, a deficiência deve ser vista como resultado de interação entre indivíduos e seu meio ambiente e não como algo que reside intrinsecamente no indivíduo (*Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 279).

<sup>38</sup> Nota-se que, pelo novo sistema de conceituação, trazido pela Convenção sobre Direitos das pessoas com deficiência, adota-se um caráter eminentemente democrático, a fim de igualar suas condições com as demais pessoas para que possa existir a real e efetiva participação daqueles na sociedade.

<sup>39</sup> Num foco sobre os efeitos constitucionais da proteção da dignidade da pessoa humana, assentamos que a consagração da dignidade da pessoa humana no texto constitucional é o reconhecimento de que a pessoa não é simplesmente um reflexo da ordem jurídica, mas, ao contrário, deve constituir seu objetivo supremo, sendo que na relação entre indivíduo e Estado deve haver sempre uma presunção a favor do ser humano e da sua personalidade. O indivíduo deve servir de 'limite e fundamento do domínio político da República', pois o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado (Novelino, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 348).

<sup>40</sup> Cfr. *Caso Furlan e familiares Vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C No. 246, pars. 132, 133 e 134.

<sup>41</sup> Marcelo Labanca, em acertada fundamentação, notou que não há como exercer o direito à participação sem uma garantia de ausência de obstáculo ao exercício de direitos. E a ideia de ausência de obstáculo está relacionada a ideia de liberdade (*O Direito das pessoas com deficiência à participação na vida pública e política*. In: Manual dos direitos das pessoas com deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 196).

A hipossuficiência das pessoas com deficiência<sup>42</sup> foi e é alvo de proteção judicial nacional e internacional, como forma de mantimento dos direitos fundamentais deste grupo vulnerável<sup>43</sup>, entendimento ressaltado no caso *James e outros versus Trindade e Tobago*<sup>44</sup>. No Sistema Europeu, o caso *Alajos Kiss versus Hungria*<sup>45</sup>, se mostrou altamente eficaz ante ao fundamento exposto, considerando que ficou entendido que em medidas desproporcionais do Estado que repercutam em um grupo vulnerável da sociedade não é legítimo, pois dificulta a transposição de barreiras inter-relacionais<sup>46</sup>.

A Corte Interamericana, no caso *Atala Rifo e crianças versus Chile*<sup>47</sup>, decidiu que o Direito e o Estado devem auxiliar no avanço social, caso contrário corre-se o risco de não só legitimar, mas como de consolidar, distintas formas de discriminações violadoras dos direitos humanos. Igualmente no caso *Nadège Dorzema versus República Dominicana*<sup>48</sup>, onde a Corte rememorou que o direito

<sup>42</sup> Reconhecer e respeitar os direitos das pessoas com deficiência é, em uma última análise, respeitar o próprio direito a ser tal como se é, sem a necessidade de preencher todos os requisitos de normalidade impostos pela cultura dominante. Significa reconhecer o valor da diversidade, que nos diferencia uns dos outros, e da singularidade, que nos faz sermos todos e cada um de nós insubstituíveis (CERIGNONI, Francisco Nuncio; RODRIGUES, Maria Paula. *Deficiência: Uma questão política?* São Paulo: Paulus, 2002. p. 70).

<sup>43</sup> Os direitos fundamentais têm gerado um modo autônomo de proteção substantiva e processual. Isso se deve, em primeiro lugar, à consciência de que, para superar seu simples caráter declaratório, é necessário ressaltar os instrumentos para a sua realização efetiva. Da mesma forma, esses direitos estão vinculados a uma urgência existencial do indivíduo, do grupo e da sociedade, pelo que supõe um tempo próprio e distinto daquele contemplado nas formas tradicionais de ação e de proteção substantiva (Lorezenti, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 142).

<sup>44</sup> No entendimento de Cançado Trindade, cabe ao Estado estabelecer as bases jurídicas para a construção de uma ordem pública interamericana de observância e salvaguarda dos direitos humanos (Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso James e outros vs. Trindade e Tobago, Resolução em medidas provisórias*, voto concorrente de Antônio Augusto Cançado Trindade, p. 7-8).

<sup>45</sup> Neste caso, a Corte Europeia entendeu, por unanimidade, a proibição absoluta violava o direito a realização de eleições livres, previsto no art. 3 do Protocolo n.1 a Carta Europeia de Direitos Humanos segundo o qual os Estados-partes comprometeram-se a "realizar eleições livres em intervalos razoáveis, por voto secreto, em condições que garantam a livre expressão da opinião do povo na eleição das legislaturas". Além disso, a Corte fez uma importante afirmação dos pressupostos da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Temos, portanto, nessa decisão, um forte precedente a favor da inclusão da pessoa com deficiência mental a sociedade. Temos, mais que isso, a invalidação do estabelecimento genérico da deficiência na lei; desconsiderando o contexto que envolve as pessoas e suas capacidades.

<sup>46</sup> Assim, conforme o exposto, a ideia construída de que a participação das pessoas com deficiência não pode ser afastada da teoria dos direitos fundamentais, é conexas com a legitimação da participação na vida privada, pública e política, sendo que apenas haverá o correto exercício destas se houver meios e acessos capazes de viabilizar o exercício dos direitos de forma livre.

<sup>47</sup> Cfr. *Caso Atala Rifo e criança versus Chile*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 24 de fevereiro de 2012, série C, n. 239, pars. 119 e 120

<sup>48</sup> No entender da Corte Interamericana, os Estados serão internacionalmente obrigados a adotar as medidas que forem necessárias para se fazerem efetivos os direitos estabelecidos na Convenção

internacional dos direitos humanos não apenas proíbe políticas públicas e práticas deliberadamente discriminatórias, mas também se estende àquelas cujo impacto seja discriminatório contra certas categorias de pessoas, ainda quando não se possa provar a intenção discriminatória.

Por todo o exposto, é obrigação dos Estados promover a inclusão das pessoas com deficiência, por meio da promoção da igualdade de condições, oportunidades e participação em todas as esferas da sociedade, sob a razão e finalidade de garantir que as dificuldades e limitações relacionais sejam superadas. Portanto, é necessário que os Estados promovam práticas de inclusão social e adotem medidas positivas para enfrentar os problemas expostos, pois trata-se de um problema político e não filosófico<sup>49</sup>.

Eis o painel da celeuma. Passemos aos fundamentos.

### 3.2.1 A duração razoável do processo internacional: a situação de reivindicação judicial pelas pessoas com deficiência

Em se tratando da proteção aos direitos humanos das pessoas com deficiência, o estudo da duração razoável do processo internacional se fez questão merecedora de demasiada atenção<sup>50</sup>, uma vez que a medida processual<sup>51</sup> é a ponte que interliga a teoria e a prática. Trata-se, no mais da verdade, de fundamento ligado a situação de reivindicação judicial<sup>52</sup> pelas pessoas com deficiência e a necessidade de uma tutela processual efetiva e célere, pilares sustentadores da celeuma.

A Corte aprofundou seus entendimentos a respeito, versando sobre o tratamento e afetação gerada pela vulnerabilidade das partes do processo

---

Americana, a tal ponto que devem tender, peremptoriamente, a enfrentar manifestações intolerantes e discriminatórias, com o fim de evitar a exclusão ou negação de uma determinada condição.

<sup>49</sup> Bobbio bem relembra que o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 11).

<sup>50</sup> Defendeu-se, nas entrelinhas desta pesquisa, o direito fundamental à duração razoável do processo internacional. A fundamentação gerou entorno dos meios que garantiam a celeridade a sua tramitação, principalmente nos casos de tutela de grupos vulneráveis, onde se necessita de uma resposta efetiva e célere.

<sup>51</sup> A ação típica e abstrata apenas poderá constituir um direito capaz de dar efetividade ao direito material, deixando de ser uma mera proclamação retórica, quando permitir ao autor, durante o seu exercício, a utilização de técnicas processuais adequadas à situação concreta (Marinoni, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil - Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2008, p. 288).

<sup>52</sup> A temática em questão diz respeito, profundamente, ao direito humano fundamental de ter acesso à justiça, se revelando pela importância de garantir e tutela outros direitos (Marinoni, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil constitucional*. In: Didier, Fredie e Jordão, Eduardo Ferreira. *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, p.550).

internacional. O tempo do processo incide, peremptoriamente, sobre as barreiras inter-relacionais, afirmação da identidade pessoal<sup>53</sup> e da qualidade da tutela jurídica, a fim de que tudo isso repercuta na participação do indivíduo na sociedade<sup>54</sup>, dentro do limite da igualdade e justiça.

Tal fundamento é vislumbrado no caso *Furlan e familiares versus Argentina*<sup>55</sup>, no qual em casos de pessoas com uma situação vulnerável, tal como o é das pessoas com deficiência, necessário se faz tomar as medidas cabíveis, a fim de que se resolva o processo com uma maior eficácia.

### 3.2.2 O direito a identidade pessoal

No que concerne relativamente aos limites subjetivos, se faz necessário traçar alguns raciocínios sobre a proteção ao direito à identidade pessoal, posto que as pessoas com deficiência formam um grupo vulnerável, possuindo uma maior dificuldade em se identificarem perante a sociedade, em razão da inexistência de uma conexão efetiva que os interligue com a comunidade social e efetiva.

Sob esse prisma, a Corte decidiu no caso *Gelman versus Uruguai*<sup>56</sup>, bem como no caso *Contreras e outros versus El Salvador*<sup>57</sup>, que as pessoas têm o direito a uma individualização<sup>58</sup> na sociedade<sup>59</sup>, reconhecendo-se que a identidade pessoal está intimamente ligada à pessoa.

<sup>53</sup> Cfr. *Caso González Medina e Familiares Vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de fevereiro de 2012. Série C No. 240, par. 186; *Caso Gudiel Álvarez ("Diário Militar") Vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2012. Série C No. 253, par. 210; e *Caso García e Familiares Vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2012. Série C No. 258, par. 110.

<sup>54</sup> Em uma posição crítica, defendeu-se que o próprio tempo do processo incide na tutela jurídica do grupo vulnerável, a fim de que incida na concretização da transposição das barreiras inter-relacionais e discriminações voltadas às pessoas com deficiência. No mais, entendeu-se que o raciocínio, além de *pro homine*, também possui um pano de fundo democrático, a fim de que todos possam decidir os destinos sociais, jurídicos e políticos da sociedade, deixando para trás toda a ideia que leve a uma revolução silenciosa pelos direitos e dignidades das pessoas com deficiência.

<sup>55</sup> Cfr. *Caso Furlan e familiares Vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C No. 246, par. 194.

<sup>56</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gelman versus Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C, n. 221, par. 122.

<sup>57</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Contreras e outros versus El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de Agosto de 2011. Série C, n. 232, par. 113.

<sup>58</sup> Em precisão técnica, Celso Lafer afirma que o individualismo é parte integrante da lógica da modernidade, pois o mundo não é um cosmos - um sistema ordenado - mas sim um agregado de individualidades isoladas que são a base da realidade (*A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1981, p. 120).

<sup>59</sup> Na Declaração de Madri, argumentou-se que as pessoas com deficiência são tratadas como pessoas invisíveis, não possuindo qualquer importância perante o âmbito social ou político. Assim, o direito à

A Corte, ainda, reconheceu que este direito é essencial para o desenvolvimento das pessoas, ressaltando-se que a proteção deste influi substancialmente nos atributos da dignidade humana, se tratando de um direito humano fundamental para as pessoas com deficiência, demonstrando esta proteção um caráter coletivo, que não permite enfoques restritivos.

Isto posto, é de constantes afirmações que, além da Convenção Americana, os ordenamentos jurídicos internos tutelam o direito a identidade pessoal, ainda mais sobre as pessoas com deficiência, que têm sua identidade ofuscada pelas barreiras inter-relacionais, sendo objeto de prévio estudo e análise. Assim, o direito à identidade pessoal é o primeiro passo para a autoafirmação da pessoa com deficiência na comunidade pátria, elevando a sua confiança em transpor tais barreiras e participar ativamente na sociedade.

### 3.2.3 O direito a um projeto de vida igualitário

A Corte Interamericana, atendendo à necessidade de fornecer fundamentos jurídicos que levassem ao tratamento igualitário das pessoas com deficiência, traçou um panorama jurisprudencial através do caso *Furlan e familiares versus Argentina*<sup>60</sup>, promovendo a promoção integral dos direitos humanos das pessoas com deficiência, considerando suas aptidões, circunstâncias, potencialidades, e aspirações, que lhe permitam estabelecer de uma maneira razoável, certas expectativas de vida. A Corte afirmou que o dano ao projeto de vida implica numa grave afetação de oportunidades de desenvolvimento pessoal, gerando um tratamento dessemelhante às pessoas com deficiência e violação às normas tutelatórias de direitos humanos, principalmente no que tange ao direito à identidade pessoal<sup>61</sup>.

---

identidade pessoal surgiu como uma das ramificações da celeuma, a fim de demonstrar que as pessoas com deficiência não são pessoas invisíveis e possuem uma individualização na sociedade, não sendo encaradas pela sua deficiência em si mesmo, mas sim nas dificuldades relacionais que possuem em razão desta.

<sup>60</sup> *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de Agosto de 2012. Série C, nº 246, par. 285.

<sup>61</sup> A Corte entendeu que o dano ao projeto de vida pode afetar o desenvolvimento pessoal do sujeito. Transpondo tais raciocínios à prática, é evidente a grave afetação ao direito à identidade pessoal, posto que o seu próprio desenvolvimento pessoal seria afetado. Eis uma das problemáticas da celeuma, enquanto o processo de tutela das pessoas com deficiência (*Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de Agosto de 2012. Série C, nº 246, par. 286).

No caso *Nadege Dorzema e outros versus República Dominicana*<sup>62</sup>, a Corte estimou que uma violação ao direito à igualdade e não discriminação se produz, também, perante situações e discriminações indiretas, resultados da produção e impacto de normas desproporcionais, bem como ações políticas ou outras medidas que ainda que pareçam ser neutras em sua essência, produzem efeitos negativos para certos grupos vulneráveis e hipossuficientes<sup>63</sup>.

Em razão da pessoa com deficiência enfrentar barreiras inter-relacionais, o dano que afeta o direito a um projeto de vida igualitário causa reflexos na capacidade de se auto afirmar perante a comunidade, bem como de transpor tais barreiras que impeçam sua evolução, impedindo de evoluir sua relação e gozo de seu próprio entorno pessoal, familiar, social ou político. Assim, a reparação integral do dano que afetou a consciência em ter um projeto de vida igualitário requer medidas reparatórias que vão além da indenização monetária, direcionando-se ao campo das medidas de reabilitação, satisfação e de não repetição, reconstruindo, por assim dizer, o processo de relacionamento da pessoa com deficiência para com a sociedade, projetando, por final, a defesa do direito a um projeto de vida igualitário sob o império da lei e da justiça<sup>64</sup>.

A nosso ver, todos possuem um projeto próspero de vida, independentemente de sua condição social, econômica ou política. Contudo, diante da vulnerabilidade das pessoas com deficiência, este direito adquire um destaque pessoal, pois fornece sustento à proteção do direito à identidade pessoal, à preservação da dignidade<sup>65</sup> das pessoas com deficiência e da celeuma, como forma de legitimar os argumentos expostos.

---

<sup>62</sup> Cfr. *Caso Nadege Dorzema e outros versus República Dominicana*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de outubro de 2012, série C, nº 251, par. 233

<sup>63</sup> Deste modo, convém salientar a importância do entendimento exposto, haja vista que mesmo normas, políticas públicas ou medidas que apresentem, em sua essência, como neutras, possam gerar efeitos desproporcionais a certos grupos vulneráveis, podendo até serem consideradas discriminatórias quando não dirigidas especificadamente ao grupo vulnerável, demonstrando, assim, quão delicado é o assunto de políticas públicas, tema que será tratado posteriormente.

<sup>64</sup> Cfr. *Caso Almonacid Arellano e Outros versus Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas, Sentença de 26 de Setembro de 2006. Série C. nº 154, parágrafo 124; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Penas versus Bolívia*, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de Setembro de 2010, Série C, nº 217, parágrafo 202; *Caso Rosendo Cantú e Outras versus México*, Interpretação da Sentença de Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de maio de 2011. Série C, nº 225, parágrafo 219; *Caso Cabrera Garcia e Montiel Flores versus México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de Novembro de 2010, Série C, nº 220, parágrafo 225.

<sup>65</sup> Neste direcionamento, numa visão kantiana, percebemos que a dignidade da pessoa humana não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, com um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio dita (*Comparato, Fabio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 21).

Eis um aspecto avançado da celeuma e tema sustentador do ensaio, passemos a outros fundamentos.

### 3.2.4 A importância do caso Damião Ximenes Lopes em matéria de proteção as pessoas com deficiência

A primeira oportunidade da Corte Interamericana de discutir sobre os direitos das pessoas com deficiência, foi no caso *Damião Ximenes versus Brasil*<sup>66</sup>, o qual constituiu um marco no sistema regional, pois, em sua sentença, inauguraram-se várias diretrizes ao direito à vida, integridade pessoal e dignidade da pessoa deficiente.

O caso se deu no hospital psiquiátrico “Casa de Repouso de Guararapes”, em Sobral, Ceará. No dia 01 de outubro de 1999, a vítima teria sido internada e, após três dias, foi encontrada morta. A família alegou que Damião foi morto em razão dos maus tratos e agressões que recebeu durante sua internação<sup>67</sup>, desrespeitando, deste modo, inúmeros artigos da Convenção Americana.

Respectivamente, o Brasil foi acionado perante a Corte Interamericana para prestar contas, sendo, posteriormente, condenado no ano de 2007 e as famílias indenizadas em 29 de junho de 2009, ocasião em que houve também a condenação dos criminosos, dentre eles médicos e enfermeiros.

O presente caso condenou o Brasil, por não promover recursos que levassem à apuração dos culpados, infringindo, por sua vez, os arts. 4º (direito à vida)<sup>68</sup>, 5º (integridade pessoal)<sup>69</sup>, 8º (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial). Deste caso, extraiu-se o entendimento de que o direito à vida é um pré-requisito para a existência de outros direitos, não podendo sofrer um enfoque restritivo e devendo o Estado<sup>70</sup> criar dispositivos que impeçam qualquer ameaça a esses direitos<sup>71</sup>.

---

<sup>66</sup> O caso Damião Ximenes é fruto da denúncia nº 12.237, recebida pela Comissão Interamericana em 22 de novembro de 1999.

<sup>67</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 04 de outubro de 2006, série C, n. 149, par. 47, 1, “a”.

<sup>68</sup> Cfr. Caso Gudiel Álvarez (“Diário Militar”) Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2012. Série C No. 253, par. 206, e Caso García e Familiares Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2012. Série C No. 258, par. 107

<sup>69</sup> Cfr. Caso González Medina e Familiares Vs. República Dominicana. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de fevereiro de 2012. Série C No. 240, par. 180; Caso Gudiel Álvarez (“Diário Militar”) Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2012. Série C No. 253, par. 204, e Caso García e Familiares Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2012. Série C No. 258, par. 106.

<sup>70</sup> As obrigações *erga omnes* que tem os Estados de respeitar e garantir as normas de proteção, e de assegurar a efetividade dos direitos, protegendo seus efeitos para além da relação entre os agentes e

Embora o caso Damião Ximenes tenha sido o primeiro a desencadear as discussões sobre a defesa dos direitos das pessoas com deficiência, a política pública ainda está em um avanço lento. Ainda, a obrigação de garantir os direitos humanos não se esgota tão somente com a existência de uma norma dirigida a tal fim, mas também carece de ações governamentais<sup>72</sup> que assegurem sua observância e o pleno e livre exercício dos direitos humanos.

### 3.3 AS DIRETRIZES PARA UMA POLÍTICA PÚBLICA INTERNACIONAL POR MEIO DA TUTELA JURÍDICA DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Aspecto prático e de crescimento linear<sup>73</sup>, no que diz respeito às diretrizes para a criação de políticas<sup>74</sup> públicas, certo é que essas diretrizes precisam de uma base<sup>75</sup>, uma origem, tais quais se encontram nos direitos humanos.

O fundamento supremo da vertente jurisprudencial da Corte Interamericana, sustentadora de entendimentos mais profundos sobre os direitos humanos, tal qual sobre o direito à vida, em que o Estado não só deve estabelecer normas proibitivas, mas, sobretudo, criar medidas que assegurem a sua observância e reparação, caso haja a violação<sup>76</sup> (na ponderação de Adriana Estigara<sup>77</sup> sobre a

---

as pessoas submetidas a sua jurisdição, pois se manifestam na obrigação positiva de adotar as medidas necessárias para assegurar a efetiva proteção dos direitos nas relações interindividuais. (Corte Interamericana de Direitos Humanos. Condicion Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC - 18/03 de 17 de setiembre de 2003, Série A, n. 18, par. 140).

<sup>71</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 04 de julho de 2006, série C, n. 149, par. 124, p. 55.

<sup>72</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 04 de julho de 2006, série C, n. 149, par. 147, p. 60.

<sup>73</sup> O renomado ex-Ministro do STF, Eros Grau sustentou que as políticas (policies) assemelham-se a uma norma- diretriz e que o contínuo crescimento do Estado-ordenamento e do Estado-aparato induz o surgimento de normas que não definem nem conduta, nem organização, mas resultados diretos que devem ser alcançados por seus destinatários (GRAU, Eros. *Direitos, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: RT, 1988, p. 130-138).

<sup>74</sup> Para Dworkin, as políticas são aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado deve ser protegido contra mudanças adversas) (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36).

<sup>75</sup> Em uma atribuição motivadora, Miranda sentencia que: "O eficaz funcionamento e o constante aperfeiçoamento da tutela jurídica dos direitos das pessoas são sinais de civilização jurídica. Porém o Estado de Direito acrescenta algo mais, como se sabe. [...] Por definição, os direitos fundamentais têm de receber, em Estado de Direito, proteção jurisdicional. Só assim valerão inteiramente como direitos, ainda que em termos e graus diversos consoante sejam os direitos, liberdades e garantias ou direitos econômicos, sociais ou culturais" (MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais - Introdução geral: Apontamentos das Aulas*. Lisboa: Editado pela Universidade de Lisboa, 1999, p. 130).

<sup>76</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, Sentença de 04 de julho de 2006, série C, n. 149, par.124, p.55

incidência da decisão do caso Ximenes Lopes nas políticas públicas<sup>78</sup>, concomitantemente com a Flávia Piovesan<sup>79</sup> ao defender as responsabilidades do Estado perante o sujeito de direito).

Foi observado, ainda, que é insuficiente o Estado garantir a não violação do direito à vida, é preciso, pois, adotar medidas necessárias para criar um marco normativo adequado que dissuada qualquer ameaça ao direito à vida, pressionando o Estado a uma possível condenação internacional, para que, efetivamente, perpetue-se, cada vez mais, o direito absoluto à vida.

Paralelamente ao direito à vida, deu-se um contorno especial às violações à integridade pessoal dos portadores de deficiência, em razão de suas características pessoais<sup>80</sup>, aludindo-se que a dor e o sofrimento poderiam se tornar maiores ao serem submetidos a tratamentos humilhantes. Em consonância com os princípios adotados pela ONU<sup>81</sup>, todos os pacientes têm direito ao tratamento o menos restrito possível e o mais apropriado à saúde<sup>82</sup>, como forma de respeito à autonomia do portador de deficiência e à dignidade da pessoa humana<sup>83</sup>.

---

<sup>77</sup> A autora defende que o caso Damião Ximenes é emblemático, a partir do momento em que a Corte Interamericana declara a imprescritibilidade de políticas públicas específicas as pessoas com deficiência mental, reforçando-se o processo de especificação do sujeito de direito em matéria de direitos humanos, um dos componentes essenciais em matéria de responsabilidade do Estado no processo de consolidação da cidadania.

<sup>78</sup> Segundo Maria Paula Dallari política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados - processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo administrativo, processo judicial - visando coordenar os meios a disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (Bucci, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39).

<sup>79</sup> Segundo a autora, a responsabilidade do Estado, no que tange a cidadania, se atem ao dever jurídico-constitucional de observar, proteger e promover a indivisibilidade e a universalidade dos direitos humanos, bem como respeitar o processo de especificação do sujeito de direito (PIOVESAN, Flávia. *A responsabilidade do Estado na consolidação na cidadania*. In: Temas de direitos humanos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 338).

<sup>80</sup> Nesse sentido encontra-se no caso Damião Ximenes vs. Brasil (par. 127, p. 56) o entendimento de que em razão da situação excepcional de Damião afetar a percepção da realidade, aumentava-se muito mais o sofrimento deste ao ser submetido à humilhação em certos tratamentos, tornando-os ainda mais dolorosos.

<sup>81</sup> ONU. Assembleia Geral. Princípios para a proteção dos Doentes mentais e melhoramento da atenção à saúde mental, p. 189.

<sup>82</sup> No caso Damião Ximenes (2006, par. 108) a Corte entendeu “[...] que todo tratamento de pessoas que sofram de deficiência mental deve ser voltado para o melhor interesse do paciente, deve ter como objetivo preservar sua dignidade e autonomia, reduzir o impacto da doença e melhorar a sua qualidade de vida”.

<sup>83</sup> Segundo a precisão técnica de Paulo Otero: “A dignidade da pessoa humana é hoje um dogma de confluência da consciência jurídica universal, uma síntese da ordem de valores historicamente geradora da civilização ocidental e, por essa vida, um princípio de *jus cogens* dotado de valor de força jurídica

Sob esse prisma, para a Corte IDH<sup>84</sup> nasce uma obrigação geral do Estado de garantir o direito à vida e de garantir o direito à integridade pessoal dos portadores de deficiência, sendo deveres especiais de proteção e prevenção, o dever de cuidar e de regular<sup>85</sup>: o primeiro, o dever de cuidar<sup>86</sup>, compreendido pela posição do Estado em ser responsável pelas pessoas que estão sob sua custódia, devendo-lhes garantir condições necessárias para uma existência digna<sup>87</sup>. Por outro lado, o dever de prevenção exige do Estado um planejamento para que não faltem mecanismos de fiscalização e monitoramento no setor da saúde, sendo que no caso de violação, o Estado esteja preparado para oferecer respostas e soluções rápidas, tornando-se mais seguro a prestação da tutela jurídica<sup>88</sup> aos portadores de deficiência<sup>89</sup>.

Em suma, aqui reside um dos importantes fundamentos jurídicos sobre a tutela jurídica sob os direitos dos portadores com deficiência.

---

supraconstitucional: Não é a Constituição que impõe o respeito à dignidade da pessoa humana ao sistema jurídico, ao Poder Político e aos membros da sociedade, antes é a dignidade da pessoa humana que, autonomamente, se impõe a constituição, subordinando-a, vinculando o sistema jurídico, a vontade do poder e dos membros da sociedade (*Direito Constitucional Português: Identidade Constitucional*. Lisboa: Almedina, 2010, p. 37).

<sup>84</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sentença de 04 de julho de 2006, série C, n.149, par. 138, p. 59

<sup>85</sup> Corte interamericana de Derechos Humanos, *Caso Paniagua Morales e outros (Caso Panel Blanca)*, sentença de 8 de março de 1988, par. 91; *Caso Villagrán Morales e outros (Niños de la calle) versus Guatemala*, sentença de 19 de novembro de 1999, par. 75

<sup>86</sup> Nada obstante, o dever de proteção ganha uma forma especial em relação aos portadores de deficiência mental, ao possuir a obrigação de providenciar tratamento de saúde que melhore suas condições físicas e mentais, incrementando substancialmente a responsabilidade do Estado de fornecer medidas necessárias à melhoria do que aquele que está sendo tratado.

<sup>87</sup> Neste sentido, temos o caso *Ivcher Bronstein vs. Peru*, sentença de 6 de fevereiro de 2001, par.186 e *Caso Aguirre Roca, Rey Terry e Revoredo Marsano vs. Peru*, sentença de 31 de janeiro de 2001, par. 123, que aludem à obrigação do Estado em combater a impunidade, devendo este conter um aparato de investigação, persecução para punir os responsáveis pela violação dos direitos contidos na Convenção Americana. Assim, vemos que o Estado tem o dever de garantir uma efetiva tutela jurídica.

<sup>88</sup> Aliás, imensa é a perplexidade sobre o assunto, que é elucidado pela realidade brasileira: "Entre destroços humanos e institucionais que ficam pelo caminho do sistema penal, entende-se que, através do ideário de reduzir danos, é possível minimizar o sofrimento produzido pelas mais diversas fontes de arbitrariedade do poder institucional, e se valorizará o que há de vital e construtivo sob a aparência de desumanidade" (AMARAL, Augusto Jobim do. *Violência e processo penal: crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder punitivo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 123).

<sup>89</sup> A despeito, é conveniente o emprego de um estudo rápido da Convenção Interamericana para eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência, aprovada em Guatemala, em 7 de junho de 1999.

## 3.4 O DIREITO ÀS GARANTIAS E A PROTEÇÃO JUDICIAL

O tópico em pauta consubstancia-se em direitos processuais<sup>90</sup>. A Corte reiterou sua posição a respeito de que o artigo 8.1 da Convenção Americana, através do caso *Barbani Duarte e Outros versus Uruguai*<sup>91</sup>, que as autoridades públicas não podem adotar decisões arbitrárias que incidam sobre algum direito<sup>92</sup>. Assim, o Estado, além de emitir uma decisão não arbitrária sobre qualquer direito, deve, também, fornecer subsídios necessários para se investigar, processar e punir os responsáveis pelas violações<sup>93</sup>.

Por lógica, as garantias judiciais<sup>94</sup> devem se dar em um prazo razoável e oferecer aos familiares da vítima um recurso efetivo, que garanta, por assim dizer, o acesso à justiça<sup>95</sup>. Na maioria das vezes, a problemática das garantias judiciais está contida no próprio ordenamento jurídico interno<sup>96</sup>.

Ademais, sob égide do artigo 25.1 da Convenção Americana, o Estado tem a obrigação de garantir às pessoas sujeitas à sua jurisdição recursos que sejam efetivos na proteção de direitos fundamentais. No entendimento da Corte Interamericana<sup>97</sup>, não basta a mera existência formal destes recursos, é necessário

<sup>90</sup> Comumente são os artigos 8 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana que, na maioria dos casos de violação, são unidos com o artigo 1.1 (obrigação de respeitar direitos) da mesma.

<sup>91</sup> *Caso Barbani Duarte e Outros versus Uruguai*. Mérito, Reparações e custas. Sentença de 13 de Outubro de 2011, Série C, n°234, parágrafo 119.

<sup>92</sup> Deste modo, tal entendimento incidirá no âmbito de proteção material que implicará ao Estado, garantias sobre a decisão, de tal maneira que estas se produzam através de procedimento legítimo, satisfazendo o fim para o qual foi concebido.

<sup>93</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso do Tribunal Constitucional versus Perú*. Competência, sentença de 24 de Setembro de 1999; *Caso Bámaca Velásquez versus Guatemala*, Sentença de 25 de Novembro de 2000, par. 98; *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin e outros vs. Trindad e Tobago*, sentença de 21 de junho de 2002, par. 66; *Caso Ximenes Lopes vs Brasil*. Sentença de 04 de julho de 2006, série C, n. 149, par. 170, p. 67.

<sup>94</sup> Os direitos fundamentais distinguem-se das garantias. Certo, porém, que o direito, embora tenha caráter essencialmente declaratório, pode conter, implícita, a garantia e esta, o direito (AMARAL, José de Campos. *Direitos e Garantias Fundamentais (Doutrina e Jurisprudência)*. Brasília: Editoria Brasília Jurídica, 2007, p. 15).

<sup>95</sup> Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social. Todavia, mesmo os sujeitos apátridas são protegidos pelos instrumentos internacionais e pela convenção americana, gozando os sujeitos, inclusive, das garantias judiciais e proteção, como uma forma de se garantir um acesso à justiça, mesmo que este não tenha uma cidadania, por assim dizer.

<sup>96</sup> "Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como os tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho" (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 24).

<sup>97</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 04 de Julho de 2006, série C, n.149, par. 193, p. 72.

que estes produzam, efetivamente, resultados positivos ao combate das violações dos direitos contemplados na Convenção Americana, respeitando as normas do devido processo legal, fomentando a ampla participação nos processos e o direito de pleitear uma reparação.

No caso *Barbani Duarte e outro versus Uruguai*<sup>98</sup>, a Corte decidiu que o direito a ser ouvido amolda-se, por um lado, num âmbito formal e processual, conexos com as garantias processuais e judiciais, sendo que, por outra face, esse direito abrange um âmbito de proteção material, onde o Estado garante a produção de uma decisão através do procedimento legítimo, satisfazendo a finalidade para a qual foi concebida.

Desta forma, a primeira postura do Estado a ser incorporada é a de providenciar uma investigação específica para esclarecimento dos fatos, sanção dos responsáveis e reparação da família da vítima. Essa visão assume um relevo ainda mais importante ao se vislumbrar que a morosidade em fornecer um aparato investigativo, contribui, invariavelmente, para o benefício daqueles que violaram os direitos e mais propício, para que a devida punição seja mais branda ou se caia no esquecimento.

Nota-se, ainda, que a importância das garantias judiciais e proteção revela um importante desdobramento no devido processo: conduzir as partes na busca da verdade, sob a finalidade de buscar diminuir a repetição dos casos em razão daquela punição. Estes fundamentos, por lógica, asseguram outro ângulo da dignidade humana.

### 3.5 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A SEGURANÇA JUDICIAL DO CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS

O tema em questão<sup>99</sup> é qualificado como indispensável para o estudo da concretização de direitos e garantia adotados nos tratados, e ganhou maiores proporções quando se começa a analisar o *status* em que as normas de direitos humanos adentram no ordenamento jurídico interno e o controle de convencionalidade. Foi no caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*<sup>100</sup>, que a Corte

---

<sup>98</sup> Corte Interamericana. *Caso Barbani Duarte e outros versus Uruguai*. Mérito, Reparações e custas. Sentença de 13 de outubro de 2011. Série C, n.234, par. 122.

<sup>99</sup> O tema em pauta foi tratado pela primeira vez na tese de doutoramento de Valério Mazzuoli onde conceituava o controle de convencionalidade como uma forma de compatibilização entre as normas de direito interno e tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2 ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011, p. 73).

<sup>100</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006, par. 124.

Interamericana, em sua decisão, aludiu que o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos<sup>101</sup>.

O fundamento da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos rege a maioria das relações internacionais. Contudo, no âmbito interno brasileiro<sup>102</sup>, até o advento da emenda nº 45/2004, discutiam-se se os tratados internacionais teriam uma qualidade, valor constitucional ou ainda, de norma *infraconstitucional*, sendo este último adotado pelos constitucionalistas<sup>103</sup>.

Logo após, desperta-se para o mundo jurídico pátrio, a referida emenda constitucional inovou a discussão<sup>104</sup>, trazendo novas ideias à luz da Constituição<sup>105</sup>.

Na legítima posição do Supremo Tribunal Federal<sup>106</sup>, entendeu-se que, atualmente, os tratados poderiam ter um valor ou carga normativa *supralegal*, constitucional ou de lei ordinária. Conforme atentou Sérgio Tibiriçá e Jonatas

---

<sup>101</sup> A Corte Interamericana no caso Damião Ximenes (2006, par. 98) entendeu que os Estados têm a obrigação de consagrar e adotar em seu ordenamento jurídico interno todas as medidas necessárias para que o estabelecido na Convenção seja cumprido e posto em prática, e que a legislação não se transforme em uma mera formalidade, distante da realidade.

<sup>102</sup> “[...] caberia ao Legislativo proceder uma ponderação entre interesses constitucionais em conflito, na qual lhe é concedida certa liberdade para acomodar os valores contrastantes, em consonância com a consciência social da época. Nesta perspectiva, dentre as várias soluções possíveis no conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada, competiria a lei a tarefa de fixar o grau de cedência recíproca entre cada um dos bens jurídicos confrontantes. Esta primazia do legislador em detrimento do juiz na conformação dos direitos fundamentais no âmbito privado conferiria, por um lado, maior segurança ao tráfico jurídico; e, por outro, conciliar-se-ia melhor com os princípios da democracia e da separação de poderes” (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 200).

<sup>103</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: Teoria Geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 312-320.

<sup>104</sup> A referida emenda constitucional trouxe o entendimento de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que sejam aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, mediante três quintos dos votos dos respectivos membros da mesma, possuirão carga normativa de emenda constitucional.

<sup>105</sup> Noutra sede, Eduardo Cambi contextualiza que em países de modernidade tardia, como o Brasil, onde os direitos fundamentais sociais não foram minimamente concretizados, o papel do Estado, como instituição capaz de promover a efetivação desses direitos, indispensáveis à transformação social, depende da observância rigorosa da Constituição. A expressiva desigualdade social, incapaz de sequer promover eficientemente os direitos fundamentais de primeira geração, exige firmeza do Poder Judiciário no cumprimento de tais disposições democráticas contidas na Constituição Federal de 1988 (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 181).

<sup>106</sup> A renomada posição do Supremo adveio do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 466.434/SP, de 03 de Dezembro de 2008, onde foi abolida a prisão civil do depositário infiel, estabelecendo-se que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo *quórum* de semelhante ao de lei ordinária, são *supralegais*.

Teixeira<sup>107</sup>, o STF adotou certa sistematização quanto à entrada de tratados que versem ou não da matéria de direitos humanos e qual carga normativa conterà, a depender da matéria que verse.

Salienta-se que as normas da Convenção Americana, segundo o entendimento do STF, possuem um valor/hierarquia *supralegal*, ocasionando a revogação de todo o dispositivo *infraconstitucional* que conflite com ela, tal qual o caso *supracitado*.

Assim sendo, concebeu-se que o controle de convencionalidade é um dos principais meios de afirmar, no ordenamento jurídico interno, normas de direitos humanos que, junto com as orientações dos órgãos interamericanos, dão sustentabilidade para a responsabilização dos Estados em casos de violações a estas normas.

## CONCLUSÃO

A tutela jurídica das pessoas com deficiência no Sistema Interamericano é profícua, demonstrando-se eficaz para o avanço social e jurídico dos Estados. Em apoio, alguns fundamentos:

a) Em razão das profundas mudanças e estudos, escoltadas pelos tratados internacionais sobre as pessoas com deficiência, constatou-se um novo paradigma: o tratamento jurídico para com as pessoas portadoras de deficiência não deve se proceder mediante a investigação da deficiência em si, mas do seu ambiente e condicionamento inter-relacional para com sua família e sociedade.

b) O novo paradigma que guia a tutela jurídica das pessoas com deficiência possui respaldo na democracia, com o fim de obstruir todas as barreiras e violações que impeçam a participação da pessoa com deficiência na sociedade política, conforme atestam os julgados pela Corte Interamericana.

c) Por tratar de um grupo vulnerável, o Estado deve fornecer meios eficazes para a inclusão das pessoas com deficiência, a fim de criar condições iguais, adotando medidas positivas e não discriminatórias, auxiliando este grupo a alcançar suas potencialidades humanas.

---

<sup>107</sup> Os autores sustentam, em consonância com o entendimento exposto pelo STF, que: "Se o tratado não for relativo a direitos humanos (de direito comercial, por exemplo), ele entrará no ordenamento jurídico pátrio tendo valor de lei ordinária, desde que, é claro, seja aprovado por decreto legislativo no Congresso Nacional, e promulgado por decreto presidencial. Tratando-se de tratado que verse sobre direitos humanos, duas são as possibilidades segundo o Supremo Tribunal Federal (*supralegal* ou *status constitucional*)".

d) Há reflexos importantíssimos na duração do processo internacional e nacional que visem à tutela das pessoas com deficiência, objetivando a sua razoabilidade para conceber uma plena proteção aos direitos humanos.

e) A importância das pessoas com deficiência criarem uma identidade que facilite sua interação e participação na sociedade é uma constante que se afirma no plano do trabalho, a fim de contemplar soluções estáveis para o combate e violação dos direitos humanos das pessoas com deficiência.

f) A garantia à proteção judicial e o controle de convencionalidade se mostram como medidas jurídicas que interligam o plano da tutela jurídica internacional às medidas de políticas públicas a serem incorporadas nos Estados, efetivando, assim, a segurança da tutela jurídica das pessoas com deficiência.

Tais elementos possibilitam um estudo analítico sobre a tutela jurídica das pessoas com deficiência que almeje guiar os ordenamentos jurídicos ao combate dos dados problemáticos, de maneira que possam promover a igualdade entre os grupos vulneráveis e todo o resto da coletividade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Direito, razão e discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ALVES, J. A. Lindgren. *Os Direitos Humanos como tema global*. São Paulo: Editora Perspectiva e Fundação Alexandre de Gusmão, 1994.

AMARAL, José de Campos. *Direitos e Garantias Fundamentais (Doutrina e Jurisprudência)*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2007.

AMARAL, Augusto Jobim do. *Violência e processo penal: crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder punitivo*. 1º Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

ANDRADE, Vieira de. *Os Direitos fundamentais da Constituição Portuguesa de 1726*, Coimbra, 1983.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOUTROS, Ghali. *Empowering the United Nations, Foreign Affairs*, vol.89, 1992/1993.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: Políticas públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

C.A. Dushee de Abranches. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, 1964.

CANÇADO TRINDADE. Antônio A. *A proteção internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Vol III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Júlio Marino de. *Os direitos humanos no tempo e no espaço: visualizados através do direito internacional, direito constitucional, direito penal e da história*. Brasília: Brasília 1998.

CERIGNONI, Francisco Nuncio; RODRIGUES, Maria Paula. *Deficiência: Uma questão política?*. São Paulo: Paulus, 2002.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Almonacid Arellano e Outros versus Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas, Sentença de 26 de Setembro de 2006. Série C, nº 154.

\_\_\_\_\_. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinion Consultiva OC – 18/03 de 17 de setiembre de 2003, Série A, n. 18.

\_\_\_\_\_. *Caso Aguirre Roca, Rey Terry e Revoredo Marsano vs. Peru*. Sentença de 31 de janeiro de 2001.

\_\_\_\_\_. *Caso Bámaca Velásquez versus Guatemala*. Sentença de 25 de novembro de 2000.

\_\_\_\_\_. *Caso Damião Ximenes Lopes versus Brasil*. Sentença de 04 de Julho de 2006, Série C, n.149.

\_\_\_\_\_. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Penas versus Bolívia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de Setembro de 2010, Série C, nº 217.

\_\_\_\_\_. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Sentença de 6 de fevereiro de 2001.

\_\_\_\_\_. *Caso Furlan e Familiares versus Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C, n. 246.

\_\_\_\_\_. *Caso García e Familiares Vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2012. Série C No. 258, par. 110.

\_\_\_\_\_. *Caso Gelman versus Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C, n. 221

\_\_\_\_\_. *Caso González Medina e Familiares Vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de fevereiro de 2012. Série C No. 240.

\_\_\_\_\_. *Caso Gudiel Álvarez (“Diário Militar”) Vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2012. Série C No. 253.

\_\_\_\_\_. *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Sentença de 21 de junho de 2002.

\_\_\_\_\_. *Caso do Tribunal Constitucional versus Perú*. Competência, sentença de 24 de Setembro de 1999.

\_\_\_\_\_. *Caso Paniagua Morales e outros (Caso Panel Blanca) versus Guatemala*. Sentença de 8 de março de 1988.

\_\_\_\_\_. *Caso Velázquez Rodríguez vs Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1998, série C, n.04.

\_\_\_\_\_. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C, n. 63.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EIDE, Asbjorn. *Protection Internationale des Droits de l’Hoome*, Conselho da Europa, 1989.

E. Garcia de Enterría, E Linde, L.I Ortega e M Sanchez Moron. *El Sistema Europeo de Proteccion de los Derechos Humanos*. 2º ed., Civitas, Madrid, 1983

ESTIGARA, Adriana. *O dever de adotar políticas públicas*. In: Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação. Curitiba: Juruá, 2007.

FERRAZ, Carolina Valencia; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão. *Manual dos direitos das pessoas com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros. *Direitos, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: RT, 1988.

HERKENHOFF, João Baptista. *O direito processual e o resgate do humanismo*. 1º ed. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1997.

HUERTA, Mauricio Ivan del. *La jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en matéria de responsabilidad internacional del Estados por actos legislativos: Un ejemplo de desarrollo jurisprudencial significativo*. In: LEÃO, Renato Zerbini (coord.) Os rumos do Direitos Internacional dos Direitos Humanos: ensaios em homenagem ao professor.

LAFER, Celso. *Prefácio ao Livro Direitos Humanos e Justiça Internacional*. Flávia Piovesan, São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1981.

LOREZENTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito*. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil constitucional*. In: Didier, Fredie e Jordão, Eduardo Ferreira. *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 25ªed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2 ed., rev., ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais – Introdução geral: Aportamentos das Aulas*. Lisboa: Editado pela universidade de Lisboa, 1999.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional*, IV, Coimbra, 1998.

OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português: Identidade Constitucional*. Lisboa: Almedina, 2010.

Organização das Nações Unidas (ONU). *Princípios para a proteção dos Doentes mentais e melhoramento da atenção à saúde mental*. Assembleia Geral das Nações Unidas, 17 de Dezembro de 1991.

PIOVESAN, Flávia. *A responsabilidade do Estado na consolidação na cidadania*. In: *Temas de direitos humanos*. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário*. Salvador: JusPODIVM, 2009.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010.

SUDRE, Frederic. *Droit Interanational et Européen des Droits de l'Homme*, PUF, 1969.

SZABO, Imre. Fundamentos históricos e desenvolvimento dos direitos do homem, in: *As dimensões internacionais dos direitos do homem*, UNESCO, 1983.

VALE, André Rufino do. *Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas*. Editora Sergio Antônio Fabris: Porto Alegre, 2004.

---

# INFANCIA, ADOLESCENCIA, DELITO Y SISTEMA PENAL EN ARGENTINA

---

Roberto M. Pagés<sup>1</sup>

## INTRODUCCION

Existe la obligación de los Estados partes de la Convención sobre los Derechos del Niño, de dotarse de una política general de Justicia Penal Juvenil que incluya la prevención de la delincuencia juvenil.

Y aun cuando los adolescentes han incurrido en la comisión de una infracción a la ley penal, si se interviene a tiempo, su recuperación -procurando su integración social- se da en una proporción superior a la de los infractores mayores de edad<sup>2</sup>.

Las personas menores de edad deben ser excluidas del régimen penal de adultos. Ello constituye un problema que debe ser resuelto en los sistemas judiciales de los Países que no lo han superado, logrando un sistema especializado con normas y procedimientos diferentes al de los adultos transgresores, con Jueces y

---

<sup>1</sup> Abogado y Procurador, títulos conferidos por la U. Nac. de Córdoba; Juez de la Cámara Civil, Comercial y Minería, sala II, de San Juan; Mediador, título otorgado por la Escuela Argentina de Mediación; Especialista en Derecho Procesal, con mención en Procesal Civil, título otorgado por la U.C.Cuyo; Miembro y delegado por San Juan en la Asociación Argentina de Derecho Procesal; Ponente y Expositor en distintos Congresos Nacionales de Derecho Procesal; Presidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de San Juan; Ex Director de la Escuela de Capacitación Judicial del Poder Judicial de San Juan; Profesor en la Cátedra de Derecho Procesal I y II en la U.C.Cuyo; Profesor en el Curso de Postgrado en Derecho Procesal Civil de la U.C.Cuyo; Miembro Titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal; Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado; Miembro de Red Latinoamericana de Jueces (REDLAJ); Miembro Titular del Instituto Cuyano -Secretaría San Juan- de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; Miembro de la Comisión Reformadora del Código de Procedimientos Civil de San Juan; Coordinador de Derecho Procesal Civil en la Escuela Judicial de América Latina (EJAL); Director del Instituto de Estudios Judiciales de la Federación Argentina de la magistratura y la Función Judicial (FAMyFJ); Miembro de AIDA (Association Internationale de Droit des Assurances) y Asociación Argentina de Derecho de Seguros Rama Nacional de A.I.D.A; Libros y Artículos publicados en Argentina y en el Extranjero. Roberto Pagés Lloveras <rpagesl@gmail.com>.

<sup>2</sup> Si hay un grupo de infractores de la ley penal que se considera capaz de cambiar, es a los infractores juveniles. Esto es confirmado por el hecho de que los Estados que persistentemente implementar programas de rehabilitación para menores en conflicto con la ley penal, ven una caída de 50% en las tasas de reincidencia. PRATEEK, Shukla; "The Criminal Child and its Potential for Change: A Presumption in Favor of Rehabilitation in Sentencing Juvenile Offenders", New England School of Law, 2012, N.E. J. on Crim. & Civ. Con. 379. Ver en: <https://litigation-essentials.lexisnexis.com>.

Funcionarios especialmente capacitados en cuestiones relativas a los derechos de niños y adolescentes, con competencia específica para intervenir cuando los delitos sean cometidos por personas menores de 18 años de edad, y también con la implementación de unidades especializadas en la policía.

Se debe seguir avanzando en la construcción de un sistema especializado de Justicia Penal Juvenil, en los términos que lo establecen los Instrumentos Nacionales e Internacionales de Derechos Humanos de aplicación a las personas adolescentes en conflicto con la ley penal, como en las distintas formas de ejecución de las sanciones penales juveniles para la cimentación de la responsabilidad penal de la persona adolescente y, principalmente, en la realización del principio educativo con perspectivas de inclusión social.

A ello se debe agregar que el uso de mecanismos que favorezcan vías alternativas al proceso penal, debe ser promovido para evitar el grave deterioro y la estigmatización que suele producir un proceso penal en un adolescente.

El sistema de Justicia de menores está en proceso de cambio, lo cual nos motiva a esta investigación<sup>3 4</sup>. Encontramos distintos sistemas en el derecho comparado latinoamericano y en las provincias argentinas que han avanzado en el sentido referido precedentemente, y otros que deben comenzar con los cambios necesarios.<sup>5 6 7 8 9 10 11 12 13</sup>

<sup>3</sup> QUINN, Mae C.; "Introduction: Evolving Standards in Juvenile Justice from Gault to Graham and Beyond", 38 Wash. U. J. L. & Pol'y 1 (2012). Disponible en: <http://digitalcommons.law.wustl.edu/wujlp/vol38/iss1/2>

<sup>4</sup> La promoción y protección de los derechos del niño es uno de los objetivos de la UE, en la que el Tratado de Lisboa ha puesto mayor énfasis. En particular, el artículo 3 (3) del Tratado de la Unión Europea exige explícitamente que la Unión Europea promueva la protección de los derechos del niño. Los derechos del niño están además consagrado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El artículo 24 de la Carta reconoce que los niños son titulares independientes y autónomas de los derechos. También hace que el interés superior del niño en la consideración primordial para las autoridades públicas e instituciones privadas.

<sup>5</sup> La ley de infancia y adolescencia en Colombia (Ley 1098 del año 2006) tiene un capítulo de responsabilidad penal. Se trabaja con el mismo procedimiento que para adultos, pero con jueces de conocimiento y garantías especializados para el tema, y la segunda instancia del juez de garantías es una sala mixta que conforman dos magistrados de la sala de familia y uno de la sala penal de los tribunales superiores de distrito.

<sup>6</sup> La Ley de Menores de Puerto Rico (Ley Núm. 88 de 9 de Julio de 1986 y sus enmiendas) es la que utiliza las Salas de Menores (Teen Court). Esta Ley define las faltas (delitos en adultos) y el procesamiento criminal especial de los menores para bienestar y protección de los derechos del menor, así como de la sociedad.

<sup>7</sup> En Uruguay se ha creado una jurisdicción especializada en adolescentes en infracción a la Ley (de 13 a 17 años inclusive). El procedimiento está regulado en los capítulos IX y X del Código de la Niñez y Adolescencia Ver en [http://www.ces.edu.uy/ces/index.php?option=com\\_content&view=article&id=762&Itemid=78](http://www.ces.edu.uy/ces/index.php?option=com_content&view=article&id=762&Itemid=78).

Entendemos, como conclusión luego de comparar las distintas legislaciones analizadas, que la jurisdicción especializada para adolescentes en conflicto con la ley, así como sus leyes y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse por dar la posibilidad de adoptar medidas para tratar en ciertos casos a esos adolescentes sin recurrir a los procedimientos judiciales tradicionales, desarrollando la denominada "Justicia Restaurativa", que permite el abordaje del conflicto penal sin judicializarlo, y las acciones educativas que la deben complementar con el fin de que los jóvenes infractores adquieran las habilidades que les permitan integrarse y sentirse útiles a la sociedad, a los fines de exponer una propuesta al respecto.

## **1 EL SISTEMA PENAL JUVENIL EN ARGENTINA**

### **1.1 EL SISTEMA TRADICIONAL DE LA JUSTICIA PENAL JUVENIL**

Durante los ochenta y seis años de vigencia de la Ley N° 10.903<sup>14</sup> de Patronato de Menores, conocida como "Ley Agote", se tendía a ver en el adolescente infractor a un sujeto destinatario de un tratamiento psicoterapéutico compulsivo.

El sistema se caracterizaba por la intervención de 'oficio' en todos aquellos casos en que se advirtieran situaciones de 'abandono moral o material', sin darse una definición clara o taxativa de lo debía entenderse por "abandono moral" o "abandono material". La infancia se dividía entre los menores infractores o pobres, abandonados e incompatibles con las instituciones de la época, y los niños socialmente adaptados.

---

<sup>8</sup> Paraguay tiene una jurisdicción especializada de menores infractores a la ley (de 14 a 17 años), se encuentra regulado en el libro V del Código de la Niñez y Adolescencia.

<sup>9</sup> En Brasil, también existe una jurisdicción especializada de menores, regulada por lo "Estatuto da Criança e do Adolescente (ver en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)).

<sup>10</sup> La Ley de Responsabilidad Penal Adolescente chilena (Ley 20084 del año 2005), establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.

<sup>11</sup> Dos decisiones tomadas por la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, traerán grandes repercusiones para la Especialización de la Justicia Penal Juvenil y constituyen un avance fundamental en la perspectiva de que el Estado cuente con una política pública en esta materia. La primera es la aprobación de "La Política de Acceso a la Justicia en Penal Juvenil", el 14 de febrero de 2011, y la segunda es lo aprobado en la sesión ordinaria de la Corte plena del 4 de junio de 2012 al dar pasos definitivos hacia la especialización de los jueces penales juveniles en todo el país.

<sup>12</sup> "Adolescentes en el Sistema Penal. Situación actual y propuestas para un proceso de transformación". Publicación, UNICEF Arg. , SINNAF y Univ. Nac. Tres de Febrero (Bs. As. Septiembre de 2008). Disponible en: [http://www.unicef.org/argentina/spanish/Adolescentes\\_en\\_el\\_sistema\\_penal.pdf](http://www.unicef.org/argentina/spanish/Adolescentes_en_el_sistema_penal.pdf)

<sup>13</sup> Ley del Código del Niño, Niña y Adolescente. República de Bolivia .Ley N° 2026 del 27 octubre 1999. Disponible en: [www.unicef.org/bolivia/.../legislation\\_2007.htm](http://www.unicef.org/bolivia/.../legislation_2007.htm).

<sup>14</sup> B.O. del 27/09/1919.

El Estado debía asumir la tutela de los niños en situación de carencia o infracción, institucionalizándolos en establecimientos destinados para tal fin. Los niños en peligro material o moral y aquellos acusados de cometer un delito no tenían garantías de defensa, y se consideraba a la infancia como incapaz para ejercer sus derechos<sup>15</sup>.

Nuestra Corte Federal señaló que la justicia de menores históricamente se ha caracterizado por un retaceo de principios básicos y elementales que se erige en todo debido proceso, tales como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y defensa en juicio<sup>16</sup>.

## 1.2. EL SISTEMA DEL DECRETO LEY 22.278 (y su modificatoria N° 22.803) - RÉGIMEN PENAL DE LA MINORIDAD

En Argentina, a los menores de 18 años de edad considerados infractores a la ley penal, se les aplica las disposiciones del decreto- Ley 22.278<sup>17</sup>, donde se establece un sistema “tutelar” que se caracteriza por otorgar gran poder discrecional para el Juez de menores, quien luego de haberse establecido la responsabilidad penal del menor respecto en el hecho investigado, está facultado para absolverlo, para aplicarle una pena disminuida, en la escala de la tentativa, e incluso cuando el menor no haya tenido ninguna vinculación con el hecho investigado puede disponer definitivamente de él, para el supuesto de que considere que se encuentra en un estado de abandono, peligro material o moral.

Se sostiene que ley no ha establecido una línea divisoria clara entre el niño imputado de un delito, el niño desamparado y el niño víctima de un delito.

Los menores de 16 años pueden ser sancionados con la privación de su libertad sin mayor requerimiento que el criterio de los jueces y sin un proceso judicial en el que se haya permitido defenderse, al poder ordenarse su internación en instituciones públicas o privadas cuando se hallaren “abandonados, faltos de asistencia, en peligro material o moral, o presenten problemas de conducta”, lo cual

---

<sup>15</sup> DE LA IGLESIA, Matilde; VELÁZQUEZ, María Eugenia; PIEKARZ, Walter; “DEVENIR DE UN CAMBIO: DEL PATRONATO DE MENORES A LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES”, FACULTAD DE PSICOLOGÍA - UBA / SECRETARÍA DE INVESTIGACIONES / ANUARIO DE INVESTIGACIONES / VOLUMEN XV. Disponible en: <http://www.scielo.org.ar/pdf/anuinv/v15/v15a32.pdf>.

<sup>16</sup> C.S.J.N., “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Daniel Enrique Maldonado en la causa Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado —causa N° 1174—”, 07/12/2005.

<sup>17</sup> B.O. del 28/08/1980

ha sido considerado inconstitucional<sup>18 19</sup>. A los menores se lo puede tener "privados" de la libertad hasta los 21 años, cuando de los estudios realizados se advierta que el menor se halla en abandono, falto de asistencia, en peligro material o moral, presenta problemas de conducta, con o sin internación (art. 1 párr. 2 y 3 y art. 3 último párrafo), y cuando tienen entre 16 y 18 años se les puede aplicar la misma pena establecida para el adulto, lo cual también se ha considerado inconstitucional.

La Corte Federal ha criticado diferentes aspectos de esta normativa, indicando que nunca se distinguió entre el niño imputado de un delito y el desamparado o víctima; como que se ha manejado con eufemismos al considerar, por ejemplo, como "dispuestos", "internados", "reeducados" o "sujetos a medidas tutelares" a niños que materialmente eran sometidos a encierro<sup>20</sup>.

También se sostuvo que otra característica no menos censurable de la justicia penal de menores es que se señala que los menores no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son "dispuestos", "internados" o "reeducados" o "sujetos de medidas tutelares"<sup>21</sup>.

Para cambiar dicha realidad se indica que la legislación de niños, niñas y adolescentes no puede olvidar que es parte del ordenamiento jurídico de un estado de derecho y que, como tal, debe brindar las garantías y límites al ejercicio del poder punitivo de las agencias administrativas y judiciales<sup>22 23</sup>.

### 1.3 EL SISTEMA DE LA LEY NACIONAL DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES N° 26.061<sup>24</sup>

Conforme lo establecido en el art. 1° de la ley 26.061, la norma tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y

---

<sup>18</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Causa N° 39.520, caratulada "Incidente de Incompetencia en autos: G.F.D. y O.S. s/ expediente tutelar", del 6 de diciembre de 2006.

<sup>19</sup> Cámara Nacional de Casación Penal. Sala III, Causa n° 7537 caratulada "García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/recurso de casación", del 11 de diciembre 2007.

<sup>20</sup> C.S.J.N., Fallos 328:4343, "M., D. E", resuelto el 7/12/05.

<sup>21</sup> C.S.J.N., Fallo citado en nota 11.

<sup>22</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro; "Derecho Penal, Parte General", Editorial Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 187.

<sup>23</sup> La Comisión interamericana determinó que "el Estado de Argentina es responsable internacionalmente por mantener en vigencia un sistema de justicia adolescente que permite que éstos sean tratados al igual que los adultos infractores". Cfr. informe 172/10, en la causa 12.561 caratulada: "César Alberto Mendoza y otros"

<sup>24</sup> B.O. del 26/10/05.

disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

Con la sanción y aplicación de esta ley, los niños, niñas y adolescentes dejan de ser entendidos como objetos bajo la tutela del Estado para pasar a ser reconocidos como sujetos de pleno derecho, lo que también debe implicar su consideración como sujeto responsable.

Se indica que el principal objetivo de las políticas implementadas por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, organismo del Poder Ejecutivo Nacional especializado en infancia y familia; y del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, órgano deliberativo, consultivo y planificador de políticas públicas para la infancia y la adolescencia en todo el territorio, teniendo en cuenta y trabajando desde las distintas realidades del país, **consiste en fortalecer a la familia**, entendiéndola como base para un desarrollo humano sustentable y como espacio afectivo fundamental para el crecimiento de niños y niñas<sup>25</sup>.

La noma (art. 27) establece que se deberá garantizar en todo procedimiento administrativo o judicial en el que se vea afectado un niño/niña y/o adolescente, el derecho a ser oído por la autoridad competente, que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al tomar una decisión que lo o la afecte; a ser asistido/da por un abogado defensor especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del proceso, el cual será provisto en forma gratuita cuando el o la adolescente carezca de recursos económicos, además del derecho a recurrir ante una autoridad superior toda decisión que lo afecte.

#### 1.4 CODIGO PROCESAL PENAL DE SAN JUAN

La ley N° 7338, específica en materia de niñez y adolescencia, prevé que se aplican todas las disposiciones del Código Procesal Penal que no sean incompatibles con ella. Dicho Código regula la “Suspensión del juicio a prueba” en los artículos 521 a 525, y conforme lo establecido en el art. 227 de la ley 7338 “*Los institutos procesales de suspensión de juicio a prueba y juicio abreviado, serán de aplicación en el proceso penal de niños y adolescentes, debiendo observarse en su tramitación las normas establecidas en el Código Procesal Penal de la Provincia, siempre que no contravengan las disposiciones especiales de la presente ley*”.

Por Ley N° 7889 se adhiere en todos sus términos a la Ley N° 26.061 (Sistema de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes). Y con el dictado de la Ley N° 8194 se modifica el Código Procesal Penal de la Provincia de San Juan (Ley N° 7398), incorporando el Proceso Penal Juvenil.

---

<sup>25</sup> Información disponible en: <http://www.desarrollosocial.gov.ar/ninez/139>

El Proceso Penal Juvenil implementa como organismo especializado para conocer en materia de menores sometidos a un proceso penal juvenil, al Juez Penal de la Niñez y Adolescencia (art. 47 bis, CPP), a quien le corresponde, de modo exclusivo y excluyente, la investigación y juzgamiento de los hechos delictivos en los que aparezca involucrado un menor de edad al momento de su comisión, sea o no punible de acuerdo a la ley de fondo.

Si bien el Juez Penal de la Niñez y Adolescencia ejerce una doble función de investigación y juzgamiento, el ejercicio de la competencia de investigación excluye la de juicio.

Se establece que el Fiscal Penal de la Niñez y Adolescencia actuará, de modo exclusivo, ante los Jueces Penales de la Niñez y Adolescencia de acuerdo a lo establecido en el Código (art. 91 bis, CPP), como que los Defensores Penales de la Niñez y Adolescencia, ejercerán la defensa técnica del niño o adolescente que no tuviere asistencia letrada particular (art. 91 ter, CPP), y que el Asesor Penal de la Niñez y Adolescencia tendrá en el proceso penal de menores una intervención similar a la atribuida al defensor, aun cuando el imputado tuviere asistencia letrada, y durará hasta que el proceso concluya por cualquiera de las formas admitidas en el Código (art. 91 quáter, CPP).

Las medidas socioeducativas a aplicar a los niños o adolescentes, están previstas en el artículo 487 del CPP, y podrán consistir en: a) Entrega del niño o adolescente a sus padres, tutores o guardadores, bajo periódica supervisión; b) Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, previo informe que acredite su necesidad; c) Inclusión del niño y su familia en programas de asistencia comunitarios; d) Inclusión o derivación a tratamientos por adicciones en instituciones oficiales o privadas; e) Alojamiento en entidades públicas o privadas de contención de niños; f) Medidas de guardas provisorias en la familia, familia ampliada o en familias de la comunidad; g) Adquisición de oficio, profesión o arte adecuado a su capacidad; h) Realización de tarea útil laboral; i) Realizar trabajos remunerados o no a favor de instituciones de la comunidad; ñ) Libertad asistida; j) Libertad vigilada; k) Régimen de semilibertad; l) Alojamiento en un establecimiento especializado para niños y adolescentes; m) Servicios a la comunidad. Sin perjuicio de tal enumeración, se prevé que el Juez Penal de la Niñez y Adolescencia podrá dictar otras más adecuadas a la personalidad del niño o adolescente y a la naturaleza del hecho (art. 487, 5° párrafo).

La reforma contempla expresamente el principio de especialización exigido por las convenciones internacionales en cuanto a la materia, procedimientos, designación de Magistrados y Funcionarios Judiciales (jueces, fiscales y defensores especializados), personal policial y profesionales de los organismos administrativos encargados de los centros especializados en que deberán cumplirse las medidas

privativas de libertad. Pero como es necesario destinar recurso económicos para su implementación, se dispuso en el art. 3° de la Ley 8194 que cuando las posibilidades financieras permitan la creación de los organismos previstos, la Corte de Justicia determinará la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, que publicará en el Boletín Oficial y por acordada, asignará, sustraerá y reasignará competencias conforme a las necesidades de la especialización y/o servicio.

No se ha concretado hasta la fecha la entrada en vigencia de las disposiciones de la ley N° 8194, cuando es urgente necesidad de adopción de normativa respecto a la justicia juvenil que respete los estándares internacionales de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

## 2 LA JUSTICIA RESTAURATIVA

La justicia restaurativa resume una filosofía alternativa basada en la restitución para hacer frente al delito, entendiendo que es necesario reparar el daño personal y social causado con el mismo. Permite también el abordaje del conflicto penal sin judicializarlo.

Se caracteriza por involucrar a la víctima como una parte indispensable dentro del proceso penal, y que cuenta con diversos métodos o prácticas que buscan la interacción entre el ofensor, la víctima, la comunidad y el Estado en un marco de igualdad y respeto por los derechos fundamentales<sup>26</sup>.

La justicia restaurativa se centra en los efectos dañinos producidos por el delito e involucra activamente a las víctimas y los delincuentes, en el proceso de reparación y rehabilitación, y tres principios fundamentales guían su implementación: a) La justicia requiere que trabajemos a fin de que se ayude a volver a su estado original a aquéllos que se han visto perjudicados; b) De desearlo, aquéllos que se han visto más directamente involucrados o afectados por el delito, deben tener la posibilidad de participar de lleno en la respuesta; c) El rol del Gobierno consiste en preservar el justo orden público; la comunidad debe construir y mantener una justa paz <sup>27</sup>.

No es un programa, ya que esos principios pueden aplicarse a diversos programas o prácticas que incluyan, principalmente, la reparación del daño, la reconstrucción de las relaciones rotas y la participación de todos los involucrados.

---

<sup>26</sup> VAN NESS, Daniel W.; "Restoring Justice". Third Edition. EE.UU. 2006; citado por CARLOS BRENES QUESADA en "JUSTICIA RESTAURATIVA- Una herramienta para la solución al fenómeno de la criminalidad costarricense", San José, Costa Rica, Julio 2009. Disponible en: <http://www.justiciarestaurativa.org/news/JUSTICIA%20RESTAURATIVA-1%20Carlos.pdf>

<sup>27</sup> Justicia Restaurativa en línea. Disponible en: <http://www.justiciarestaurativa.org/>

## 2.1 EL PAPEL DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN ADOLESCENTES

La aplicación de la Justicia Restaurativa a los adolescentes en conflicto con la ley penal es algo que se considera muy apropiado<sup>28 29 30</sup>, tiene desarrollo en diversos países de América latina y el Caribe<sup>31 32 33</sup>, y su implementación varía en función a los recursos locales, las tradiciones y culturas.

Proporcionan un contexto en el que los jóvenes pueden asumir la responsabilidad por sus acciones, es posible la restitución a las víctimas, los adolescentes en conflicto con la ley penal pueden tener una segunda oportunidad y ser reintegrados, y la armonía se pueda restaurar en la comunidad.

Señala Padilla que los programas de justicia restaurativa incluyen metodologías como **la mediación víctima-ofensor, las conferencias de grupos familiares, los círculos de sentencia y las mesas comunitarias de reparación**. Y entre las respuestas restaurativas se encuentran los *servicios en beneficio de la comunidad, la reparación y la restitución*, entre otras, siendo las medidas en comunidad las de mayor implementación y mejor valoración por parte de las víctimas, los ofensores, las comunidades y los operadores de los sistemas de justicia.

Indica que los bajos índices de reincidencia de los adolescentes que han participado en programas de justicia restaurativa (12%) en comparación con los índices de reincidencia de quienes han sido privados de la libertad (75%) han favorecido ampliamente su desarrollo mediante experiencias piloto que hoy se concretan en buenas prácticas susceptibles de ser replicadas<sup>34</sup>.

---

<sup>28</sup> LLOBET RODRÍGUEZ, Javier; "JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA". Disponible en: <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/08/32llobet.pdf>

<sup>29</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad", Ed. Rubinzal Culzoni Editores. Bs. As., Dic. 2009.

<sup>30</sup> JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL: CONCEPTOS, PERSPECTIVAS Y MECANISMOS PROCESALES PARA SU IMPLEMENTACIÓN, Publicación de la Secretaría de Derechos Humanos, Primera edición: enero de 2010, 208 páginas. Disponible en:

[http://www.derhuman.jus.gov.ar/publicaciones/pdfs/21-dhpn-Dispositivos\\_no\\_privativos\\_de\\_libertad.pdf](http://www.derhuman.jus.gov.ar/publicaciones/pdfs/21-dhpn-Dispositivos_no_privativos_de_libertad.pdf)

<sup>31</sup> CÁMARA ARROYO, Sergio; "JUSTICIA JUVENIL RESTAURATIVA: MARCO INTERNACIONAL Y SU DESARROLLO EN AMÉRICA LATINA", *Revista de Justicia Restaurativa*, ISSN 2174-8608. Disponible en: <http://usecmagazine.usecnetwork.com/files/2011/12/JUSTICIA-RESTAURATIVA-AMERICA-LATINA.pdf>

<sup>32</sup> PADILLA, Andrea; "Justicia restaurativa y Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes". Disponible en: <http://www.srpa.org/2010/12/15/justicia-restaurativa-y-sistemas-de-responsabilidad-penal-para-adolescentes/>.

<sup>33</sup> CORREA GARCIA, Sergio; "Diferentes Instrumentos y Modelos de Justicia de Menores". Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2680/14.pdf>

<sup>34</sup> PADILLA, Andrea; cit. en nota 31.

En Argentina, existen nueve Jurisdicciones que prevén la mediación penal: Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>35</sup> y provincias de Chaco, Chubut, La Rioja, Mendoza<sup>36</sup>, Neuquén<sup>37</sup>, Buenos Aires, Río Negro y Santa Fe<sup>38 39 40</sup>.

## 2.2 LAS CORTES PARA ADOLESCENTES (TEEN COURTS)

Los Tribunales para Adolescentes se están expandiendo rápidamente en los Estados Unidos de Norteamérica como una alternativa y/o complemento al sistema de justicia juvenil para los jóvenes que han cometido delitos no violentos, pasando de 78 programas en 1994 a que existan más de 1.050 programas de los tribunales juveniles en operación en 49 estados y el Distrito de Columbia, desde marzo de 2010<sup>41</sup>.

Las Corte de Adolescentes es un programa que ofrece a los adolescentes en conflicto con la ley penal una segunda oportunidad, para aprender de su error, sin el alto costo y el estigma de quedar con antecedentes penales<sup>42 43 44</sup>.

<sup>35</sup> LEY 2451 - Régimen procesal penal juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (B.O. 13/11/2007-ADLA 2008 - A, 440).

<sup>36</sup> Proyecto Piloto de Mediación Penal Juvenil en la Provincia de Mendoza, en aplicación del art. 61 de la Ley 6354 de Protección Integral del Niño y el Adolescente

<sup>37</sup> DEMIZ, Graciela Isabel; "La imposición de pena en la Justicia Penal Juvenil. Con especial referencia a la provincia de Neuquén", LLPatagonia 2011 (abril), 123. Indica que en el marco de este programa se han logrado la firma de numerosos acuerdos víctima-victimario, participando de los mismos los padres de los menores involucrados y en ocasiones alguna institución (por ejemplo, un representante del centro educativo cuando el conflicto tuvo origen o vinculación con una cuestión del ámbito escolar). Agrega que los casos sometidos a mediación son de delitos leves, sin violencia grave sobre las personas: daños, amenazas, lesiones leves y culposas, robos y hurtos, y que el promedio de acuerdos (aproximadamente 70 %) y la poca reincidencia permite concluir que este programa ha dado excelentes resultados en la provincia de Neuquén.

<sup>38</sup> MECANISMOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA Y NORMATIVA PROCESAL, en Publicación de la Secretaría de Derechos Humanos cit. en nota 29.

<sup>39</sup> CORREA GARCIA, Sergio; obra cit. en nota 32.

<sup>40</sup> Ver SOLER ROQUE, María del Rosario y LÓPEZ, Ana Laura; "Mesa de Debate: "Mecanismos de justicia restaurativa en los nuevos sistemas penales juveniles", en AVANCES Y DESAFÍOS DE UN SISTEMA PENAL JUVENIL EN CONSTRUCCIÓN. Disponible en: [http://www.unicef.org/argentina/spanish/SISTEMA\\_PENAL\\_JUVENIL\\_baja.pdf](http://www.unicef.org/argentina/spanish/SISTEMA_PENAL_JUVENIL_baja.pdf). La segunda de las citadas indica "**Nos dimos cuenta de que no existían en términos generales -a nivel país-, mecanismos de justicia restaurativa, salvo honrosas y muy destacables experiencias en algunos ámbitos locales**".

<sup>41</sup> Información disponible en: [http://www.youthcourt.net/?page\\_id=559](http://www.youthcourt.net/?page_id=559)

<sup>42</sup> Información disponible en: <http://www.aacounty.org/Police/teenCourt.cfm>

<sup>43</sup> Habiendo participado como becario seleccionado por la Embajada de EEUU en Argentina del programa "Administration of Justice and the Rule of Law", en el año 2009, tuve la oportunidad de intervenir como observador en el desarrollo de algunas audiencias en la que adolescentes eran juzgados por sus propios pares en la Corte Juvenil (*Teen Court*) de Indianápolis.

Estas Cortes Juveniles, también conocidas como Tribunales para Adolescentes y Jurados de Pares (*Juries of Peers*), involucra a los voluntarios de 14 a 18 años de edad en la sentencia de sus pares por delitos no violentos como tirar basura, robo, alteración del orden público, llevar un arma oculta, etc.<sup>45</sup>

Los jóvenes voluntarios también están expuestos a una nueva forma de pensar la justicia, lo que aumenta la experiencia educativa que los Tribunales de Adolescentes les puede proporcionar, incrementa su conciencia sobre los efectos de la delincuencia y la facilita el desarrollo de su empatía hacia los demás.

En lugar de ser ignorados por el sistema de justicia juvenil por un delito menor, o de solo pagar una multa, la juventud frente a la Corte responde y aborda el impacto de su comportamiento en todas las víctimas. En cada caso, los jóvenes tienen la oportunidad de que permite a los jóvenes a asumir la responsabilidad, a rendir cuentas, y compensar el daño que han causado.

De acuerdo con la base de datos de la National Youth Court: el 93% de los programas de corte juvenil en los EE.UU. requieren los jóvenes a admitir su culpabilidad antes de participar en el tribunal de menores; En el 7% de los programas de los tribunales juveniles que permitan a los jóvenes a declararse "no culpable", si un joven decide declararse "no culpable", el programa lleva a cabo una audiencia para determinar la culpabilidad o inocencia. Cuando los acusados completan con éxito un programa de la Corte Juvenil, el 63% de los Tribunales de Menores desestima los cargos y el menor no registra ningún antecedente penal<sup>46</sup>.

Los Tribunales de Menores tienen un costo muy inferior, en comparación con el sistema de justicia tradicional, y han obtenido como resultado la reducción de las tasas de reincidencia<sup>47</sup>. Resulta así una estrategia efectiva para reducir la delincuencia juvenil, permitiendo a los jóvenes asumir su responsabilidad por sus acciones en beneficio de sus comunidades y para aprender cómo funciona el sistema judicial.

### 2.3. LOS JUICIOS POR JURADOS EN ARGENTINA

Si bien hay quienes consideran que su puesta en práctica se requiere del dictado de una ley por parte del Parlamento Nacional que regule el sistema de jurados para toda la Nación, tanto se traten de tribunales federales como

---

<sup>44</sup> Una Corte Juvenil específica es la Corte Juvenil de Drogas. Ver a Hoyt, Joshua D., "Juvenile Drug Court: Predictors of Graduation and Non-Graduation Status" (2012). All Graduate Theses and Dissertations. Paper 1294. Disponible en: <http://digitalcommons.usu.edu/etd/1294>

<sup>45</sup> Información disponible en: <http://www.cgpolice.org/peer.htm>

<sup>46</sup> Información disponible en: <http://www.youthcourt.net/>

<sup>47</sup> Información disponible en: <http://www.urban.org/uploadedpdf/410457.pdf>

provinciales<sup>48</sup>, compartimos la opinión de quienes sostienen que las provincias, en ejercicio de su autonomía constitucional, pueden incluirlos en la organización de su administración de justicia<sup>49</sup>.

Ocho Constituciones provinciales los incluyen como parte de la organización de los tribunales provinciales (Córdoba, Santiago del Estero, San Luis, Corrientes, Río Negro, Entre Ríos, La Rioja y Chubut), a lo que debe agregarse la Ciudad Autónoma de Bs. As.<sup>50</sup>

Si bien la única provincia que reglamentó el juicio por jurados es Córdoba, la provincia de Neuquén dictó en diciembre de 2011 la ley que implementa el juicio por jurados en su forma clásica o tradicional y prevé su entrada en vigencia a partir de enero de 2014. Existen también proyectos legislativos para implementarlo en la Nación y en varias provincias argentinas<sup>51</sup>.

## CONCLUSIÓN

Señalaba el Maestro Morello que:

No es fácil -y casi nunca exitoso- propiciar forzosamente el trasplante de instituciones arraigadas en un país a lo largo de fuentes históricas propias, de una cultura jurídica de rasgos singulares, con una maciza forja de precedentes, de hábitos y costumbres (también valores y creencias fuertemente concientizadas) a otro medio socio económico cultural cuyo torso no se identifica suficientemente con aquél. Sin prejuicios ni prevenciones la experiencia del jurado es interesante y debemos considerarla con atención y en todo caso con recepción gradual y para determinados asuntos. Pero no plantamos en un no carente de razonabilidad<sup>52</sup>.

Entendemos que es la justicia penal juvenil, por sus especialidades y características, un excelente marco para incluir los programas y mecanismos reparadores que insta el sistema de justicia restaurativa<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> QUIROGA LAVIÉ, Humberto; "Constitución de la Nación Argentina comentada, 3° edición, Ed. Zavalia, 2000, pág. 394

<sup>49</sup> DÍAZ RICCI, Sergio; "El juicio por jurados es atribución provincial", LLNOA 2011 (diciembre), 1161.

<sup>50</sup> DÍAZ RICCI, Sergio; obra cit.

<sup>51</sup> GRANILLO FERNÁNDEZ, Héctor; "LA HORA DE LA JUSTICIA REPUBLICANA: ES INMINENTE LA INSTAURACIÓN DEL JUICIO POR JURADOS EN VARIAS PROVINCIAS Y EN EL ORDEN NACIONAL DE LA ARGENTINA". Disponible en:

<http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/04/procesos03.pdf>

<sup>52</sup> MORELLO, Augusto M.; "Crónica de una experiencia judicial [el jurado] en Miami", LA LEY 1997-F, 1418

<sup>53</sup> Una política criminal que en lo relativo al tratamiento de niños, niñas y adolescentes infractores esté orientada meramente por criterios retributivos y deje en un segundo plano aspectos fundamentales

Las Cortes o Tribunales Juveniles permiten a los adolescentes tener una “segunda oportunidad”, asumiendo la responsabilidad por el daño causado ante las víctimas de delitos no violentos, reparando a la víctima y a la comunidad, como también disminuyendo sensiblemente el índice de reincidencia en el delito. No solo se logra reintegrar al adolescente en la sociedad, sino que también permitiría convertir a los adolescentes que participan como jurados voluntarios – gracias a ese rol social participativo- en mejores ciudadanos, facilitando la posterior implementación de juicios por jurados para juzgar delitos cometidos por personas adultas.

Pueden contribuir a que exista un sistema judicial más eficaz y más humano, en donde tanto adolescentes en conflicto con la ley penal como adolescentes víctimas de delitos no violentos, tengan acceso a la justicia de manera más satisfactoria y den solución a sus conflictos de acuerdo con sus valores, principios e intereses.

Por ello proponemos incluir como una vía diferente del sistema penal tradicional, sin sustituirlo, a la opción voluntaria que permita a los adolescentes en conflicto con la ley que han cometido por primera vez un delito no violento y reconocen su responsabilidad, a ser juzgados por sus pares a cambio de la extinción de la acción penal cuando cumplan con el veredicto. Y ante los nuevos requerimientos jurídicos y sociales, resulta perentorio la capacitación de expertos en justicia penal restaurativa, como que los procedimientos que comprende esta corriente del derecho penal se apliquen con el fin de lograr la reinserción social del menor en conflicto con la ley penal.

### **BIBLIOGRAFIA GENERAL**

CÁMARA ARROYO, Sergio; “Justicia Juvenil Restaurativa: Marco Internacional y su desarrollo en América Latina”, Revista de Justicia Restaurativa, ISSN 2174-8608.

DE LA IGLESIA, Matilde; VELÁZQUEZ, María Eugenia; PIEKARZ, Walter; “Devenir de un cambio: Del patronato de menores a la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes”, Facultad de Psicología - UBA / Secretaría de investigaciones / Anuario de investigaciones / Volumen XV.

DEMIZ, Graciela Isabel; “La imposición de pena en la Justicia Penal Juvenil. Con especial referencia a la provincia de Neuquén”, LLPatagonia 2011.

DÍAZ RICCI, Sergio; “El juicio por jurados es atribución provincial”, LLNOA 2011 (diciembre), 1161.

---

como la prevención y el fomento de oportunidades para una efectiva reinserción social, sería incompatible con los estándares internacionales en materia de justicia penal juvenil. Cfr. informe 172/10 de la CIDH (párrafo 146).

GRANILLO FERNÁNDEZ, Héctor; "La hora de la Justicia Republicana: Es inminente la instauración del juicio por jurados en varias provincias y en el orden nacional de la Argentina". Disponible en: <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/04/procesos03.pdf>

HOYT, Joshua D., "Juvenile Drug Court: Predictors of Graduation and Non-Graduation Status" (2012). All Graduate Theses and Dissertations. Paper 1294. Disponible en: <http://digitalcommons.usu.edu/etd/1294>

JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL: CONCEPTOS, PERSPECTIVAS Y MECANISMOS PROCESALES PARA SU IMPLEMENTACIÓN, Publicación de la Secretaría de Derechos Humanos, Primera edición: enero de 2010.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad", Ed. Rubinzal Culzoni Editores. Bs. As., 2009.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier; "Justicia Restaurativa y la Protección de la Víctima". Disponible en: <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/08/32llobet.pdf>

MORELLO, Augusto M.; "Crónica de una experiencia judicial [el jurado] en Miami", LA LEY 1997-F, 1418.

PADILLA, Andrea; "Justicia restaurativa y Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes". Disponible en: <http://www.srpa.org/2010/12/15/justicia-restaurativa-y-sistemas-de-responsabilidad-penal-para-adolescentes/>.

PRATEEK, Shukla; "The Criminal Child and its Potential for Change: A Presumption in Favor of Rehabilitation in Sentencing Juvenile Offenders", New England School of Law, 2012, N.E. J. on Crim. & Civ. Con. 379

QUINN, Mae C.; "Introduction: Evolving Standards in Juvenile Justice from Gault to Graham and Beyond", 38 Wash. U. J. L. & Pol'y 1 (2012).

QUIROGA LAVIÉ, Humberto; "Constitución de la Nación Argentina comentada, 3ª edición, Ed. Zavallia, Bs. As., 2000.

SOLER ROQUE, María del Rosario y LÓPEZ, Ana Laura; "Mesa de Debate: "Mecanismos de justicia restaurativa en los nuevos sistemas penales juveniles", en AVANCES Y DESAFÍOS DE UN SISTEMA PENAL JUVENIL EN CONSTRUCCIÓN. Disponible en: [http://www.unicef.org/argentina/spanish/SISTEMA\\_PENAL\\_JUVENIL\\_baja.pdf](http://www.unicef.org/argentina/spanish/SISTEMA_PENAL_JUVENIL_baja.pdf)

VAN NESS, Daniel W.; "Restoring Justice", Third Edition, EE.UU, 2006; citado por CARLOS BRENES QUESADA en "JUSTICIA RESTAURATIVA- Una herramienta para la solución al fenómeno de la criminalidad costarricense", San José, Costa Rica, Julio 2009

ZAFFARONI, Eugenio Raúl - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro ; "Derecho Penal, Parte General", Editorial Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 187.

---

# PRINCIPIOS DE HUMANIDAD Y REINSERCIÓN SOCIAL EN EL DERECHO PENAL

---

Manuel Jaén Vallejo<sup>1</sup>

## INTRODUCCIÓN

En el marco del derecho penal moderno, cuyo inicio se sitúa junto a la Revolución francesa, la obra de Beccaria y, en fin, conjuntamente con los movimientos codificadores del siglo XIX, y no cabe duda que, en particular, en España tuvo una significación extraordinaria la Lección inaugural del Curso 1931/1932 en la Universidad de Madrid, sobre "La teoría jurídica del delito", impartida por D. Luis Jiménez de Asúa, con la que puede afirmarse que se inició una nueva etapa del pensamiento jurídico-penal español e iberoamericano<sup>2</sup>, hay ciertos principios que todo legislador debe respetar, pues sólo así quedará legitimado ese poder sancionatorio que representa el derecho penal, que no debe ser moralizador ni imponer una determinada ideología, pues los problemas morales deben quedar al margen del derecho penal, y que no puede imponer pena de muerte, ni penas inhumanas o degradantes.

Además, la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el principio de proporcionalidad de las penas, así como la necesidad de que toda decisión sancionatoria esté fundada en una ley previa, constituyen principios básicos que todo legislador debe respetar<sup>3</sup>.

Y una manifestación clara del principio de humanidad es que las penas privativas de libertad, independientemente de otras funciones que se le puedan asignar, estén orientadas a la reeducación y inserción social. Una pena privativa de

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Penal. Magistrado. Ex Letrado del Tribunal Supremo y ex Asesor del Ministerio de Justicia del Reino de España. **Artículo escrito en homenaje al jurista arequipeño Dr. Melitón Torres Tovar.**

<sup>2</sup> Este año 2017, precisamente, se cumplen cien años desde que nuestro ilustre maestro, D. Luis, tradujera el tomo III de la obra de Von Liszt, F., *Tratado de derecho penal*, adicionado con el derecho penal español por Quintiliano Saldaña, Madrid, 1917.

<sup>3</sup> Cfr., en este sentido, con mención de la Constitución española de 1978, Bacigalupo, E., *Principios de derecho penal, parte general*, 2ª edición, Madrid, 1990, p. 16; cfr. también, Jaén Vallejo, M., *Los principios superiores del derecho penal*, Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa", Madrid, 1999, p. 4, y Mir Puig, S., ampliamente, en su importante obra *El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994.

libertad que excluya la posibilidad de un tratamiento resocializador y, en consecuencia, la puesta en libertad del condenado, una vez cumplido un determinado período de años, sería una pena carente de legitimidad, por ser contraria al principio de humanidad que debe regir el derecho penal.

Tanto una pena privativa de libertad de por vida, sin mecanismo alguno de revisión, o con revisión tras un período excesivamente largo de cumplimiento, como una pena privativa de libertad de larga duración de cumplimiento efectivo, por más que pudiera demandarlas ocasionalmente la sociedad, ante determinados hechos, serían penas incompatibles con el principio de humanización de las penas y del derecho penal.

## 1 LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Hasta aproximadamente el siglo XVIII eran las penas de galeras, laboreo en minas, azotes, tormentos e incluso la pena de muerte, las habituales. En realidad la retención del penado, por lo general, tenía un carácter meramente instrumental, para asegurar la presencia del acusado en el proceso o aplicar otras penas que requieran la presencia del penado, como la pena de muerte, las penas corporales, o las de trabajos forzados. A partir del siglo XVIII comienza a preponderar el pensamiento liberal, la racionalización y humanización del orden punitivo, como se refleja claramente en la obra clásica de Beccaria, perfilándose la pena privativa de libertad como la más idónea en los distintos sistemas punitivos liberales del siglo XIX, pasando a ser la regla general de los códigos penales.

Y en la actualidad la tendencia que se observa en los distintos códigos penales correspondientes a los países de nuestro entorno es más bien a contemplar la pena privativa de libertad – muy costosa y no siempre la mejor solución – no, como hasta ahora, como la regla general, sino más bien como la excepción de las penas previstas en aquéllos, reservándose para los supuestos de mayor gravedad. Para aquellos otros supuestos, menos graves, se suelen prever otras penas, que pueden ser incluso más eficaces que la prisión, es decir, sustitutivos o alternativas penales, tales como, por ejemplo, la pena de multa, según el sistema moderno de días-multa, trabajos en beneficio de la comunidad, privación de derechos, como inhabilitaciones (absoluta o especial), suspensiones de empleo o cargo, expulsión de extranjeros irregulares, localización permanente, etc., aparte de la inexecución de la pena de prisión, para delitos no graves y especialmente cuando el sujeto ha delinquido por primera vez, en su caso con sometimiento a ciertas reglas de conducta o condiciones.

Y aunque en relación a determinadas hipótesis delictivas de gravedad la tendencia que se percibe, tanto en la doctrina, en donde se llega a hablar en estos

casos de un «derecho penal del enemigo», utilizando la terminología jurídica acuñada por Jakobs<sup>4</sup>, con la que se pretenden legitimar ciertos desarrollos en la justicia penal de aplicación a sujetos especialmente peligrosos, como es el caso de los terroristas<sup>5</sup>, como en las legislaciones nacionales, es de un claro endurecimiento en la respuesta penal y de admisión de medidas de injerencia, en el derecho penal de aplicación ordinaria, en supuestos comunes, que no son de extrema gravedad, la tendencia es la contraria, con una clara preocupación por potenciar las alternativas a la privación de libertad, y ello tanto en relación a la prisión como pena, como a la prisión provisional como medida cautelar en el proceso, que se entiende debe ser excepcional.

La generalidad de los países, e incluso organismos internacionales, como el Consejo de Europa y la Organización de Naciones Unidas (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, «reglas de Tokio», 1990), dirigen sus esfuerzos a potenciar las alternativas a la prisión. No está claro si ello obedece al propósito de evitar colapsos en las prisiones por la superpoblación de presos, con los elevados costes que conlleva, o a consideraciones humanitarias de la justicia penal, o a ambos fenómenos; pero esta es, sin duda, la realidad.

Pero si esta es la tendencia a la hora de ofrecer una respuesta del Estado frente al delito en general, la respuesta, como se dijo, suele endurecerse, hasta el extremo de llegar incluso a la pena perpetua, cuando se trata de delitos de excepcional gravedad, como ocurre, por ejemplo, con los delitos de genocidio, de lesa humanidad, u otros especialmente graves.

En España vivimos durante mucho tiempo una situación de permanente amenaza terrorista, que llevó incluso hace ya años a un replanteamiento de la duración máxima de la pena privativa de libertad y al debate social sobre la incorporación de la pena de prisión a perpetuidad. Y el debate, en verdad, no se llegó a extender a la pena de muerte porque la misma está expresamente prohibida en el art. 15 de la Constitución española, y desde luego en toda sociedad la vida siempre debe merecer protección, sea una vida después del nacimiento o antes del nacimiento, sea la vida de una persona joven o la de una persona adulta, frágil o enferma, sea la vida de una persona inocente o la de una persona responsable del más execrable delito; precisamente desde esta perspectiva, resulta muy dudoso que pueda admitirse el aborto libre. Esta es, precisamente, una de las grandezas de la sociedad en la que vivimos: la protección de la vida, sin excepciones.

Desde luego, no cabe duda que cuando la sociedad se rebela frente a la injusticia del terrorismo y de otros crímenes que tanto daño hacen a la normal

---

<sup>4</sup> V. Jakobs, G., "El derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo", en *Derecho penal del enemigo*, traducción de Manuel Cancio Meliá, 2ª ed., Madrid, 2006, pp. 21 y ss.

<sup>5</sup> V. Agudo Fernández, E., Jaén Vallejo, M. y Perrino Pérez, A., *Terrorismo en el siglo XXI*, Madrid, 2016.

convivencia, procediendo tal actitud no ya sólo de personas del entorno de las víctimas sino de un sentir generalizado de la colectividad, conmocionada por esos crímenes de tan extrema gravedad, es porque la confianza general en la vigencia de las normas quebrantadas por sus responsables se encuentra cuestionada, en entredicho, exigiendo aquélla una mayor reacción jurídico penal que permita ratificar contundentemente la vigencia de las mismas. Ello es perfectamente legítimo y está claro que los gobernantes no pueden desatender tales inquietudes, si éstas se manifiestan como serias, y no meramente coyunturales, producto de ciertos acontecimientos puntuales. Y deben hacerlo, claro está, dentro de los principios que rigen en el derecho penal, tales como el de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad, básicamente. Hay un conjunto de principios, de decisiones previas a la ley, que gozan de consenso científico, que no pueden desconocerse por los legisladores, y que permiten precisamente una aplicación segura y calculable del derecho penal, no arbitraria o irracional.

En verdad, tanto una pena privativa de libertad de por vida, sin mecanismo alguno de revisión, como una pena privativa de libertad de larga duración de cumplimiento efectivo, por más que pudiera demandarlas ocasionalmente la sociedad, serían penas incompatibles con el principio de humanización de las penas y del derecho penal.

## 2 LA PENA: FUNDAMENTO Y FINES

La principal consecuencia de la comisión de un delito es la imposición de una pena a su autor. Una pena que puede ser de muy diferente naturaleza, especialmente en el derecho penal de los últimos años, en el que tanta importancia tienen las alternativas a la prisión, aunque esta pena privativa de libertad sigue siendo la más extendida en los códigos penales, representando la respuesta más frecuente de la comunidad en su conjunto frente a la infracción de normas básicas de comportamiento, insoportables para una convivencia en común. Hoy por hoy, no parece que puedan tomarse en consideración las viejas tesis de carácter abolicionista, que pretenden la sustitución del derecho penal, luego de las penas, especialmente de la pena de prisión, por otros sistemas de control social. Como lo afirmara Gimbernat, “hay derecho penal para rato” y, por tanto, recordando el Proyecto Alternativo alemán de 1966, “la pena es una amarga necesidad”<sup>6</sup>.

Durante los más de doscientos años que la dogmática penal moderna ha ido desarrollándose, cuyo inicio suele situarse con von Feuerbach, concretamente con el código penal de Baviera que él redactó, y que sirvió de modelo a numerosos

---

<sup>6</sup> Gimbernat Ordeig, E., “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?”, en *Estudios de derecho penal*, 3ª edición, Madrid, 1990, p. 150.

códigos penales europeos e iberoamericanos, han ido elaborándose diversas teorías sobre el fundamento y los fines de la pena, intentando dar, desde diferentes perspectivas, no siempre contrapuestas, una explicación racional sobre su función social<sup>7</sup>, bien respondiendo al porqué se impone, o bien para qué se impone, o a ambas cosas.

Naturalmente, las teorías de la pena y la función que se le asigne al derecho penal tienen una estrecha relación, pues toda teoría de la pena es una teoría sobre la función que deba cumplir el derecho penal. Por eso, lleva razón Bacigalupo cuando afirma que las teorías de la pena “tienen la pretensión de legitimar una determinada limitación de la libertad mediante el ejercicio del *ius puniendi* en un Estado de Derecho”<sup>8</sup>.

Tradicionalmente se ha debatido acerca de la función de la pena sobre la base, principalmente, de dos líneas de pensamiento.

La de las teorías absolutas, que centran su atención en el porqué de la pena, sosteniendo así que el derecho penal tiene una función metafísica, consistente en la realización de un ideal de justicia. Se impone la pena porque se ha cometido un delito, es decir, la pena es retribución (*punitur quia peccatum est*) y se debe imponer la misma por razones de justicia o de imperio del derecho. Fines o valores absolutos que, naturalmente, no tienen un carácter empírico. Por un lado, la teoría de la retribución moral, del filósofo alemán Kant, sobre la base de que el hombre es libre, afirma que, al hacer mal uso éste de su libertad, se hace acreedor, en justicia, del mal de la pena; la pena, pues, viene a ser un imperativo categórico, una exigencia incondicional de la justicia, que debe imperar a toda costa. La pena, desde esta perspectiva del idealismo alemán, es un fin, porque si se convirtiera en un medio para conseguir otra meta, como se sostiene, en cambio, en el marco de las teorías relativas, se estaría tratando al hombre como un simple instrumento al servicio de ciertos fines, con menoscabo de la dignidad humana<sup>9</sup>, por lo que cualquier finalidad preventiva de la pena carecería, desde esta perspectiva, de legitimidad. Por eso, Kant justificaba la pena exclusivamente en la justicia de la misma, al retribuir en forma proporcional al mal causado. Y, por otro lado, la teoría de la retribución jurídica, que propuso el también filósofo alemán Hegel, fundamentaba la pena en un proceso dialéctico: como el delito es la negación del derecho, y la pena es la

---

<sup>7</sup> Cfr. Jaén Vallejo, M., "La función social de la pena", *Revista de Ciencias Jurídicas*, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, núm. 3/1998, pp. 139 y ss.

<sup>8</sup> Bacigalupo, E., "Filosofía e ideología de las teorías de la pena", en su obra *Teoría y práctica del Derecho penal*, tomo II, Madrid, 2009, p. 916.

<sup>9</sup> Kant, I., *Metaphysik der Sitten*, 1797, p. 332. Hay una traducción al español de esta relevante obra de Kant: *La metafísica de las costumbres*, Madrid, 2005 (traducción de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho).

negación del delito, la pena resulta ser la afirmación del derecho; la pena, pues, se impone porque debe imperar el derecho.

La otra línea de pensamiento se corresponde con las llamadas teorías relativas, que intentan responder al para qué la pena, entendiendo que la pena no es un fin en sí mismo, sino un medio de prevención, de manera que el derecho penal tiene una función social, caracterizada por la prevención del delito con miras a proteger ciertos intereses, bienes jurídicos, reconocidos por el derecho positivo. Son teorías “relativas”, porque la pena sólo se legitima si tiende al logro de un fin, como lo es el fin útil de la evitación del delito.

Puede decirse, pues, que mientras que la teorías absolutas miran al pasado, las relativas miran al futuro, esto es, a los efectos que la imposición de la pena puede tener, que bien pueden ser, como se verá, de prevención general o de prevención especial.

Estos dos criterios son los que están a la base del enfrentamiento que supuso la llamada “lucha de escuelas” a finales del siglo XIX: la escuela clásica mantuvo el criterio legitimante de la justicia a través de las teorías absolutas de la pena, mientras que la escuela positiva proponía como único criterio el de la utilidad, a través de las teorías relativas.

Las teorías relativas, que defienden, como se dijo, una concepción de la pena referida exclusivamente al fin racional de prevenir el delito (*punitur ut ne peccetur*), cuyos orígenes se remontan al pensamiento iluminista de finales del siglo XVIII<sup>10</sup>, tienen dos expresiones, la teoría preventivo general de la pena y la teoría preventivo especial.

El concepto de prevención general, en el sentido introducido por von Feuerbach, con su teoría de la coacción psicológica, identifica tal concepto con la intimidación, pues la pena consistiría en conminar o amenazar mediante la misma la realización de determinadas conductas consideradas delictivas, orientándose tal intimidación hacia la generalidad de los ciudadanos; se trata de inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados, infundiéndoles un temor que les lleve a abstenerse de cometer delitos. En este marco teórico, la pena opera como coacción psicológica en el momento abstracto de la incriminación legal, mientras que la ejecución tendría el sentido de confirmar la seriedad de tal amenaza legal. Antes de Feuerbach, en el Antiguo Régimen, la prevención general se confiaba sobre todo

---

<sup>10</sup> Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, una de las más destacadas figuras del movimiento de reforma penal que, a fines del siglo XVIII, haciendo aplicación de las más importantes ideas de la Ilustración, exigía una reforma a fondo, consideraba que el fin de la pena no era otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales (prevención general).

a la ejemplaridad de la pena, de ahí que la ejecución de ésta, en su máxima expresión, debía ser pública.

Hoy no se cuestiona, bajo determinadas circunstancias, que la pena pueda cumplir tal función en el momento de la amenaza de la pena; pero el problema es diferente en el momento de la individualización de la pena, pues en este momento las consideraciones preventivo generales que conduzcan a una pena superior a la que corresponda por la gravedad del hecho, por razones derivadas del principio de culpabilidad por el hecho, carecen de legitimidad. Y, desde luego, la existencia de un efecto preventivo general de las penas ejecutadas no es algo que esté empíricamente demostrado.

Y la segunda expresión de las teorías relativas, la prevención especial, no se dirige ya a la colectividad, sino que tiende a prevenir los delitos que puedan proceder de una persona determinada, es decir, el fundamento de la pena está en evitar que el delincuente vuelva a delinquir. La prevención especial, sostenida en diferentes momentos de la historia del derecho penal, tuvo especial relevancia en la llamada escuela positiva, en los autores del positivismo, como von Liszt, con su famoso Programa de Marburgo en 1882<sup>11</sup>, y Ferri, hasta llegar a la década de los 60 del siglo pasado, momento en el que la prevención especial experimentó una transformación de su fisonomía. Las clasificaciones de delincuentes que habían guiado la definición de los fines preventivo-individuales de la pena fueron abandonadas y dieron paso a ciertos conocimientos, de carácter pedagógico y social más evolucionados, defendiéndose el fin de la pena a través del concepto de resocialización, quedando atrás el causalismo antropológico y biológico de la época de von Liszt y Ferri, cuyo déficit de verificación empírica lo hacía científicamente insostenible, y adquiriendo una enorme relevancia la ejecución penal basada en la idea de tratamiento para la resocialización social.

Los positivistas de la segunda mitad del siglo XIX dejaron de lado el aspecto de la pena como retribución, centrando su atención en el aspecto de la prevención, mirando, pues, no al pasado, sino al futuro. En esta nueva orientación destaca el referido Programa de Marburgo, y en España e Iberoamérica no cabe duda de la importancia que tuvo Jiménez de Asúa, discípulo de von Liszt, quien en su tesis doctoral sobre la sentencia indeterminada decía que mediante ésta debía someterse a una persona “al régimen penal exactamente como un enfermo es enviado a un hospital hasta que su curación sea absolutamente completa”<sup>12</sup>. Jiménez de Asúa, con su propuesta progresista de sentencia indeterminada, sugería una

---

<sup>11</sup> Una excelente traducción del texto se puede encontrar en *La idea del fin en el derecho penal*, trad. de Carlos Pérez del Valle, con una amplia introducción de J. M. Zugaldía, Granada, 1995.

<sup>12</sup> Jiménez de Asúa, L., *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas «a posteriori»*, Madrid, 1913, p. 62. Obra reeditada, por Marcial Pons, Madrid, 2013, con presentación de uno de los discípulos del maestro, Enrique Bacigalupo.

modificación del Código Penal español entonces vigente, el de 1870, inspirado en gran medida en el de 1848, a fin de que a determinados delincuentes, peligrosos, se les aplicara una medida sin limitación temporal, para lograr así su resocialización. Para Jiménez de Asúa, todos los delincuentes eran corregibles, susceptibles de algún tipo de tratamiento, a diferencia de lo que pensaban otros autores, como su maestro alemán, Franz von Liszt, que en el Programa de política criminal de Marburgo contemplaba la inocuización para los incorregibles. Por eso decía D. Luis en la mencionada obra que “el fin de la pena no es otro que hacer cesar el peligro que el delincuente representa para la sociedad por medio de una tutela que le enmiende, le corrija, le transforme, en fin, en un ser útil socialmente”<sup>13</sup>, añadiendo que el fin de la pena es corregir previniendo, y “al realizar la pena esta función correctiva realiza también la función preventiva, pues transformando al individuo evita que éste vuelva a delinquir, cesando de este modo el peligro que para la sociedad representaba”<sup>14</sup>.

No cabe duda de la influencia en Jiménez de Asúa de la filosofía krausista de Giner de los Ríos, e incluso del profesor salmantino Pedro Dorado Montero (1861/1919), defensores de la idea de protección y corrección.

Junto a las anteriores teorías, hay otras, de carácter ecléctico, llamadas teorías mixtas o de la unión, que intentaron combinar los principios legitimantes de las anteriores teorías, buscando una adecuada síntesis entre la justicia y la utilidad social, y que son producto en buena medida de las discusiones entre los partidarios de las teorías absolutas y las relativas (“lucha de escuelas”), que presidieron el panorama científico-penal durante los primeros años del siglo XX. Por ejemplo, Maurach afirmaba que la utilidad de la pena debía contemplarse siempre y cuando no se requiriera ni exceder ni atenuar la pena justa<sup>15</sup>. Y Roxin propuso la concepción dialéctica de la pena, sosteniendo que en el momento de la amenaza el fin de la pena es la prevención general, en el de la determinación de la pena los fines preventivos son limitados por la medida de la gravedad de la culpabilidad, y en el momento de la ejecución adquieren preponderancia los fines resocializadores<sup>16</sup>.

También en este marco debe situarse el Proyecto Alternativo alemán (*Alternativ Entwurf*) que, en 1966, un grupo de profesores opusieron como alternativa al proyecto gubernamental de 1962. Este Proyecto, partiendo de la idea de que “la pena es una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son los hombres”, rechazaba ya la retribución como fundamento de la pena, concibiéndola en el sentido de protección de la comunidad y de los bienes jurídicos de sus integrantes, y de reincorporación del sujeto a la misma. La pena sirve, según

---

<sup>13</sup> Op. cit., p. 49.

<sup>14</sup> Op. cit., p. 51.

<sup>15</sup> Maurach, R., *Deutsches Strafrecht*, 4ª ed., Allgemeiner Teil, 1971, p. 63.

<sup>16</sup> Roxin, C., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, p. 28.

el parágrafo 2 del referido Proyecto, “para la protección de los bienes jurídicos y para la reinserción del delincuente en la comunidad”, y según el parágrafo 7 “el fin de la ejecución de la pena es fomentar la reinserción del condenado en la comunidad”.

Ahora bien, este Proyecto no prescindió ni de la pena perpetua de privación de libertad, ni de la medida consistente en la custodia de seguridad, aplicable después del cumplimiento de la pena, aunque haciendo hincapié en la idea de tratamiento y terapia social para el logro de la resocialización.

La racionalidad político-críminal de las anteriores teorías se basaba en la idea tradicional de la racionalidad instrumental<sup>17</sup>. Es decir, racional era la utilización de medios adecuados para obtener un fin según la experiencia; por ejemplo, en la etapa del protagonismo de la resocialización mediante tratamiento, que el Proyecto Alternativo alemán de 1966 abanderó como una de sus principales señas de identidad, el derecho penal se consideraba como el medio adecuado para lograr, a través de una ejecución penal basada en tratamientos de rehabilitación social, el fin de la resocialización. Teorías que, en verdad, han predominado hasta la actualidad, aunque no se ha ocultado en la doctrina el escepticismo respecto de la consecución de los respectivos fines a través de la pena, por ejemplo de la obtención de la resocialización mediante una ejecución penal puramente terapéutica.

Hoy, superada la idea de la resocialización, que se llegó a considerar como una utopía, se puede afirmar que es de nuevo la idea de la prevención general la que predomina, aunque asumiéndose la imposibilidad de una demostración empírica de sus efectos. Por ello, la llamada teoría de la prevención general positiva, que representa actualmente lo que podríamos denominar «estado actual de la cuestión» en esta materia, y que es defendida, en distintas versiones<sup>18</sup>, por destacados autores como Jakobs, Hassemer, Schünemann, Kindhäuser o Bacigalupo, entre otros muchos, no requiere verificación empírica alguna, sino que ofrece una visión sobre la función social que debe cumplir el derecho penal, luego también la pena, sin cerrar la discusión sobre el deseable desarrollo y humanización, sin duda a través de la resocialización, al menos como ideal, de las penas y su ejecución, así como el ofrecimiento de alternativas a la pena de prisión, haciendo posible, al mismo tiempo que se afirma el reconocimiento de la norma, a través de la imposición de la pena, la realización de aquel ideal.

---

<sup>17</sup> V., sobre el cambio de paradigma de la racionalidad, Bacigalupo, E., *Teoría y práctica del Derecho penal*, cit., p. 974.

<sup>18</sup> V., en la bibliografía española, sobre las distintas teorías de la prevención general positiva, Pérez Manzano, M., *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1990.

Las teorías de la prevención general positiva se enmarcan dentro de lo que podríamos denominar «derecho penal simbólico»<sup>19</sup>, independizado de toda base empírica, de la que, en verdad, carecen todas las teorías preventivas clásicas<sup>20</sup>. Es decir, como no se pueden cumplir los fines de prevención general o especial asignados a la pena por aquéllas, o al menos no se puede comprobar empíricamente el logro de los mismos, se le atribuye a la pena una función simbólica, independizada de la demostración de aquel efecto preventivo.

La función de la pena, pues, pasa desde el plano de las teorías basadas en la racionalidad instrumental (la pena como medio para lograr ciertas metas) al plano de la racionalidad comunicativa (la pena como respuesta al ilícito, comunicándose a través de la misma la decisión de ratificación de la norma quebrantada)<sup>21</sup>.

Hoy, en palabras de Bacigalupo, en lugar de la legitimación basada en la razón instrumental, “se propone legitimar el derecho penal por medio de la razón comunicativa”<sup>22</sup>.

Desde la perspectiva de la prevención general positiva se entiende que el sistema es autosuficiente, pues lo que se pretende afirmar es, lisa y llanamente, la estabilización de la norma a través de la aplicación de la pena, es decir, no genera falsas expectativas (como, por ejemplo, «vamos a aumentar las penas para evitar que se cometan más delitos» o «vamos a agravar la pena del delincuente para que no vuelva a delinquir»), ni pretende basar su fundamento en un elemento empíricamente indemostrable, lo que supondría, pues, el engaño a la sociedad; la pena se aplica, sencillamente, para demostrar que la norma está vigente, reforzándose así la confianza general en la misma. En este sentido, dice Jakobs, la legitimidad de la pena está en su función de comunicar socialmente la desaprobación de la vulneración de la norma por el autor, ratificándose y estabilizándose así las

<sup>19</sup> Cfr. Parma, C. y Mangiafico, D., *Derribando Muros*, con prólogo del profesor Jaén Vallejo, M., cuando refieren cómo la prevención general positiva entiende la pena como comunicación de la confirmación de la confianza en la vigencia de las normas pese a su ocasional infracción, destacando así su función simbólica, en cuanto supone una manifestación de la voluntad de la vigencia del derecho frente al injusto, pp. 186 y 187.

<sup>20</sup> Cfr., ampliamente, el interesante trabajo de Zugaldía Espinar, J.M., sobre “¿Qué queda en pie en el derecho penal del principio «mínima intervención, máximas garantías»”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 79/2003, pp. 109 y ss. (115 y 116).

<sup>21</sup> Bacigalupo, E., conferencia sobre “El estado actual de la teoría del delito”, pronunciada el 29 de julio de 2004, en la Academia Colombiana de la Abogacía, con ocasión de la concesión a Enrique Bacigalupo, por el Congreso de la República de Colombia, de la Condecoración de la Orden de la Democracia Simón Bolívar en el grado de Gran Oficial, y la Condecoración con la Gran Cruz de la Academia Colombiana de la Abogacía.

<sup>22</sup> Bacigalupo, E., en C. Gómez-Jara Díez (ed.), *Teoría de sistemas y derecho penal*, Granada, 2005, pp. 319 y ss.

expectativas legalmente garantizadas, sin que ello suponga una renuncia a la idea de tratamiento en la ejecución penal<sup>23</sup>.

La idea que está a la base de esta teoría la explica con gran claridad Sánchez-Vera Gómez-Trelles en los siguientes términos: «La moderna sociedad se haya sumamente interrelacionada, de tal modo que dependemos los unos de los otros. Para comer, dependemos de todos los que intervinieron en la cadena productiva, o para ir al trabajo dependemos del conductor del transporte público y hasta de los otros conductores»<sup>24</sup>. «Para poder orientar el comportamiento a seguir, pues, en un mundo tan complejo – continúa Sánchez-Vera –, hay que contar con los comportamientos de los demás ... En otras palabras: debemos poder basar nuestro comportamiento en ciertas expectativas sobre el comportamiento de los demás: en los ejemplos propuestos, la expectativa de que, por ejemplo, no se rompa la cadena del frío de los productos que consumimos, o la expectativa de que el conductor del transporte público y los otros conductores respeten las señales de tráfico»<sup>25</sup>. Pues bien, añade este autor, «la función del derecho penal es la protección de esas expectativas mínimas» para el desenvolvimiento de la vida en sociedad. Ciertamente, continúa diciendo Sánchez-Vera, «las expectativas avaladas por el Derecho penal resultan defraudadas en muchas ocasiones: se producen accidentes de tráfico y envenenamientos por consumir productos en mal estado. Sin embargo, en estos casos de defraudación la expectativa es reafirmada, precisamente, mediante la pena, confirmándose así que quien orientó su comportamiento según la expectativa no se equivocó, sino que se equivocó quien le defraudó, pues la expectativa defraudada se confirma o estabiliza a costa del defraudador, a quien se le impone una pena»<sup>26</sup>.

Por eso se habla de prevención general positiva. Mediante la pena se hace ver a la generalidad que la norma penal rige, aunque haya sido defraudada. Se confirma por ello, positivamente, la confianza en la vigencia de la norma.

Esta parece que es la tendencia actual en la doctrina sobre el fundamento legitimador del derecho penal: un derecho penal estabilizador de expectativas, luego de normas; un derecho penal basado, no en la racionalidad instrumental, como en las teorías dominantes en el pensamiento penal imperante durante tanto tiempo, casi dos siglos, sino un derecho penal basado en la racionalidad comunicativa, en cuyo desarrollo han tenido una importancia extraordinaria autores como Niklas Luhmann, con su teoría de los sistemas sociales<sup>27</sup>, Jürgen Habermas, con su concepto de

---

<sup>23</sup> Jakobs, G., *Strafrecht*, 2ª ed., 1991, p. 6.

<sup>24</sup> Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., texto mecanografiado de su proyecto docente.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> V. Urteaga, E., "La teoría de los sistemas de Niklas Luhmann", Universidad del País Vasco, 2009.

acción comunicativa<sup>28</sup> y, naturalmente, Günther Jakobs. En palabras de Bacigalupo, “la dogmática penal se encuentra frente a un cambio de sus criterios de racionalidad; se orienta a la razón comunicativa (con o sin la teoría de los sistemas sociales)”<sup>29</sup>.

7. Pero no sólo las teorías de la prevención general positiva tienen en cuenta esta nueva racionalidad comunicativa, no instrumental, de la pena. También asistimos hoy en día al fenómeno de cierto retorno de las teorías absolutas, que resurgen principalmente por la falta de seguridad de las demostraciones empíricas que requieren las teorías tradicionales de la pena. Es el caso, por ejemplo, de la moderna teoría de la retribución, defendida por Köhler, para quien “la pena es una necesidad categórica de un derecho penal abierto a la libertad”<sup>30</sup>, que tiene como finalidad “negar el delito”, “sin ser un mal empírico”, es decir, se trata de “una disminución del status de los derechos fundamentales del autor del delito, cuya finalidad es compensar éste y, así, restaurar la validez de las relaciones jurídicas”<sup>31</sup>. También Pérez del Valle, rechaza que la pena pueda concebirse como prevención, afirmando que “la pena es retribución (castigo para el culpable proporcionado a la gravedad de la culpabilidad del autor en el delito) mediante la expiación (sufrimiento que muestra la desaprobación social de la conducta)”<sup>32</sup>, aclarando que expiación implica “ratificación de la vigencia de las normas como exigencia del bien común”<sup>33</sup>.

En cualquier caso, hoy no se niega que, independientemente de la función que acompañe a la pena, la de restaurar la paz jurídica (Roxin), o la estabilidad del sistema (Jakobs), o la de responder a la culpabilidad del autor y mantener las condiciones fundamentales de la coexistencia social e identidad normativa de la sociedad (Lesch<sup>34</sup>), tal función, como ya se dijo, debe ir acompañada también, al menos en el momento de ejecución de la pena, de la prevención especial, dirigida a evitar que el delincuente vuelva a delinquir, a través de su «resocialización».

Así, Jakobs defiende la teoría de la prevención general positiva, como teoría principal, pero añadiendo que la misma puede ser completada por la prevención especial, como teoría subsidiaria, en el momento en el que el legislador elige los marcos penales, en el de la individualización judicial de la pena y, por supuesto, en el momento de su ejecución.

<sup>28</sup> V. Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, 1987 (traducción de Manuel Jiménez Redondo).

<sup>29</sup> Bacigalupo, E., “Sobre el Derecho penal y su racionalidad”, en su obra *Teoría y práctica del Derecho penal*, tomo I, Madrid, 2009, p. 115.

<sup>30</sup> Köhler, M., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1997, p. 50.

<sup>31</sup> Op. cit., p. 51.

<sup>32</sup> Pérez del Valle, C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 2016, p. 34.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> Cfr., Lesch, H., *La función de la pena*, Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”, Madrid, 1999.

Ahora bien, hoy en día, no se trata, como ocurría con la concepción negativa de la prevención especial, de concebir la pena como un instrumento de motivación coactiva dirigida al autor, sino de evitar la reincidencia intentando conjurar las causas que lo llevaron a aquél a delinquir, a través de su resocialización (prevención especial positiva).

Precisamente, este último punto de vista ha tenido una importancia extraordinaria en el ámbito de la ejecución de las penas privativas de libertad, y es el que favoreció el surgimiento de instituciones tales como la suspensión condicional y la libertad condicional, hoy esenciales en cualquier código penal.

Aunque para que se le pudiera dar a la pena la importancia que tiene, con todas las posibilidades que se abren en un sistema de doble vía y con alternativas, e incluso con formas de inejecución, como la suspensión, sería más satisfactorio dividir el juicio en dos fases autónomas: en la primera, se decidiría sobre la culpabilidad del autor respecto de unos hechos concretos, es decir, se decidiría sobre la necesidad o no de reafirmar la expectativa supuestamente defraudada por un presunto autor; y la segunda fase se ocuparía de determinar las consecuencias jurídicas pertinentes, teniendo en cuenta los aspectos preventivo especiales de la pena o, en su caso, de la medida de seguridad<sup>35</sup>.

Otro autor alemán, Köhler, antes mencionado, luego de referirse a la falta de seguridad de las demostraciones empíricas, defiende su teoría de la pena como una consecuencia de la necesidad de negar el delito, que no es mal empírico, ni una prestación moral en el sentido de la expiación, sino una pérdida del autor respecto de su status de derechos fundamentales, que tiene la finalidad de compensar el delito y, de esta manera, restituir validez a las relaciones jurídicas<sup>36</sup>, algo muy cercano a la tesis defendida en su día por Kant, pues la compensación del delito por la pena impuesta a su autor es una idea muy próxima al "imperativo categórico" defendido por este autor, aunque ahora sin negar al mismo tiempo tanto una función de preventivo especial como de preventivo general. Lo que se pone en duda es que la racionalidad de la pena sea meramente instrumental.

Y no han faltado autores que han criticado que se prescinda de una demostración psicológico social, como es el caso de la prevención general, o psicológico individual, caso de la prevención especial, de la pena. Así, Stratenwerth,

---

<sup>35</sup> V. el trabajo de Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., "Una reforma necesaria para acompañar al nuevo Código penal: el juicio oral en dos fases", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 73, Madrid, 2001, pp. 159 y ss., y Jaén Vallejo, M., "Derechos procesales fundamentales: su proyección en la fase de instrucción, en el juicio oral y en el sistema de recursos", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 89, pp. 40 y 41, sosteniendo la coherencia del juicio oral a dos fases (bifásico) con un sistema judicial en el que se pretenda dar a la individualización de la pena en sede judicial la importancia que realmente merece.

<sup>36</sup> Köhler, M., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1997, p. 51.

quien advierte que entonces a la pena sólo le queda una función meramente simbólica, comunicativa de la reprobación del delito y restauradora de la norma quebrantada, sin efecto preventivo alguno, al menos empíricamente demostrable<sup>37</sup>.

En realidad, puede afirmarse que la pena siempre ha tenido ese carácter simbólico, que no parece que deba plantear problemas siempre y cuando a través de la misma se intente alcanzar, en su caso, la rehabilitación y reinserción social del penado, aunque ello no constituya la esencia o fin de la pena. Y la tendencia de las nuevas teorías de la pena se basa predominantemente en la idea de la racionalidad comunicativa, quedando abiertas cuestiones tales como la relativa a qué pena y cuánta pena es necesaria para ratificar la norma infringida o para proteger cada uno de los bienes jurídicos.

Es claro que si el fin exclusivo de la pena fuera la prevención especial, en los casos en los que el sujeto no tuviera tendencia alguna a reincidir y no necesitara reinserción, la imposición de la pena y, por tanto, el ejercicio del *ius puniendi*, quedaría totalmente deslegitimada. Dicho de otra manera: si la racionalidad de la pena fuera meramente instrumental, esto es, como un instrumento para conseguir algún fin, como es el caso de la reinserción social, tal racionalidad desaparecería, tanto cuando no fuera posible confirmar empíricamente el logro de aquel fin, como cuando éste, sencillamente, no fuera necesario<sup>38</sup>.

Tanto los autores que defienden la teoría de la prevención general positiva, en sus distintas versiones, como los que defienden las modernas concepciones de las teorías absolutas<sup>39</sup>, se basan en el paradigma de la racionalidad comunicativa: la pena se mantiene en un plano exclusivamente comunicativo, comunicándose a través de la misma la decisión de ratificar la vigencia de la norma quebrantada. De todos modos, no se niega que la pena pueda cumplir otras funciones, como evitar la reincidencia, lograr la intimidación de potenciales delincuentes, la reinserción del delincuente, la protección de la sociedad, etc. Debe separarse, pues, lo que es la esencia o fundamento de la pena, de las eventuales funciones preventivas instrumentales que puedan alcanzarse a través de la pena<sup>40</sup>.

Como lo ha puesto de relieve Bacigalupo, con referencia a la, quizá dominante, teoría de la prevención general positiva, esta teoría tiene el mérito de no generar falsos optimismos en relación a las posibilidades de ejecución de la pena<sup>41</sup>,

---

<sup>37</sup> Stratenwerth, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2000, núm. 28.

<sup>38</sup> Cfr. Jaén Vallejo, M., *Cuestiones básicas del derecho penal*, Universidad Austral, Buenos Aires, 1998, p. 47.

<sup>39</sup> V., por ejemplo, Lesch, H., *La función de la pena*, Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa, Madrid", 1999, en donde este autor defiende una teoría funcional de la retribución.

<sup>40</sup> V. en este sentido, Jaén Vallejo, M., "Pena y/o medida", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, núm. 3/2006, p. 422.

<sup>41</sup> Bacigalupo, E., *Principios de derecho penal, Parte General*, Madrid, 1990, pp. 24 y 25.

de manera que la opción por la prevención general positiva no cierra la discusión acerca de las alternativas reales de la pena privativa de libertad, esto es, “la discusión sobre el progreso de la idea de un derecho penal más humano”<sup>42</sup>.

### **CONCLUSIONES**

Hay que superar la idea de que un aumento de las penas permite resolver mejor los conflictos sociales que suponen los delitos y terminar con la creencia de que el derecho penal es un «arma» y que su función es la «lucha contra la delincuencia», como si los delincuentes fueran los enemigos de la sociedad

El fenómeno de la delincuencia debe situarse en el marco de la política social, pues una sociedad que logra recuperar a los delincuentes, logrará al mismo tiempo una mejor protección y seguridad.

Todo código penal debe ofrecer un extenso abanico de posibilidades en el ámbito de consecuencias penales, contemplando la pena de prisión como una excepción, y proporcionando a la fase de ejecución de las penas la importancia que realmente tiene, aunque ello, ciertamente, puede poner en evidencia las carencias materiales de la justicia penal. La posibilidad de suspensión, especialmente tratándose de delincuentes primarios, o de sustitución de la pena de prisión por otra no privativa de libertad, debe contemplarse con la mayor amplitud posible, para hacer así realidad el principio de excepcionalidad de aquella pena.

Hay que rechazar la tendencia oportunista de algunos legisladores hacia el populismo punitivo, empujados no pocas veces por los medios de comunicación, en la creencia de que un endurecimiento de las penas, y del sistema penal en general, permite una más eficaz protección y seguridad de la sociedad y sus intereses frente a la delincuencia, olvidando que la mejor manera de lograr estos deseables objetivos es a través de la recuperación social del delincuente, una pretensión básica en el marco de un derecho penal basado en el principio de humanidad.

---

<sup>42</sup> Op. cit., p. 25.

---

# JUSTIÇA RESTAURATIVA E TRANSMODERNIDADE

---

Fabiola Orlando<sup>1</sup>

The new paradigm proposal of the criminal justice system is the recognition of the crime as a human conflict that generates other expectations, beyond mere punishment or satisfaction of state punitive intention . The demanded change is a new model of criminal justice , more humane and inclusive , that contemple the crime as a social problem and community , able to respond to the legitimate demands of all those involved in the criminal phenomenon: the reparation to the victim , whose role was rediscovered. It is the development of a new culture , resistant to simplifying practices to combat crime - is the state violence in response to violence offender, and at the other end , the permissive that prevents accountability

A nova proposta paradigmática do sistema de justiça criminal é pelo reconhecimento do crime como um conflito humano, que gera outras expectativas, além do mero castigo ou da satisfação da pretensão punitiva estatal. A mudança reclamada é por um novo modelo de justiça penal, mais humano e integrador, que contemple o delito como um problema social e comunitário, capaz de responder às demandas legítimas de todos os implicados no fenômeno criminal: a reparação em favor da vítima, cujo protagonismo foi redescoberto: a reintegração do ofensor e uma eficaz política criminal preventivista<sup>2</sup>. É o desenvolvimento de uma nova cultura, resistente às práticas simplificadoras de combate à criminalidade – seja a da violência estatal em resposta a violência do ofensor, e, no outro extremo, do permissivo que impede a sua responsabilização.

Atualmente, as respostas disponibilizadas pelo sistema de justiça criminal para resolução de conflitos (absolvição, sentença condenatória, transação penal,

---

<sup>1</sup> Advogada, Negociadora, Mediadora, e Sócia do Escritório Custódio, Orlando & Advogados Associados. Formada pela Universidade de Brasília. Pós- Graduada em Direito Ambiental e Recursos Hídricos. Mediadora de Conflitos. Especialista em Violência Doméstica e crianças abusadas, e Mediadora Interdisciplinar. Especialista em Arbitragem Internacional. Diretora de Comunicação do CEBRAMAR. Membro e Ex. Diretora Financeira do Instituto dos Advogados do Distrito Federal IAD/DF; Ex-presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da OAB/DF; Presidente da Rede Internacional de Excelência Jurídica - DF. Diretora de Mediação do Centro Internacional de Arbitragem e Mediação. Membro da Associação E-Justicia-Latinoamerica; Vice-Presidente do IBRADES – Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Sustentável.

<sup>2</sup> TIVERON, Raquel. *Justiça Restaurativa: A construção de um novo paradigma de justiça criminal. Aspectos Psicológicos*. Brasília, DF: Theasurus. p. 126.

suspensão condicional do processo ou da pena), são restritas e entabuladas exclusivamente entre Estado e Ofensor, de modo que a vítima e a comunidade é excluída. Ao agir dessa forma, o sistema desperdiça possibilidades proveitosas de exploração de novas respostas, e as partes – para quem haveria a possibilidade de ganhos mútuos<sup>3</sup>.

Ou seja, a cultura jurídica vigorante é a punitiva. Nela o ofensor deve pagar o mal causado por meio da pena, a qual serve para castigá-lo, desestimulá-lo, neutralizá-lo, e tratá-lo para que volte a vida em sociedade. Assim, o paradigma punitivo contemporâneo não tem logrado oferecer soluções adequadas para o da criminalidade crescente seja porque a reação ao crime não tem sido rápida, eficaz e capaz de prevenir novos delitos, seja porque a alegada finalidade de ressocialização do ofensor, se considerada como forma de intervenção benéfica e positiva nele, também não tem sido alcançada<sup>4</sup>.

O paradigma vigente concebe o crime como sendo uma violação das leis do Estado. O delito é um fato típico, antijurídico e culpável, merecedor de sanção. Há um enfrentamento simbólico entre a lei e o violador, e a este é atribuído o papel de sujeito ativo da infração, enquanto a vítima é meramente o sujeito passivo da relação. Essa concepção ideal de um sujeito formal, encapsulado em si mesmo e apartado de suas relações humanas, e do paradigma moderno<sup>5</sup>.

É essencial que se abra espaço para a emergência de mecanismos menos institucionalizados de resolução de conflitos e que se desloque alguma demanda dos tribunais para outras instâncias decisórias e nos espaços supraestatais. O sistema de justiça deve incorporar uma reflexão explícita sobre o problema do enquadramento, ou seja – quem são precisamente os sujeitos relevantes para a justiça e quem são os atores sociais que devem dela participar – Evitando que os padrões institucionalizados de valor cultural tratem alguns autores como inferiores, excluídos ou invisíveis.

Warat ensina que, no paradigma moderno, considera-se pessoas como meros sujeitos jurídicos, o ser pensado como um ente e uma distorção violenta, viciosa e uma denegação de humanidade – **Uma visão impessoal e mecanicista do indivíduo não se coaduna com a peculiaridade do ser humano, único e irrepetível**<sup>6</sup>. O autor afirma a importância de uma mudança de paradigma que

---

<sup>3</sup> FARIA, Jose Eduardo. O sistema brasileiro de justiça: **experiência recente e futuros desafios**. In: **Estudos Avançados**, vol.18, n.51, mai-ago, São Paulo, 2004, p. 103-125.

<sup>4</sup> TIVERON, Raquel. Justiça Restaurativa: **A construção de um novo paradigma de justiça criminal. Aspectos Psicológicos**. Brasília, DF: Theasurus. p. 125.

<sup>5</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura. Os tribunais nas sociedades contemporâneas – o caso português. Porto: Edições Afrontamento, 2010, p. 31.

<sup>6</sup> WARAT, Luis Alberto. Ecologia, psicanálise e mediação. In: WARAT, Luis Alberto (org). Em nome do acordo: a mediação no direito, 2 ed. Argentina: Almed, 1998, p. 161.

reconheça a singularidade do ser, a humanidade presente nas suas relações a outridade e a humanização dos seus conflitos.

O discurso científico moderno emprega termos como determinismo, universalidade e progresso. O direito não escapou a esses pressupostos míticos e crê na existência de fórmulas mágicas que podem realizá-los na sociedade, na forma de uma geometria racional e unívoca, como simbolizam os tipos penais e suas penas. Ou seja, o sistema criminal, positivista, dogmático, baseado na figura do ofensor e na atribuição de culpa, partindo de um ponto de vista universal para as situações problemáticas, sem considerar o seu contexto ou fornecer alternativas emancipatórias para enfrentá-las.

Já no discurso pós-moderno incorpora o fator complexidade de modo a possibilitar o reconhecimento da diferença entre os atos desviantes e os criminalizados e permitir a construção de respostas distintas para eles e diminuir a violência do controle estatal. **Revaloriza-se, portanto, o que convencionalmente se chama de humanidades ou estudos humanísticos, especialmente em matéria de crime e punição.**

No paradigma jurídico-cultural pós-moderno, a justiça passa a se preocupar com a qualidade de vida e não em castigar supostos desvios valorativos, morais ou de ações - **considerados como tais por uma civilização que faz da ordem sua neurose.** A pós-modernidade renuncia a emergência de um paradigma de sentidos e sensibilidades, baseada na relação interpessoal como condutora de um direito transmoderno.

Adverte Warat que há um momento em que a utopia moderna decai em favor da condição pós-moderna, cujos pilares são a desconstrução, a alternativa e a descentralização. Ao desconstruir, o pós-modernismo abdica-se das ilusões racionais da modernidade e deixa de lado as ilusões semiológicas dos grandes relatos que fundamentaram o sentido comum manipulador dos juristas da modernidade<sup>7</sup>.

Salo de Carvalho informa que as tendências pós-modernas causaram uma mudança na agenda da investigação criminológica – **substituíram seus tradicionais objetos de análise – crime, criminoso, reação social, instituições de controle. Analisa-se, assim, a gramática do crime, um estilo punitivo nos círculos informais de controle social**<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> WARAT, Luis Alberto. Ecologia, psicanálise e mediação. In: WARAT, Luis Alberto (org). Em nome do acordo: a mediação no direito, 2 ed. Argentina: Almed, 1998, p. 159.

<sup>8</sup> TIVERON, Raquel. Justiça Restaurativa: **A construção de um novo paradigma de justiça criminal.** Brasília, DF: Theasurus. p. 130.

A transciência, diferentemente, da pós-modernidade, não se destina a criticar a razão, mas ampliá-la, estendendo-a ao sensível, ao que se vive na experiência. Se a racionalidade moderna não aceitava o caótico, encerrando-o em objetividades e conceitualidades, buscando fundamentos absolutos e universais, a transciência aceita a contradição, o caos, a fragmentação, o imprevisível na conduta de um indivíduo. O novo paradigma em vez de eternidade, busca a história, em vez do determinismo, a imprevisibilidade, em vez do mecanicismo, a interpenetração, a espontaneidade e a auto-organização em vez de reversibilidade, a irreversibilidade e a evolução, em vez da ordem a desordem, em vez da necessidade, a criatividade e o acidente<sup>9</sup>.

A transmodernidade é a tentativa de retorno para a autonomia, uma transição impulsionada por uma nova sensibilidade como forma de a pessoa encontra-se consigo mesma e com os outros. O dever da ética é substituído pela solidariedade, compaixão e alteridade e o normativismo do Direito é substituído por mediação, participação direta e de encontro face a face. Esse trânsito é chamado de transmodernidade.

A transmodernidade não diz respeito necessariamente à alteridade, mas sim OUTRIDADE – Um espaço ético de reconhecimento, existente entre duas pessoas, que lhes permite se enxergarem mutuamente, desconstruírem-se e, mirando-se um no outro, descobrirem o que falta em suas supostas existências completas.

Assim, verifica-se que o paradigma transmoderno introduz a consciência do sujeito no próprio objeto do conhecimento, ocasionando uma transformação radical nesta distinção sujeito – objeto – Prega outra forma de conhecimento compreensivo e íntimo que não separa, antes que se une ao pesquisador que e estudado.

Na transmodernidade, o conhecimento científico traduz-se num saber prático, ou seja, visa constituir-se em ensinar a viver em senso comum – Os sistemas de crenças, os juízos de valor não são colocados antes nem depois da explicação científica da natureza da sociedade, mas são as partes integrantes dessa justificação. Na origem de uma nova racionalidade estão o senso comum e a humanidade, interpenetrados pelo conhecimento científico.

Neste diapasão, a justiça restaurativa e a proposta transmoderna possuem muita coisa em comum. No âmbito restaurativo, o próprio ideal de justiça é redefinido em prol de um arquétipo reparador e integrador, afinando-se com o plano

---

<sup>9</sup> TIVERON, Raquel. Justiça Restaurativa: **A construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Theasurus. p. 130.

transmoderno de criação de um espaço de convergências, solidariedade e compaixão<sup>10</sup>.

A justiça restaurativa contempla o conflito criminal de modo diferenciado, optando por tratá-lo e não afastar ou suplantar. Ela reconhece a sua especificidade, complexidade e diversidade – diferentemente da visão impessoal e mecanicista da modernidade<sup>11</sup>. Ela o personaliza, de forma a resgatar sua dimensão humana, real, concreta e histórica, abrindo espaço para humanização, para o reconhecimento da outridade e para manifestação de sentimentos e de sensibilidades, tal como na proposta transmoderna. Nela, as partes tem a oportunidade de exteriorizar suas vivências com relação ao fato conflitivo, satisfazendo a sua dimensão emocional e relacional, sem as limitações e os condicionamentos próprios do processo penal, que instrumentaliza e revitimiza os personagens.

Ao contrário, a justiça moderna despersonaliza o conflito delituoso, distancia artificialmente autor e vítima e propicia a indiferença e a falta de solidariedade do ofensor em relação a vítima e a comunidade. Nela, a intervenção no conflito é feito de modo técnico e formalista – sua orientação repressiva a obriga a conformar-se com a imposição do castigo ao culpado, sem reclamar desta mudança de atitude. Sob o prisma da modernidade, a justiça criminal não apresenta respostas aos conflitos sociais – torna-se uma fonte de conflitos.

Ensina Hulsman que *“O sistema criminal reconstrói o crime a ordem dos acontecimentos de um modo bastante específico, produz uma construção artificial da realidade a partir de um episódio definido no espaço e no tempo, e imobiliza a ação daquele momento, voltando-se contra uma pessoa, um indivíduo, a quem pode atribuir o comportamento e a culpa. Assim, o indivíduo e isolado de seu ambiente, dos amigos, da família, do seu mundo e da vítima e são ignorados aspectos importantes do conflito. As pessoas são afastadas artificialmente de seus contextos e separadas”* – *A organização da cultura criminal a humanidade, tão valorizada pela perspectiva transmoderna*<sup>12</sup>.

Os desafios multifacetados da justiça contemporânea exigem dos julgadores e aplicadores do Direito a criatividade e empenho para a sua solução. Ou seja, importante e necessário que a despeito do arcabouço jurídico moderno, muitas vezes rígido e defasado, que se prepare para lidar com os conflitos emergentes em uma sociedade heterogênea e complexa.

---

<sup>10</sup> TIVERON, Raquel. *Justiça Restaurativa: A construção de um novo paradigma de justiça criminal*. Brasília, DF: Theasurus. p. 130.

<sup>11</sup> TIVERON, Raquel. *Justiça Restaurativa: A construção de um novo paradigma de justiça criminal*. Brasília, DF: Theasurus. p. 133.

<sup>12</sup> Tiveron, Raquel. *Justiça Restaurativa: A construção de um novo paradigma de justiça criminal*. Brasília, DF: Theasurus. p. 134.

Vivenciamos o Estado atuando com base em instrumentos normativos obsoletos, rigorosos e sem vínculos com a realidade emergente. As demandas atuais geralmente possuem uma dimensão comunitária e grupal que desafiam as regras processuais vigentes. A justiça restaurativa, por compreender a especificidade dos conflitos, reconhece a diversidade das soluções que eles reclamam e oferece possibilidades de respostas mais criativas, mais adequadas a cada um deles, renegando a já referida tendência totalizante da modernidade.

A justiça restaurativa propugna fórmulas de intervenção no conflito igualmente diferenciadas – mediação, o círculo de paz, o círculo de sentença – todas de índole pacificadora, comunicativa, participativa, integradora e comunitária<sup>13</sup>. – **Ela permite o trânsito desta nova sensibilidade, como forma do ser encontrar-se consigo mesmo e com os outros.**

Verifica-se, ainda, que o elevado conteúdo pedagógico dos procedimentos restaurativos possibilita que uma solução para o conflito emergja como consequência natural do processo de comunicação autor-vítima, da percepção direta do dano causado, como potencial de mudança de atitudes dos envolvidos, rechaçando qualquer imposição coativa ou heterônoma de desfechos – **coincide com o culto a riqueza, diversidade e a imprevisibilidade transmodernas.**

Em comum entre o paradigma restaurativo e a transmodernidade esta a valorização da micro-justiça do cotidiano comprometida com as possibilidades reais e usuais, mediante a afirmação e o reconhecimento da outridade e não da sua eliminação<sup>14</sup> – A justiça restaurativa não vê no outro ou no conflito algo nocivo, mas uma confrontação construtiva, revitalizadora. O conflito seria uma diferença enérgica, um potencial construtivo.

**Diante disso, a justiça restaurativa se une a transmodernidade para conferir um salto qualitativo no sistema de justiça, superando a condição jurídica moderna alicerçada no litígio, na rigidez, e numa visão negativa do conflito.**

Warat ressalta que os juristas pensam que o conflito é algo que tem de ser evitado. Eles os redefinem, pensando-o como litígio, como controvérsia. Jamais os juristas pensam o conflito em termos de satisfação, o conflito como forma de inclusão do outro na produção do novo<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> TIVERON, Raquel. *Justiça Restaurativa: A construção de um novo paradigma de justiça criminal*. Brasília, DF: Theasurus. p. 137.

<sup>14</sup> TIVERON, Raquel. *Justiça Restaurativa: A construção de um novo paradigma de justiça criminal*. Brasília, DF: Theasurus. p. 137.

<sup>15</sup> TIVERON, Raquel. *Justiça Restaurativa: A construção de um novo paradigma de justiça criminal*. Brasília, DF: Theasurus. p. 136.

Rafael Mendonça enfatiza que, na maioria das vezes, os próprios sujeitos não conseguem conhecer ou elaborar os seus desejos insatisfeitos e são transformados em partes, em litigantes no processo. Essa realidade gera mais indivíduos insatisfeitos e alienados de si, que em nome de uma vitória processual, valem-se das estratégias mais censuráveis do ponto de vista ético<sup>16</sup>.

Neste paradigma de solução de conflitos, os acordos de paz a que se chegam são impostos externamente em situação de supra-ordenação, após violentos e extenuantes enfrentamentos processuais – **a justiça representa um pai protetor a quem invoca do que uma instituição solidaria que esta do lado das lutas comunitárias**. Essa relação paternalista é vertical, e, por isso, dificulta a o diálogo<sup>17</sup>. O sistema de justiça, nesta concepção, e o único detentor dos saberes que importam na relação, é o dono do discurso, e o que fala, o inatingível que se põe a disposição.

A justiça restaurativa é um caminho democrático para superar essas perplexidades da jurisdição ordinária. Resgata as potencialidades emancipatórias do conflito como um sendero no qual os verdadeiros atores da vida são protagonistas.

Diante disso, enquanto no sistema ordinário se fala em jurisdição, em alusão a função e ao poder estatal de dizer o direito, na perspectiva restaurativa, a expressão mais adequada é jurisconstrução, para descrever a forma de elaborar a resposta para o conflito que envolve as partes. Estes termos é mais consentâneo com a natureza humana de ser inter-relacional, sendo que um dos grandes desafios, atualmente e fomentar as relações baseadas na parceria e não na dominação, tanto na esfera pública, quanto na privada.

O paradigma emergente nas ciências abertas testemunha a existência de conexão e comunicação constantes entre as pessoas. O humano é **parte integrante na evolução da teia de conexões e comunicações que envolve o seu sistema**. Essa mentalidade difere drasticamente da cosmovisão do paradigma individualista e subjetivista moderno, baseado inicialmente nas teorias econômicas liberais e neoliberais, nas quais a competitividade é o foco principal<sup>18</sup>.

Conclui-se que a justiça restaurativa e a transmodernidade atendem a uma necessidade plurifocal da justiça, um espaço ético de reconhecimento das partes, da outridade, solidariedade, compaixão, por tratar também de cidadania, do reconhecimento da vítima e do ofensor como atos decisórios, além das preocupações tradicionais de justiça destacadas pela teoria crítica, como a

---

<sup>16</sup> MENDONÇA, Rafael. (Trans) modernidade e mediação de conflitos. Joinville. Ed. Letradagua, 2.Ed., 2008, p. 97.

<sup>17</sup> TIVERON, Raquel. Justiça Restaurativa: **A construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Theasurus. p. 136.

<sup>18</sup> TIVERON, Raquel. Justiça Restaurativa: **A construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Theasurus. p. 137.

reintegração social do ofendido, a seletividade do sistema de justiça, a igualdade de direitos, de liberdade e de oportunidades – **um sistema de justiça que não oferecer o acesso pela justiça restaurativa não poderá ser considerado, na contemporaneidade, um sistema realmente humanizado de resolução de conflitos**<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> TIVERON, Raquel. *Justiça Restaurativa: A construção de um novo paradigma de justiça criminal*. Brasília, DF: Theasurus. p. 138.

---

# LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y SU CORRELACIÓN CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CONSTITUCIONAL

## CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES ACERCA DE “LA OTRA CUARTA OLA” Y DEL CONTINGENTE SURGIMIENTO DE UN ESTADO RESTAURADOR DE DERECHO

---

Jorge Isaac Torres Manrique<sup>1</sup>

### 1 A GUISA DE PREÁMBULO

La aplicación de la justicia restaurativa paulatinamente gana más adeptos, sobre todo en España, EE.UU., Colombia, Alemania, Brasil, Uruguay, Malasia, Argentina, entre otros. Sin embargo, el enfoque de aplicación se viene orientando solamente hacia el derecho penal y procesal penal.

---

<sup>1</sup> Consultor Jurídico. Abogado por la Universidad Católica de Santa María (Arequipa). Egresado de los Doctorados en Derecho y Administración, y de las Maestrías en Derecho Empresarial y Derecho Penal, por la Universidad Nacional Federico Villarreal (Lima). Columnista de la Asociación Civil El-terno.com (Perú). Miembro del Comité Científico Internacional del Instituto Jurídico Internacional de Torino (Italia). Miembro extranjero de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional (Argentina). Experto en Derecho Empresarial y Administrativo, en Avalón, la Red de Expertos de España, Portugal y Latinoamérica (España). Miembro, par académico evaluador, corresponsal e investigador externo adscrito al Instituto Vasco de Derecho Procesal (País Vasco). Par académico evaluador de la Revista Misión Jurídica, de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca (Colombia). Investigador Externo de la Universidad Global (Honduras). Miembro Consultivo Nacional y Director de Investigaciones de la Revista de Actualidad Jurídica Essentia Juris (Perú). Autor, Coautor, Coordinador y Traductor de diversos libros de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional, Derechos Fundamentales, Garantías Constitucionales, Justicia Restaurativa, Derecho Convencional y Nuevas tecnologías. Autor de diversos artículos de carácter jurídico y de administración, en importantes medios físicos y virtuales de más de veinte países. Ponente nacional e internacional en diversos eventos académicos de carácter jurídico. [kimblellmen@outlook.com](mailto:kimblellmen@outlook.com).

Ello, ha llamado nuestra atención en razón a que consideramos que resulta imprescindible la determinación de su obligatoria correlación con el derecho constitucional y procesal constitucional.

Es más, lo indicado se torna de imperioso menester debido a que atravesamos un sistema jurídico propio de un Estado Constitucional de Derecho. Consecuentemente, los postulados y aplicación de la justicia restaurativa deberían concordar con lo que establecen, tanto con el derecho constitucional, como con el procesal constitucional.

Sin más trámite, en la presente entrega, asumimos el compromiso de abordar las temáticas indicadas en las siguientes líneas.

## **2 BREVE APROXIMACIÓN EN TORNO A LA JUSTICIA RESTAURATIVA**

El profesor RODRÍGUEZ CHÁVEZ señala al respecto: “[la justicia restaurativa] es un mecanismo inclusivo, que de manera independiente y complementaria, busca solucionar un conflicto y el daño producido por este, mediante la coparticipación voluntaria, responsable y sensata de la víctima, el infractor y la comunidad. Se considera el delito como un daño que el infractor ha causado a la víctima y a la sociedad, en tal sentido, lo más adecuado es que sean los propios involucrados quienes encuentren la mejor solución frente a las repercusiones derivadas del conflicto”<sup>2</sup>.

Pero, la justicia restaurativa se aplica mediante la aplicación de programas restaurativos. Al respecto, el “Programa de Justicia Restaurativa en el Poder Judicial de Costa Rica”, sostiene: “[...] se propone como una alternativa que responde a un cambio de paradigma que se viene gestando en la normativa internacional, para resolver conflictos dentro del sistema penal. Tiene su origen en la búsqueda de soluciones a los conflictos sociales, lo que a través del derecho penal pretende alcanzar soluciones a la delincuencia”<sup>3</sup>.

Así, es de señalar que “[...] una sociedad responsable debe tener resortes propios para la gestión de sus conflictos basándose especialmente en el principio de intervención mínima, hoy en día en trance de desaparecer merced a la multiplicidad de tipos penales y el aumento cuantitativo de las penas. En este sentido, la justicia

---

<sup>2</sup> RODRÍGUEZ CHÁVEZ, Reyler, *Justicia restaurativa. Bases para la reforma del poder judicial peruano a partir del programa de prevención “Justicia, Paz y Seguridad”*, Lima: Essentia Iuris, 2016, p. 33.

<sup>3</sup> DORIS MARÍA, Arias Madrigal (coord.), *Programa de justicia restaurativa en el poder judicial*, San José de Costa Rica: Poder Judicial de Costa Rica, 2011, p. 5. Recuperado de <bit.ly/2jen8NM>, consultado el 30 de setiembre del 2016.

restaurativa y dentro de ella la mediación penal es un complemento a tener en cuenta en el proceso penal [...]”<sup>4</sup>.

Y es que, “[...] las políticas de justicia restaurativa ofrecen varias ventajas comparativas. Su aplicación permitirá utilizar de modo más eficiente el sistema de justicia penal, concentrando sus esfuerzos y recursos limitados en los delitos más graves y contribuyen así a reducir la población de las cárceles aliviando el hacinamiento y, por consiguiente, reduciendo los costos de mantenimiento de las cárceles. Al permitir a los delincuentes que permanezcan con sus familias y continúen sus actividades sociales y profesionales, se ayudaría al delincuente a readaptarse a la sociedad [...]”<sup>5</sup>.

A propósito, cabe señalar que RODRÍGUEZ CHÁVEZ, citado al principio de la construcción de este trabajo, viene aplicando en la judicatura a su cargo —el Juzgado de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte—, un exitoso programa de justicia restaurativa dirigida a justiciables adultos, para casos infracciones de menor gravedad o faltas, los que culminan con una sentencia de reserva de fallo condenatorio y con cero porcentaje de reincidencia.

En ese sentido, es de considerar que: “En el Perú, los Jueces de Paz Letrados son los encargados de resolver los conflictos originados en infracciones menores. Es precisamente en este espacio donde se ha venido desarrollando el Programa de Prevención ‘Justicia, Paz y Seguridad’, que se ha convertido en un modelo para toda América Latina, para lograr la paz y la justicia efectivas [...]. El programa es eficaz para lograr restaurar la paz, la indemnización y reconciliación en temas como violencia familiar, hurto, daños, lesiones y accidentes de tránsito, entre otras infracciones”<sup>6</sup>.

Por otro lado, tenemos que el “Proyecto Justicia Juvenil Restaurativa”, desarrollado por la *Fundación Terre des hommes-Lausanne (Suiza)*, desde el 2005. El Ministerio Público, reconociendo el valor del modelo desarrollado en el referido proyecto, ha decidido adaptarlo e implementarlo. Por ello, desde el año 2010, con presupuesto propio del Ministerio Público, se está implementando un “Programa Nacional de Justicia Juvenil Restaurativa”. Incluso, tiene prevista su extensión a nivel nacional, en los próximos años<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “Justicia restaurativa y mediación penal”, en *Justicia Restaurativa en línea*. Recuperado de <bit.ly/2jmkGju>, consultado el 30 de setiembre del 2016.

<sup>5</sup> MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E., “La doctrina social sobre la justicia restaurativa”, en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XII, n.º 24, Bogotá: julio-diciembre del 2009, p. 60. Recuperado de <bit.ly/2jZPNn2>, consultado el 30 de setiembre del 2016.

<sup>6</sup> RODRÍGUEZ CHÁVEZ, *Justicia restaurativa*, ob. cit., pp. 20 y 21.

<sup>7</sup> Véase, “El Proyecto Justicia Juvenil Restaurativa” desarrollado por la *Fundación Terre des hommes-Lausanne (Suiza)*, disponible en <bit.ly/2kuMYde>, consultado el 30 de setiembre del 2016.

En ese orden de ideas, tenemos que la justicia restaurativa, restitutiva, reparadora, compasiva o reconstructiva, se constituye en una opción válida para lograr un real acercamiento a la justicia, de manera complementaria al proceso penal, no solamente en beneficio del ofendido, sino, de la sociedad en su conjunto.

### **3 ¿DE QUÉ TIPO DE REPARACIÓN HABLAMOS?**

Al respecto, debemos entender que el tipo de reparación que corresponde, es el relacionado al derecho internacional humanitario, esto es, del que se encuentra registrado en la Corte IDH. Nos referimos a una reparación integral.

En ese sentido, la reparación integral posee los parámetros siguientes:

- a) La restauración. Que está enfocada en el restablecimiento del derecho vulnerado, devolviéndole a la víctima el derecho de ejercer el derecho negado, o de continuar ejerciendo plenamente si fue limitado con el hecho dañoso. Principio basado en el resarcimiento in natura que implica la restitución plena al estado anterior, por ejemplo ordenar la libertad de las personas detenidas arbitrariamente, declarar nulos los procesos judiciales o administrativos irregulares, ordenar la reinserción al trabajo con salarios y compensaciones. En esta parte, debe sumarse la afectación física y psicológica provocada por el daño perpetrado en la víctima.
  - b) La compensación. Significa un reconocimiento sobre el daño provocado. Este usualmente se expresa en sentido monetario que se otorga a la víctima o sus familiares. El reconocimiento económico del daño debe ser proporcional a la gravedad de la violación y las circunstancias de cada caso y está constituido por: i) Daño físico y mental; ii) Pérdida de oportunidades, daño emergente; iii) Pérdidas de ingresos, incluido el lucro cesante; iv) Perjuicios morales; y, v) Reconocimientos de todos los gastos de servicios como jurídicos, médicos, asistencia social, entre otros.
  - c) La rehabilitación consiste en la asistencia a la víctima en su recuperación física y psicológica. Incluye todos los gastos y tiempo que la víctima invierte para su completa recuperación.
  - d) Satisfacción, cuando el daño no puede ser restituido el Estado debe satisfacer el daño causado a la dignidad de la víctima o sus familiares, reconociendo el derecho violado e identificando a los transgresores.
- En consecuencia, la reparación está integrada por medidas materiales (económicas) e inmateriales (reconocimiento del daño) y la garantía de no repetición (políticas públicas)<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Véase, ESCUDERO SOLIZ, Joel, "Reconocimiento constitucional del derecho a la reparación integral y su complicado desarrollo en Ecuador", en BENAVIDES ORDÓÑEZ Jorge y Joel ESCUDERO SOLIZ (coords.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Quito: Centro de Estudios y Difusión de Derecho Constitucional, 2013, pp. 276-277. Recuperado de <bit.ly/2ka3Ecr>, consultado el 30 de setiembre del 2016.

Como señala ROUSSET SIRI, “[p]ara entender los diversos aspectos que puede comprender reparar una violación a los derechos humanos utilizaremos la clasificación de rubros reparables propuestos por el Relator Especial de Naciones Unidas, Theo Van Boven, en el Proyecto de Principios y Directrices Básicos relativos a la reparación de violaciones flagrantes de los derechos humanos. La misma puede presentarse bajo las siguientes formas: 1) la restitución; 2) la indemnización; 3) Proyecto de vida; 4) la satisfacción y las garantías de no–repetición”<sup>9</sup>.

En ese orden de ideas, resulta notoria la brecha existente entre lo que se dispone como reparación en los procesos judiciales y la verdadera reparación que precisa ser aplicada de manera integral.

Al respecto, el art. 63.1 de la *Convención Americana de Derechos*, señala: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

La *Corte Interamericana de Derechos Humanos* (en adelante, Corte IDH), ha señalado como reparación integral a: la restitución, la compensación (donde también aparecen las costas judiciales), la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de no repetición y la corrección<sup>10</sup>.

Entonces, queda claro que las reparaciones, digamos tradicionales, es decir, aquellas destinadas a abordar únicamente el aspecto económico o indemnizatorio, según lo dispuesto por la Corte IDH, han quedado desfasadas.

---

<sup>9</sup> ROUSSET SIRI, Andrés Javier, “El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, año I, n.º 1, San José de Costa Rica, 2011, p. 65. Recuperado de <bit.ly/1n7TYgj>, consultado el 30 de setiembre del 2016.

<sup>10</sup> Véase, STEINER, Christian y Patricia URIBE (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., 2014, pp. 53-54. Recuperado de <bit.ly/1sEDKla>, consultado el 30 de setiembre del 2016.

#### **4 TUTELA PROCESAL EFECTIVA Y JUSTICIA RESTAURATIVA**

Para el debido aterrizaje en el presente acápite, comporta precisar de manera previa como ineludible, las siguientes instituciones jurídicas procesales: i) la tutela jurisdiccional efectiva, ii) el debido proceso, y iii) la tutela procesal efectiva<sup>11</sup>.

En los predios del derecho procesal se cuenta con derechos fundamentales y garantías procesales, que supervigilan que el iter procesal se lleve a cabo de manera óptima, y de esta manera cumplir sus fines. Los mismos que desarrollamos a continuación.

En primer lugar se encuentra la tutela jurisdiccional, que garantiza al justiciable que su accionar o petición judicial sea admitido, y posteriormente sea materializado y resuelto a través de una sentencia.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, a propósito del Exp. N.º 010-2002-AI/TC, señala:

El derecho a la tutela jurisdiccional es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente; y como quedó dicho, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. A diferencia de lo que ocurre en otras constituciones, la nuestra no alude al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Sin embargo, en modo alguno puede concebirse que nuestra Carta Fundamental tan sólo garantice un proceso intrínsecamente correcto y leal, justo sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también [...] capaz de consentir los resultados alcanzados, con rapidez y efectividad<sup>12</sup>.

En segundo lugar se ubica el debido proceso — comprendido entre la tutela jurisdiccional y la efectividad de la misma —, que comporta el derecho de los justiciables a un proceso judicial sin postergaciones, retrasos, alteraciones o deformaciones durante el camino, devenir o desenvolvimiento lógico procesal del mismo, que desvirtúen su finalidad, la justicia. Consecuentemente, *prima facie*, queda claro el derecho que tienen los justiciables a un derecho justamente debido.

---

<sup>11</sup> TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac, *La tutela jurisdiccional laboral. Acciones esenciales en el avance del nuevo modelo procesal*, en diario oficial *El Peruano* (Suplemento Jurídico), n.º 598, Lima: 2016, pp. 6 y 7.

<sup>12</sup> Véase, GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, *Diccionario de jurisprudencia constitucional. Definiciones y conceptos extraídos de las resoluciones y sentencias del tribunal constitucional*, Lima: Grijley, 2009, p. 832.

Tanto la tutela jurisdiccional como el debido proceso son reconocidos en el art. 139.3 de la Constitución Política, que señala: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”.

En tercer lugar tenemos la efectividad de la tutela jurisdiccional, que se hace presente cuando la sentencia es oportuna y debida, y efectivamente ejecutada (tutela efectiva). Es de verse que entre el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, existe una marcada diferencia; mientras que el primero se desenvuelve en el transcurso del trayecto procesal —iter procesal, específicamente entre la tutela jurisdiccional y la efectividad de la misma—, la segunda se manifiesta al comienzo — cuando el aparato jurisdiccional ampara la demanda del justiciable- tutela jurídica — y final de dicho devenir procesal — al ejecutarse la sentencia debida y oportunamente —. Existe pues entre ellos, una relación muy estrecha. En suma, el debido proceso y la tutela jurisdiccional se complementan, pero no significan lo mismo.

En un cuarto momento, se hace presente la tutela procesal efectiva, que comprende tanto al acceso a la justicia como al debido proceso. Consecuentemente, la tutela procesal efectiva abarca o engloba tanto a la tutela jurisdiccional efectiva como al debido proceso. Respecto a la tutela procesal efectiva, el art. 4 del CPCConst., señala:

[...] Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

Por otro lado, el paradigma de humanidad tiene presencia en los tres planos donde se desenvuelve la tutela judicial: el hecho (¿qué ocurrió?), su significación jurídica (¿qué sentido le atribuimos a lo que aconteció?) y la reacción (¿qué respuesta conferimos a lo acaecido conforme al sentido que le hemos atribuido?)<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, “El paradigma de humanidad en la justicia restaurativa”, en *EGUZKILONE*, n.º 26, San Sebastián: 2012, p. 145. Recuperado de <bit.ly/2jxCs6J>, consultado el 30 de setiembre del 2016.

En tal sentido, es válido destacar que a diferencia del Estado constitucional de derecho — donde las sentencias tardan en ser ejecutadas e incluso siendo ejecutadas, no necesariamente arriban al destino esperado, en tanto, que lo que busca el denunciante o demandante, es la justicia —; en la justicia restaurativa, en principio, sí abraza de manera célere la ejecución de la sentencia y además, lo hace desde los postulados de la misma — esto es, reparando completamente el daño ocasionado —. Así, sostenemos que la justicia restaurativa reviste una naturaleza de legitimidad, de justeza.

## **5 ACERCA DE LA APLICACIÓN DEL TETRA ANÁLISIS JURÍGENO**

Al presente método de análisis, lo hemos denominado: “tetra análisis *jurígeno*”, en atención a la naturaleza *trefronte* de los aspectos que abraza y que son: i) la *legalidad*, pues toda decisión judicial y administrativa, tiene que estar arreglada a ley, ii) la *constitucionalidad*, debido a que en un nivel superior, el derecho constitucional está presente en todas las ramas del derecho, en mérito a su naturaleza transversal, iii) la *convencionalidad*, ya que las normas internas de cada Estado tienen que ser compatibles con lo establecido por la Convención Americana de Derechos Humanos; y, iv) la *legitimidad*, porque el fin supremo de cada proceso es resolver o tomar una decisión que sea justa y no solamente legal o constitucional.

El espíritu de la estructura de las consideraciones que abordaremos puede también ser utilizada para fundamentar, por ejemplo, una demanda y su contestación ante el poder judicial; *a fortiori*, también para la expedición de sentencias, y lo propio en las resoluciones administrativas.

Ahora bien, lo común es que las fundamentaciones se lleven a cabo como máximo a nivel de los dos primeros aspectos que explicaremos a continuación —esto es, únicamente, la legalidad y la constitucionalidad, sobre todo, la legalidad—; en ese sentido, la aplicación del mencionado método nos ayudará a determinar si una decisión administrativa o judicial, se encuentra situada en los predios de la legalidad, constitucionalidad, convencionalidad, y legitimidad, ya sea de manera satisfactoria o no, en algunas o en todas las etapas del referido método.

A continuación, veamos la estructura del referido análisis de cuatro estadios:

### **a) Legalidad**

Con relación a la legalidad, resulta menester comprobar si la justicia restaurativa se encuentra presente en las normas legales. En ese sentido, por ejemplo, tenemos que la transacción judicial, el principio de oportunidad, el proceso

especial de conclusión anticipada, entre otros, están positivizados en la legislación penal y procesal penal.

Esto no hace más que reafirmar, que la justicia restaurativa se encuentra presente en la legislación y por ende en el proceso judicial.

### **b) Constitucionalidad**

Al respecto, tenemos que la Constitución Política, en su art. 1, establece: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Ahora bien, es imposible de negar que en la mayoría de los casos, el agraviado obtiene, en sede judicial, solamente la sanción y la indemnización —en este sentido, bien puede decirse que el Estado se comporta casi como el verdadero perjudicado—; en cambio, la justicia restaurativa se ocupa de manera integral de reparar el daño —no solamente del ofendido—, por tanto, se acerca más al contenido del art. 1 de la Carta Magna, antes citado.

Por su parte, el art. 2. 24, lits. a) y d), de la Constitución Política, en relación a la libertad y a la seguridad personales, respectivamente señala: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”, y “[n]adie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

En cuanto al principio de legalidad, la justicia restaurativa no solamente contribuye eficazmente a un mejor resolver en sede judicial, también fortalece y legitima al proceso penal, orientándolo hacia una resolución en verdadera justicia. En ese sentido, la legislación procesal penal regula el acuerdo reparatorio, el principio de oportunidad, la transacción, la conciliación, la terminación anticipada del proceso, los programas de prevención, entre otros. En suma, la justicia restaurativa, no contraría el principio de legalidad, sino que lo potencia, en tanto, que va más allá de la mera legalidad, alcanzando parcelas de justeza.

Por su parte, respecto a la tutela jurisdiccional, la Constitución Política, en su art. 139.3, señala: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”; en su art. 2.24, lit., e), acerca de la libertad y a la seguridad personales, dispone: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”; y, en relación a los principios y derechos de la función jurisdiccional, en su art. 139.22, estatuye: “El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”. También, es de considerar el art. 22.22, que señala: “Toda persona tiene derecho: [...] A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al

descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.

En cuanto a la presunción de inocencia, la justicia restaurativa no solo abona a la aceptación de culpabilidad del ofensor — debido a que muchas veces en la sentencia de orden retributiva, el sujeto activo continúa considerándose inocente —, sino que incluso, se logra una sensibilización y concientización tal, que la reincidencia se hace poco probable, por decir lo menos.

En lo que compete a la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad — y a la paz, a la tranquilidad —, la justicia restaurativa aterriza inmejorablemente en ello, en razón que con la aplicación de los programas de prevención — en los que participan psicólogos y demás actores de la administración de justicia —, se hace palpable, además de evitar casi por completo con la reincidencia, procurando el disfrute del derecho a la paz y tranquilidad, a favor de la sociedad en su conjunto.

El art. 139.5 de la Constitución Política, en referencia a los principios y derechos de la función jurisdiccional, señala: “La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”. Sobre el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, es preciso dejar constancia que la justicia restaurativa no actúa en contra del mismo; por el contrario, lo hace acorde con la Carta Magna, en tanto que el acuerdo de reparación arribado por las partes, legitima y facilita la motivación de las resoluciones judiciales.

### **c) Convencionalidad**

En este punto, es oportuno destacar lo señalado en la Cuarta Disposición Final y Transitoria, de la Constitución Política, que señala: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

Por su parte, el art. V, del TP del CPConst., respecto de la interpretación de los derechos constitucionales, indica: “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

Ahora bien, es de resaltar que “[en] el caso Almonacid Arellano vs. Chile, la Corte IDH ha ido precisando el contenido y alcance del concepto de control de

convencionalidad en su jurisprudencia, para llegar a un concepto complejo que comprende los siguientes elementos (o: las siguientes características): a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; d) Es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública; y e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública<sup>14</sup>.

Asimismo, en la jurisprudencia referida se precisa que “[...] el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

En suma, por el control de la convencionalidad, las legislaciones internas de cada país, deberán adecuarse a los lineamientos establecidos en la *Convención Americana de Derechos*, cuyo art. 1.1, respecto de la obligación de respetar los derechos, señala: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Al respecto, GOMES y DE OLIVEIRA MAZZUOLI sostienen que la obligación de “respeto” a los derechos humanos previsto en el artículo antes citado, excluye la aplicación del principio de reciprocidad consagrado en el derecho internacional clásico, toda vez que los Estados parte de la Convención tienen la obligación de respetar los derechos con independencia de que otro Estado parte lo realice dentro de su jurisdicción; de donde deriva la naturaleza objetiva de las obligaciones internacionales relativas a derechos humanos<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Control de convencionalidad. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 7*, San José de Costa Rica: CIDH, s/f., p. 6. Recuperado de <[bit.ly/1Oj1Nnj](http://bit.ly/1Oj1Nnj)>, consultado el 30 de setiembre del 2016.

<sup>15</sup> Cfr. GOMES, Luiz Flávio y Valerio DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*, p. 26, citado por STEINER y URIBE (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, ob. cit., p. 48.

Respecto de la “garantía” de los derechos, se debe tener en cuenta garantías específicas como: i) La obligación del Estado de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos, ii) El deber de proteger a las personas frente a las amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos, iii) Adoptar medidas de prevención general frente a casos de violaciones graves de derechos, iv) Reparar a las víctimas, y v) Cooperar con los órganos internacionales para que estos puedan desarrollar sus actividades de control<sup>16</sup>.

Por otro lado, corresponde traer a colación la *Convención Americana de Derechos Humanos*, en cuyo art. 29.1 contiene el principio *pro personae*, en los siguientes términos: “Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él”. Debiendo apreciarse también, el segundo inciso del artículo antes referido, donde señala: “No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de leyes, convenciones, reglamento o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

En ese orden de ideas, la justicia restaurativa cumple lo establecido por la *Convención Americana de Derechos Humanos*. Por otro lado, la observancia de los preceptos de la Convención va ganando terreno, lo que reviene en muy saludable, en tanto ya se habla más allá del bloque de constitucionalidad, esto es, del bloque de la convencionalidad.

#### **d) Legitimidad**

La legitimidad se relaciona con la conformidad que debe existir entre los postulados normativos y los propios de la justicia; esto es, con la *justeza*, más que solo con la ley — o incluso, con la Constitución Política —. Así, el presente estadio de análisis se constituye en el más importante, en razón que aterrizo en el punto neurálgico de la administración de justicia, es decir, arribar a la justicia misma.

Más aun, este cuarto estadio deviene en el más importante debido a que en el supuesto que se eventualmente se haya satisfecho la observación de los tres primeros — esto es, de la legalidad, constitucionalidad y convencionalidad —, y sin embargo, el resultado obtenido no sea equiparable al valor justicia; entonces, el argumento se quedará insuficiente, injusto, ilegítimo.

---

<sup>16</sup> GOMES, Luiz Flávio y Valerio DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*, p. 26, citado por STEINER y URIBE (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, ob. cit., pp. 49-52.

En consecuencia, la justicia restaurativa se constituye en lo más cercano a la concepción de la verdadera justicia, en razón que principalmente se ocupa de reparar integralmente al ofendido, contribuyendo con ello al restablecimiento de la paz social en justicia de una sociedad democrática.

## 6 JUSTICIA RESTAURATIVA “LA OTRA CUARTA OLA”

Una de las tesis más importantes que tratan de explicar la evolución de la sociedad y la economía, sin lugar a dudas, es la de Alvin TOFFLER, autor de “La tercera ola” (1979), donde el autor postula que en una primera ola, el protagonista fue la revolución agrícola; en la segunda, la revolución industrial; y, en la tercera, la información y desarrollo tecnológico que terminó yéndosele de las manos a propios y extraños. Pues bien, siguiendo estos postulados, en el presente nos encontraríamos viviendo ya una “cuarta ola”, que estaría caracterizado por la inteligencia artificial y la interface entre nanotecnología y la biología sintética<sup>17</sup>.

Pues bien, haciendo un paralelo entre la tesis sobre la evolución de la sociedad y la economía adoptada por TOFFLER, y la evolución de los sistemas de resolución de conflictos; bien podría decirse que “la primera otra ola” sería la justicia privada — también denominada “venganza privada”, “estado de naturaleza”, esto es, la “justicia” hecha por propia mano del afectado —; “la segunda otra ola”, vendría a ser el Estado de derecho — donde es el derecho, y no las personas, quien toma las riendas de la administración y organización del poder. Esto es, la ley tiene el protagonismo —; y, “la tercera otra ola”, vendría a ser el Estado constitucional de derecho — donde la Constitución, prevalece sobre la ley, generando que todo el aparato normativo de un Estado, se alinee o registre ineludible sintonía con lo preceptuado en la Constitución Política —.

En este esquema, la justicia restaurativa, viene a ser como “la otra cuarta ola”, cuya característica principal radica en fortalecer o humanizar los mandatos de la Constitución Política; esto es, lograr que la eventual vulneración de los derechos fundamentales se vea debidamente resarcida, restituida, reconstruida, restaurada.

## 7 ¿SOLO EN SEDE PENAL?

Los preceptos de la justicia restaurativa se asumen y aplica, con una orientación penal y procesal penal. Sin embargo, de conformidad a lo desarrollado hasta aquí, es válido postular que resulta necesario aplicar la justicia restaurativa en la totalidad de ramas del derecho, en tanto se encuentra en concordancia con los

---

<sup>17</sup> GARRIDO KOEHLIN, Juan José, “La cuarta ola”, en *Peru21*, Lima: 3 de mayo del 2015. Recuperado de <bit.ly/2ktG6wF>, consultado el 30 de setiembre del 2016.

postulados contenidos en la Constitución Política — como corresponde a un Estado constitucional de derecho —.

### CONCLUSIONES

De lo examinado y desarrollado, colegimos que la justicia restaurativa presenta un correlato total con el tetra análisis *jurígeno*, esto es, que la misma deviene en legal, constitucional, convencional y legítima; inclusive, va más allá de la mera legalidad, constitucionalidad y convencionalidad, debido a que aterriza en la legitimidad o justeza.

Si bien es cierto, la justicia restaurativa tuvo su partida de nacimiento oficial en 7 de enero del 2002, en la Organización de las Naciones Unidas — específicamente, en el *Informe del Secretario General del Consejo Económico y Social, sobre reforma del sistema de justicia penal, y logro de eficacia y equidad: justicia restaurativa* (esto es, en sede penal) —; consideramos que ello no tendría que entenderse y aplicarse exclusivamente en predios penales, en vista que la justicia restaurativa contiene un respaldo o fundamento constitucional.

La aplicación de los postulados de la justicia restaurativa no deberían encontrarse enfocados solo en el derecho penal; su presencia pueda ser evidenciada en las demás ramas del derecho, debido a que deviene en transversal a las mismas, como el derecho constitucional. Para tal efecto, los criterios de la reparación integral deberían ser también adaptados a lo correspondiente en materia constitucional.

La justicia restaurativa fortalece al derecho constitucional, haciéndolo más justo, más humano y por otro lado, complementa al derecho penal abonando a una intervención más bien mínima de esta rama del derecho. En palabras de Antonio Beristain, esbozamos que no solamente el derecho penal y la cárcel, son y deben ser instituciones muy distintas (y mañana, más aun), debido a que los cambios sociales, jurídicos y políticos del mundo, nos obligan indudablemente, a modificar de manera radical nuestras sanciones penales, sin continuar olvidando a la víctima<sup>18</sup>.

En ese sentido, concordamos con que “las prácticas restaurativas no vulneran derechos humanos, por el contrario están cimentadas en normativas emanadas en Organismos internacionales que trabajan en el ámbito de los Derechos Humanos”<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> BERISTAIN, Antonio, citado por PÉREZ GUADALUPE, José Luis, *La construcción social de la realidad carcelaria*, Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2000, p. 9.

<sup>19</sup> GASTAÑUADI YBAÑEZ, Lucy Ysabel, “Justicia restaurativa: alternativa de enfrentamiento a la comisión de infracciones penales y garantía de respeto a los derechos humanos en la justicia”,

En la época que vivimos, con influencia del neoconstitucionalismo y derecho global, se respira más que nunca brisas de reconocimiento de derechos fundamentales y de justeza o legitimidad. En ese sentido, la justicia restaurativa no solo hace las veces de feliz complemento al proceso judicial, sino que también abraza un innegable contenido social humanizante.

Si bien la aplicación de la justicia restaurativa, se configura en una opción muy valedera — de naturaleza complementaria en el proceso judicial, tal como se viene aplicando de manera sostenida hace una década en Europa y EE.UU., por ejemplo—; es necesaria su sostenibilidad, consolidación y eventual configuración como política de Estado — más aun, un *Estado restaurativo* —, orientada, entre otras, al cambio de mentalidad, identificada con una cultura de paz. Evidentemente, este cambio podría llevarse a cabo en un plazo de no tan largo aliento, sin embargo, desde ya, es saludable su eventual arribo.

En ese sentido, como quiera que la justicia restaurativa reviste varias aristas — además de la *jurígena* —, importa tomar en cuenta el aspecto psicológico. Así, conforme señalan ECHEVERRI LONDOÑO y MACA URBANO: “En una comunidad marginal, en donde existen ciertas condiciones históricas, estructurales y culturales, se tienden a construir Representaciones Sociales de Justicia permeadas por una perspectiva egocéntrica. En las comunidades marginales están presentes ciertas condiciones históricas, estructurales y culturales, que permiten la existencia de la perspectiva egocéntrica, como una forma de situarse psicológicamente en el mundo y un desarrollo moral tendiente hacia lo preconventional, lo que dificultaría la comprensión, implementación y aplicabilidad de la Justicia Restaurativa y su filosofía. Un modelo de justicia con una filosofía arraigada a la existencia de una fuerte cohesión social, requiere de una intervención dirigida al fortalecimiento del tejido social de la comunidad y a su vez a la resignificación de las concepciones socioculturales relacionadas con la Justicia Restaurativa y por lo tanto de sus Representaciones Sociales”<sup>20</sup>.

Consecuentemente, queda claro que la implantación como política de Estado de la justicia restaurativa, comporta romper los esquemas de las representaciones sociales de justicia y también las representaciones sociales de nuestro país, para orientarlos a la recomposición o redirección de su cosmovisión sociológica y cultural, a efectos de poder instaurar la aplicación no solo de la justicia

---

en *Derecho, Justicia & Sociedad*, Lima: 26 de enero del 2012. Recuperado de <[bit.ly/2kboacW](http://bit.ly/2kboacW)>, consultado el 30 de setiembre del 2016.

<sup>20</sup> ECHEVERRI LONDOÑO, María Catalina y Deidi Yolima MACA URBANO, “Justicia Restaurativa, contextos marginales y representaciones sociales: algunas ideas sobre la implementación y la aplicación de este tipo de justicia”, en *Justicia Restaurativa en línea*, p. 16. Recuperado de <[bit.ly/2jx7lbe](http://bit.ly/2jx7lbe)>, consultado el 30 de noviembre del 2016.

restaurativa, sino, en su momento, entendida como un Estado restaurador de derecho.

### SUGERENCIAS

La justicia restaurativa, precisa ser incluida como materia de enseñanza en los centros educativos de todos los niveles.

La justicia restaurativa no solo debe ser de aplicación solo en sede procesal penal, sino también en materia constitucional; y, dada la naturaleza transversal de esta última, planteamos que la justicia restaurativa debe ser de aplicación en la totalidad de ramas del derecho.

La justicia debe apostar por el énfasis de los grandes temas de fondo por encima de los de forma. La salvaguarda y reparación de los derechos fundamentales de manera integral, debe primar por encima de las formalidades del debido proceso; así, la reparación deberá ser entendida desde el punto de vista constitucional.

Para fortalecer el accionar de la justicia restaurativa, planteamos la necesidad de trocar la actual política criminal; esto es, se precisa implantar una nueva política de Estado conducente a lograr la capacitación, concientización, sensibilización y arribo de una cultura de mediación, a efectos de ser orientada hacia una nueva cultura de administración de justicia identificada con la justicia restaurativa y posteriormente, hacia la materialización de un Estado restaurador de derecho.

Por último, abogamos porque la justicia restaurativa obtenga pronto el rango constitucional correspondiente; y con esto, permitir una administración de justicia, lo más cercanamente acorde a lo abrazado por la histórica quimera denominada *justicia*.

### REFERENCIAS

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Control de convencionalidad. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 7*, San José de Costa Rica: CIDH, s/f. Recuperado de <bit.ly/1Oj1Nrj>, consultado el 30 de setiembre del 2016.

DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, "Justicia restaurativa y mediación penal", en *Justicia Restaurativa en línea*. Recuperado de <bit.ly/2jmkGju>, consultado el 30 de setiembre del 2016.

DORIS MARIA, Arias Madrigal (coord.), *Programa de justicia restaurativa en el poder judicial*, San José de Costa Rica: Poder Judicial de Costa Rica, 2011, p. 5. Recuperado de <bit.ly/2jen8NM>, consultado el 30 de setiembre del 2016.

ECHEVERRI LONDOÑO, María Catalina y Deidi Yolima MACA URBANO, "Justicia Restaurativa, contextos marginales y representaciones sociales: algunas ideas sobre la implementación y la

aplicación de este tipo de justicia”, en *Justicia Restaurativa en línea*. Recuperado de <bit.ly/2jx7lbe>, consultado el 30 de noviembre del 2016.

ESCUADERO SOLIZ, Jhoel, “Reconocimiento constitucional del derecho a la reparación integral y su complicado desarrollo en Ecuador”, en BENAVIDES ORDÓÑEZ Jorge y Jhoel ESCUDERO SOLIZ (coords.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Quito: Centro de Estudios y Difusión de Derecho Constitucional, 2013, pp. 272-292. Recuperado de <bit.ly/2ka3Ecr>, consultado el 30 de setiembre del 2016.

GARCÍA BELAÜNDE, Domingo, *Diccionario de jurisprudencia constitucional. Definiciones y conceptos extraídos de las resoluciones y sentencias del tribunal constitucional*, Lima: Grijley, 2009.

GARRIDO KOEHLIN, Juan José, “La cuarta ola”, en *Peru21*, Lima: 3 de mayo del 2015. Recuperado de <bit.ly/2ktG6wF>, consultado el 30 de setiembre del 2016.

GASTAÑUADI YBAÑEZ, Lucy Ysabel, “Justicia restaurativa: alternativa de enfrentamiento a la comisión de infracciones penales y garantía de respeto a los derechos humanos en la justicia”, en *Derecho, Justicia & Sociedad*, Lima: 26 de enero del 2012. Recuperado de <bit.ly/2kboacW>, consultado el 30 de setiembre del 2016.

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E., “La doctrina social sobre la justicia restaurativa”, en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XII, n.º 24, Bogotá: julio-diciembre del 2009, pp. 59-75. Recuperado de <bit.ly/2jZPNn2>, consultado el 30 de setiembre del 2016.

PÉREZ GUADALUPE, José Luis, *La construcción social de la realidad carcelaria*, Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2000.

RODRÍGUEZ CHÁVEZ, Reyler, *Justicia restaurativa. Bases para la reforma del poder judicial peruano a partir del programa de prevención “Justicia, Paz y Seguridad”*, Lima: Essentia Iuris, 2016.

ROUSSET SIRI, Andrés Javier, “El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, año I, n.º 1, San José de Costa Rica, 2011, pp. 59-79. Recuperado de <bit.ly/1n7TYgj>, consultado el 30 de setiembre del 2016.

STEINER, Christian y Patricia URIBE (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., 2014. Recuperado de <bit.ly/1sEDKla>, consultado el 30 de setiembre del 2016.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, “El paradigma de humanidad en la justicia restaurativa”, en *EGUZKILONE*, n.º 26, San Sebastián: 2012, pp. 143-153. Recuperado de <bit.ly/2jxCs6J>, consultado el 30 de setiembre del 2016.

TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac, *La tutela jurisdiccional laboral. Acciones esenciales en el avance del nuevo modelo procesal*, en diario oficial *El Peruano* (Suplemento Jurídica), n.º 598, Lima: 2016.

---

# MÉTODO APAC E AMÉRICA LATINA:

## A BUSCA POR UMA SOLUÇÃO À QUESTÃO CARCERÁRIA ATRAVÉS DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

---

**Júlio César Michelucci Tanga<sup>1</sup>**

**Renan Cauê Miranda Pugliesi<sup>2</sup>**

**Roberto da Freiria Estevão<sup>3</sup>**

**Rogério Cangussu Dantas Cachichi<sup>4</sup>**

*"Nenhuma recuperação acontece por acaso, sem que haja luta, determinação, renúncia, persistência e muita fé"*

Mario Ottononi

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi delimitado na seara do Direito Processual Penal, mais propriamente no que tange à execução penal e os problemas dela decorrentes, dando enfoque à questão prisional na América Latina, num aspecto regional, para, posteriormente, apresentar o contexto brasileiro. O Brasil, como mais um país assolado pela crise penitenciária, pode ser tomado como modelo diante da possível solução trabalhada no texto, que teve sua gênese, justamente, neste país.

---

<sup>1</sup> Graduado em direito, mestre e doutor em Estudos da Linguagem. Ex-Promotor de Justiça do Estado de São Paulo. Juiz de Direito da Comarca de Santo Antônio da Platina/PR

<sup>2</sup> Graduado em direito. Membro do grupo de pesquisa GP CERTOS. Conciliador da Subseção Judiciária de Jacarezinho/PR.

<sup>3</sup> Graduado em direito. Mestre em direito e doutor em ciências sociais. Procurador de Justiça Aposentado no Estado de São Paulo. Professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM/Fundação.

<sup>4</sup> Graduado em direito, graduado em filosofia. Aluno especial no mestrado em direito do Centro o Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM/Fundação. Membro do grupo de pesquisa GP CERTOS. Juiz Federal da Subseção Judiciária de Jacarezinho/PR.

O problema girou em torno da seguinte questão: por que o método APAC seria um modelo a ser buscado a fim de solucionar não somente os problemas apresentados pelo cárcere no Brasil, mas num âmbito maior, na América Latina?

O tema justifica-se diante dos problemas estruturais encontrados vividos pela América Latina, com uma alarmante situação carcerária envolta em patentes e constantes violações de direitos, superlotação e extrema ineficácia no seu ideal ressocializador. O método APAC surge como uma alternativa não só possível, mas também desejável, resolvendo muitas das falhas e omissões que o sistema tradicional apresenta.

Pretendeu-se, como objetivo geral, apresentar a situação crítica vivenciada pelo modelo de execução penal adotado pelos países latino-americanos, com certo enfoque no Brasil, além de trazer à baila o modelo APAC em sua filosofia, características, funcionamento e elementos fundamentais para, posteriormente, alcançar o objetivo específico, qual seja, evidenciar as vantagens do método frente ao modelo tradicional como forma de justificar sua implementação. O respeito aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, valores que possibilitam a ressocialização do preso, são almejados em nível regional e global pelas Nações, protegidos em Tratados e Convenções internacionais diante de sua importância.

Para atingir tal finalidade, fez-se uso do método dedutivo, embasando-se a pesquisa na utilização de dados para traçar os contornos do trabalho, além da utilização de uma bibliografia básica com o fito de delimitar conceitos e elementos sobre o método APAC, a fim de atestar sua viabilidade como modelo a ser mais arduamente buscado para resolver, ou ao menos mitigar, o problema carcerário brasileiro. Assim, fez-se uso da pesquisa bibliográfica indireta, com a consulta a levantamento de dados estatísticos e bibliografia básica acerca da temática.

## **1 A CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO**

Já há muito que a questão carcerária tornou-se alvo de constantes debates entre os estudiosos das mais diversas áreas, tendo em vista as condições de precariedade e constante violação de direitos fundamentais dos encarcerados. As condições são espantosas, permeando-se no tempo sem qualquer atenção ou melhora, evidenciando o descaso coletivo com a situação do preso, que passa pela atuação do poder público que, por sua vez, aparenta apenas repercutir o pensamento de boa parte da população, para quem pouco importa a situação dos presos, vistos como escória da sociedade.

Assim, cabe aos estudiosos de criminologia, direitos humanos, Direito como um todo – e das demais ciências afins –, estudar alternativas que consigam

transpor a barreira imposta pela própria ciência, que parece estar estagnada na constatação do problema, omitindo-se da busca de opções e soluções eficazes.

Outrossim, não é menos verdade que, para pretender explicar e propor a adoção de um novo sistema, há a necessidade de explicar quais são os predicados do modelo apresentado, sem, contudo, deixar de compará-lo ao modelo a ser superado, evidenciando os benefícios de um perante o outro. Assim, imprescindível apontar as falhas do sistema carcerário tradicional, principalmente por meio de dados e constatações no plano fático, a fim de expor, posteriormente, como as APACs – a serem oportunamente explicadas – podem auxiliar a superar tais problemas, inadmissíveis diante do patamar alcançado pelos Direitos Humanos no mundo todo, consubstanciado em Tratados e Convenções Internacionais, que prezam, principalmente, pela concretização da dignidade da pessoa humana.

### 1.1 O CÁRCERE NA AMÉRICA LATINA

Embora não soe estranho que os presídios brasileiros estejam em condições degradantes e que são fontes de grandes violações de direitos, é interessante notar como tal situação não permeia apenas a sociedade brasileira, mas se faz presente em nível regional, atingindo toda a América Latina.

De fato, a famigerada situação degradante da superlotação carcerária brasileira repete-se entre os países latino-americanos. Nesse sentido:

A situação penitenciária nos países da América Latina e Caribe é muito grave. Há alta violência, numerosas mortes e delitos que ocorrem no interior dos presídios, muitos deles cometidos em seu interior mas com efeitos fora deles, e gravíssimas violações a direitos humanos tanto das pessoas privadas de liberdade como dos funcionários. A situação vem deteriorando-se durante as últimas três décadas (1980-2010), e escapou do controle dos países a partir da década de noventa na maioria dos casos (CARRANZA, 2012, p. 31, tradução nossa)<sup>5</sup>.

Como se pode notar, a situação já persiste por décadas, colocando em risco não só os presos, como os funcionários que trabalham nos estabelecimentos

---

<sup>5</sup> La situación penitenciaria en los países de América Latina y el Caribe es muy grave. Hay alta violencia, numerosas muertes y delitos que ocurren al interior de los presidios, muchos de ellos cometidos en su interior pero con efectos fuera de ellos, y gravísimas violaciones a derechos humanos tanto de las personas privadas de libertad como de las personas funcionarias. La situación ha venido deteriorándose durante las tres últimas décadas (1980-2010), y ha escapado del control de los países a partir de la década de los noventa en la mayoría de los casos.

prisionais. Além disso, há que se notar que os efeitos não se restringem ao cárcere, impactando na sociedade como um todo.

Isso é claro, pois há que se convencionar que as prisões têm assumido a condição de verdadeiras “fábricas do crime”, como popularmente se tem dito. De fato, a sociedade seleciona seus “produtos”, aquelas pessoas que se adaptam e são detentoras de certos padrões sociais. Aqueles que não são selecionados são “descartados”, à margem da sociedade, um mundo paralelo que os acolhe e os envolve em uma nova vida, envolta pelo crime. A segregação pela pena poderia trazer a ideia de segurança, de finalmente excluir de vez aquele incapaz de se adequar. Contudo, há uma repaginação: os poucos valores que ainda existiam, o pouco de vida em sociedade e familiar que persistia deixarão de existir, abrindo margem para um novo ambiente, ainda mais violento, que, como em uma fábrica, pega um produto ainda bruto, rebusca-o e fortalece alguns de seus aspectos, devolvendo à sociedade um produto novo, repleto de ódio e ainda mais perigoso.

Em razão disso, Juan Ernesto Méndez, relator especial das Nações Unidas contra a Tortura, à época, afirmou em entrevista concedida em Genebra que “A situação das prisões em toda América Latina é espantosa, é realmente muito ruim. Claro que há variações, mas não acho que haja um só país que pode se vangloriar de ter um sistema carcerário humano” (EXAME, 2012, s.p.).

Elías Carranza (2012, p. 32) traz dois elementos necessários para que o cárcere funcione adequadamente, que não têm sido cumpridos por grande parte dos países latino-americanos<sup>6</sup>: o espaço físico e trabalhadores penitenciários selecionados, capacitados e com estabilidade em suas funções. Isso porque, quando falta espaço, há superlotação; quando falta pessoal, há anarquia e vácuo de autoridade, suprido por lideranças entre os presos e o crime organizado, ambas consequências extremamente prejudiciais a qualquer ideal ressocializador.

Analisando-se os dados carreados pela pesquisa de Carranza (2012, p. 33-34), acerca dos 18 países latino-americanos, verifica-se que a superpopulação é a regra em seus presídios. Havendo dois períodos de análise, 2005-2007 e 2011<sup>7</sup>,

---

<sup>6</sup> “Como caracterización general, con diferencias entre países, los sistemas penitenciarios de la región tienen desde hace muchos años graves deficiencias en ambos requisitos. Además de contar con las dos condiciones estructurales u objetivas indicadas, los sistemas penitenciarios deben garantizar el cumplimiento de múltiples funciones establecidas en las normativas internacionales y nacionales como alimentación, salud, seguridad, visita, capacitación, trabajo, etcétera. Pero la falencia en estos dos requisitos básicos genera situaciones objetivas inevitables de violencia que impiden su cumplimiento. En situación de sobrepoblación la salud es peor, la higiene es peor, la comida es peor, la seguridad personal tanto de las personas presas como de las personas funcionarias es peor, y así sucesivamente” (CARRANZA, 2012, p. 32).

<sup>7</sup> Ressalte-se a ausência de dados quanto ao Chile, no período de 2005-2007, e de Argentina, Bolívia, Peru e Venezuela quanto ao ano de 2011.

notou-se apenas duas exceções à regra na América Latina, relativas ao primeiro período: Argentina<sup>8</sup> e Costa Rica. Salvo em tais países, todos os outros apresentam superlotação carcerária, havendo casos de densidade carcerária acima dos 150%, ou seja, onde caberiam 100 presos, havia 150 ou mais.

No mesmo sentido, segundo a 11ª edição da *World Prison Population List*, sete países da América do Sul apresentam taxa de ocupação carcerária acima de 200%, estando alguns países da América Central e Caribe entre aqueles com maior superlotação no mundo (WALMSLEY, 2016, p. 5-7), havendo que se notar, entretanto, que as estatísticas acabam ganhando conotação otimista se se analisar que representam a média entre todas as prisões. Há, portanto, cárceres em que se multiplicam várias vezes suas capacidades máximas, revelando situações ainda mais graves (CARRANZA, 2012, p. 33).

Com efeito, é possível notar como a superlotação vem acompanhada de condições degradantes e desumanas por meio do depoimento de Nimário Miranda (1998, s.p.), que, figurando como membro da Comissão de Direitos Humanos do Parlamento-Latino Americano (Parlatino), integrou a subcomissão responsável pelas inspeções promovidas a estabelecimentos prisionais do continente sul-americano, tendo verificado que:

Na Venezuela, em visita à prisão de Tocoyito, localizada em Valência, terceira cidade do país, a subcomissão deparou-se com a mais estreme situação. Tocoyito fica com o cetro de horror dos horrores. Suas dependências aglomeram 1,4 mil detentos impossibilitados dos mais elementares hábitos de higiene. Muitos apresentam-se com ferimentos expostos e manchas características de doenças de pele. Não dispõem de assistência médica, psicológica, farmacêutica e odontológica. São mal alimentados, vítimas de excessiva violência interna, tanto por parte dos carcereiros quanto pela truculência de presos rivais. Há denúncias de tortura e as punições administrativas são cruéis e degradantes. O terror, a barbárie e a insalubridade estão presentes em toda a extensão. Montanhas de lixo se acumulam há meses no interior do presídio; os esgotos correm a céu aberto, sujeitando todos ao cheiro fétido exalado. A exposição às doenças infecto-contagiosas é permanente. Aos presos sequer são fornecidos pratos para as refeições diárias. Os suportes para se prover da comida são improvisados. Em lugar de colheres e pratos, os detentos recolhem dos lixos copos de plásticos, vasilhames usados de iogurte ou margarina, ou na ausência desses, alguns presos chegam a dobrar a própria camiseta para receber a alimentação de péssima qualidade.

---

<sup>8</sup> Atente-se para a ressalva feita pelo próprio autor quanto à Argentina, tendo em vista que, embora tenha um sistema prisional federal, possui numerosos sistemas provinciais ou regionais. Embora os dados incluam ambos os sistemas, de forma global, há que se ressaltar a falta de informações quanto a algumas províncias, além de ser digno de destaque que alguns dos sistemas provinciais estavam assolados pela superlotação (CARRANZA, 2012, p. 33-34).

Não é por menos que o jornal americano *The Economist* (2012, s.p.), ao tratar das prisões latino-americanas, tendo realizado estudos de campo em Caracas, Cidade do México, Santiago e São Paulo, intitulou a publicação da matéria de *A journey into hell*, ou seja, “uma jornada para o inferno”.

Infelizmente, “Em parte, os governos latino-americanos não querem torturar os réus, mas dão muito pouca prioridade às reformas da Justiça Criminal e à reforma carcerária, e a superpopulação é uma mostra de falta de prioridade” (EXAME, 2012, s.p.), afirmou Juan Ernesto Méndez em coletiva.

## 1.2 O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Os presídios brasileiros apresentam, de forma geral, problemas estruturais que levam à constante violação dos direitos fundamentais, notadamente a dignidade da pessoa humana. Nota-se que, em regra, as cadeias e presídios estão *superlotados*, possuindo *péssima estrutura*, funcionários insuficientes, além de não obedecerem aos requisitos impostos em lei.

Para corroborar tais afirmações, alguns dados são imprescindíveis. Segundo o Departamento Penitenciário Nacional (2014, pp. 11-12), em 30 de junho de 2014, a população prisional no Brasil era composta por 607.731 pessoas (4ª maior população prisional do mundo), das quais 579.423 cumpriam pena no sistema penitenciário, 27.950 em Secretarias de Segurança/carceragens de delegais e 358 no Sistema Penitenciário Federal. Contudo, o sistema penitenciário brasileiro contava com “apenas” 376.669 vagas, gerando uma defasagem de 231.062 vagas. Diante desses dados, constata-se uma taxa de ocupação média dos estabelecimentos de 161%.

Ressalta-se, contudo, que, ao incluir nas estatísticas os presos em cumprimento de prisão domiciliar, houve o registro de 711.463 pessoas cumprindo pena privativa de liberdade no Brasil, aumentando o déficit de vagas para 354.244 (CNJ, 2014, s.p.)<sup>9</sup>.

Além disso, o Brasil contava, em 2014, com uma taxa de população prisional de 300 presos para cada 100 mil habitantes, quarta maior dentre os vinte países com maior população prisional. Há que se notar, ainda, que o Brasil teve, entre 1995 e 2010, a segunda maior variação na taxa de aprisionamento entre os 50 países com maior população prisional, com acréscimo de 136%. Outrossim, a taxa

---

<sup>9</sup> Se ainda fosse incluído nestes dados o número de mandados de prisão em aberto no BNMP (Banco Nacional de Dados de Prisão), registrado, em 2014, em 373.991, haveria, virtualmente, 1.085.454 de presos, o que culminaria no déficit de 728.235 vagas (CNJ, 2014, s.p.).

de presos sem condenação era altíssima, cerca de 41%; ou seja, quatro em cada 10 estariam presos sem terem sido julgados e condenados (DEPEN, 2014, pp. 12-14).

Apesar da grande quantidade de presos, o número de trabalhadores no sistema prisional é bem mais limitado, sendo, em 2014, um total de 67.176, dentre os quais 45.619 servidores de custódia, havendo, portanto, uma média de oito pessoas presas para cada agente de custódia, proporção que não atende à recomendação presente na Resolução nº 9, de 2009, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), que seria de um agente a cada cinco presos. Somente 38% das unidades prisionais brasileiras conseguem atingir essa meta, havendo, na época, onze estabelecimentos com proporção superior a 100 presos por trabalhador. Além do mais, há estados em que a desproporção entre presos por agente de custódia é ainda maior, como se dá em Pernambuco, com a proporção de 31,2, demonstrando a precariedade do sistema (DEPEN, 2014, pp. 76-79).

Além disso, nota-se que as organizações criminosas têm enorme influência nos espaços prisionais, nos quais a ressocialização é mínima. A *Deutsche Welle* (DW), empresa de comunicação internacional da Alemanha, realizou pesquisa própria diante da falta de dados oficiais do DEPEN. Assim, a DW Brasil levantou as facções mencionadas em relatórios de Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) e em mapeamentos recentes divulgados por estudiosos da temática, pautados em cruzamentos de dados dos serviços de inteligência da Polícia Federal e Secretarias de Segurança dos Estados, constatando que existem, pelos menos, 83 organizações criminosas envolvendo presos no Brasil, a maioria com atuação estadual e local (DELGADO, 2017, s.p.).

Nota-se, outrossim, que o índice de reincidência de pessoas que saem das cadeias e presídios é altíssimo. Embora seja difícil uma análise mais precisa acerca da reincidência, em virtude da variabilidade científica dos conceitos usados<sup>10</sup>, o IPEA (2015, p. 22-23), por intermédio da análise de 817 processos de cinco estados – Alagoas, Minas Gerais, Pernambuco, Paraná e Rio de Janeiro -, averiguou 199 casos, ou seja, 24,4%.

O ambiente prisional é extremamente perigoso e pernicioso, muitas vezes com consumo de drogas, associação criminosa e prática de violência, o que pode tornar o indivíduo que nele ingressou pessoa ainda mais propensa a cometer crimes do que era antes. Corrobora tal assertiva a taxa de mortalidade intencional no sistema prisional: 167,5 mortes para cada cem mil pessoas privadas de liberdade em

---

<sup>10</sup> O próprio IPEA (2015, pp.12-13) reconhece essa variabilidade de conceitos acerca da reincidência, havendo inúmeras pesquisas com os resultados mais variados. A que apresenta os menores valores traz estimativa de 30%, havendo pesquisa informando que até 70% das pessoas que deixam o sistema carcerário vêm a reincidir.

um ano<sup>11</sup>. Esse valor é mais que seis vezes maior que a taxa de crimes letais intencionais no Brasil em 2013 – equivalente a 26,6 por cem mil habitantes (DEPEN, 2014, p. 115).

Fica claro como a situação carcerária brasileira é delicada e convive com a precariedade e com a violação dos direitos dos presos<sup>12</sup>. Cabe, contudo, para os objetivos deste trabalho, analisar a situação em um âmbito mais restrito, envolvendo as Comarcas de Jacarezinho e Santo Antônio da Platina, municípios do Paraná que recentemente aderiram ao método APAC, ainda em fase de implantação.

## 2 AS ASSOCIAÇÕES DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS – APACS

As Associações de Proteção e Assistência aos Condenados – APACs – representam um sistema alternativo para o cumprimento de pena, uma inovação frente ao modelo carcerário tradicional.

Ressalte-se que o nome APAC está relacionado a um movimento católico que, no início da década de 1970, inaugurou a primeira ala carcerária administrada por voluntários em Humaitá, São José do Campos-SP, antes de assumir o controle total da prisão em 1984. Um ano depois, o grupo teve participação de grande importância no estabelecimento de uma segunda prisão controlada pelo setor voluntariado, em Itaúna. Desde então, as prisões sob o sistema APAC vêm sendo reguladas pela Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados – FBAC (DARKE, 2014, p. 358).

Aliás, a FBAC consiste numa associação sem fins lucrativos cuja missão é congregar as APACs do Brasil e assessorar aquelas do exterior, mantendo a unidade de propósitos das Associações, além de orientar, assistir, fiscalizar e zelar pelo fiel cumprimento da metodologia APAC (PORTAL FBAC, 2016a, s.p.).

---

<sup>11</sup> Nesse valor, não estão inclusos os dados de São Paulo e Rio de Janeiro, que não foram apresentados à pesquisa. Ou seja, os resultados poderiam ser ainda mais alarmantes, tendo em vista que eram, respectivamente, a primeira (219.053) e terceira (39.321) maiores populações carcerárias do Brasil, totalizando quase 260 mil presos, presumindo-se a superlotação e, conseqüentemente, maior propensão à violência.

<sup>12</sup> A grande mídia tem com exatidão noticiado tristes episódios de aguda e permanente violação de direitos humanos pelo sistema tradicional: no *Amazonas*, <<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/mp-pede-rescisao-dos-contratos-de-empresas-que-administram-penitenciaria-no-am.ghtml>>; em *Santa Catarina*, <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/02/02/apos-incendio-que-danificou-presidio-70-presos-de-sc-recebem-liberdade.htm>>; em *Sergipe*, <<http://g1.globo.com/se/sergipe/noticia/2017/02/presidio-de-se-com-maior-populacao-carceraria-tem-seguranca-precaria.html>>; e no *Rio Grande do Sul*, <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2017/02/esgotado-ceu-aberto-e-desigualdade-marcam-cadeia-de-porto-alegre.html>>.

De fato, inúmeras são as APAC já em funcionamento no Brasil, com destaque para os Estados do Paraná e, principalmente, de Minas Gerais, que detém um número maior de APACs em atividade.<sup>13</sup> Do mesmo modo, muitas outras APACs estão realizando seu trabalho pelo mundo, na Europa, Ásia, África e Oceania, havendo que se destacar a América Latina, no México, Costa Rica, Colômbia, Equador, Peru, Bolívia, Chile e Uruguai (PORTAL FBAC, s.d, s.p.).<sup>14</sup>

A APAC não é um órgão público, não está vinculada ao Poder Judiciário, ao Ministério Público, nem a qualquer entidade oficial. É uma associação de caráter privado, formada por voluntários, pessoas integrantes da comunidade, que tem como objetivos primordiais recuperar verdadeiramente o preso e, com isso, reduzir a criminalidade. Essa recuperação é obtida por meio de um complexo processo, que envolve trabalho, estudo, disciplina, resgate da espiritualidade pela assistência religiosa, atendimento à vítima, orientação à família e outros meios<sup>15</sup>.

Corroborando o supramencionado e visando a esclarecer alguns equívocos diante de algumas afirmações sobre uma possível natureza de prisão privada, a APAC:

[...] do ponto de vista jurídico civil, é uma entidade da comunidade, com personalidade jurídica, sem fins lucrativos, legalmente declarada de utilidade pública. Do ponto de vista judiciário, é um órgão parceiro da Justiça, o que a subordina ao juiz competente na comarca. Fica, assim, no seu papel de entidade da comunidade, obrigada a prestar, gratuitamente, importante mas sempre acessória colaboração aos órgãos da execução penal. Está claro, portanto, que a APAC não é prisão privada, em nenhuma de suas formas, desde a mais extremada, total, até as diversas formas parciais de transferir ou de delegar, pelo Estado, a uma empresa privada o exercício do direito de punir na fase de execução penal (OTTOBONI, 2014, p. 71).

Funciona, assim, como uma entidade de auxílio aos Poderes Judiciário e Executivo na execução penal propriamente dita e na administração do cumprimento das penas privativas de liberdade, visando à ressocialização do preso mediante a

---

<sup>13</sup> O *site* da FBAC traz o rol das dezenas de APACs filiadas à Associação, além de muitas outras em processo de implementação. Só no Paraná, já são cerca de 30 comarcas que pretendem implantar o método. Muitas estão em processo de construção ou adequação dos prédios.

<sup>14</sup> Como exemplo de aplicação da APAC em outros países na América Latina, tem-se a *Confraternidad Carcelaria de Colombia*, com aplicação do método apaqueano e de justiça restaurativa. Para mais: <<http://www.pfcolombia.org/misin>>.

<sup>15</sup> A título de complementação, tem-se que as APACs de Barracão (PR) e de Itaúna (MG) são algumas das mais desenvolvidas no momento. No Paraná, a cidade de Barracão foi pioneira na instalação da APAC, estando sob o comando da Juíza de Direito Branca Bernardi desde 7/11/2012. Atualmente, o projeto conta com o apoio de inúmeras instituições, inclusive o egrégio Tribunal de Justiça do Paraná.

aplicação de uma rígida disciplina, pautada no respeito, ordem, trabalho e envolvimento familiar (DI CREDDO; PERESTRELO, 2016, p. 160).

O método “apaqueano” cuida, em primeiro lugar, da valorização humana das pessoas que, segregadas ou não, cumprem penas privativas de liberdade. Muitas vezes vistas como criminosos irrecuperáveis, marginalizados da sociedade, é preciso resgatar sua dignidade. Assim, visa-se “matar o criminoso e salvar o homem”, ressocializando-o, retirando-o do mundo do crime, pois, como obtempera a professora Ana Paula de Barcellos (2010, s.p.), “o tratamento desumano conferido aos presos não é um problema apenas dos presos: a sociedade livre recebe os reflexos dessa política sob a forma de mais violência”. Almeja-se, por consequência, a proteção da sociedade, algo que se concretiza com a recuperação do infrator, uma vez que, ressocializado, não voltará a delinquir. Com menor reincidência e menos crimes praticados, protegida estará a sociedade (OTTOBONI, 2014, *passim*).

Além disso, ressalta-se que as APACs são mantidas com verbas oriundas do Governo do Estado, mediante convênio, e valores oriundos de penas restritivas de direitos, sem, contudo, olvidar a possibilidade de doações pela comunidade. De fato, “para efetivar a administração da prisão e aplicar os doze elementos fundamentais [a seguir expostos], a APAC poderá estabelecer convênios com os governos da União e/ou Estados ou Municípios, empresas, igrejas etc.” (OTTOBONI, 2014, p. 177).

O funcionamento dá-se segundo o rigoroso método APAC, dirigido pelo Juiz Coordenador, pela direção da entidade, por empregados contratados mediante seleção simplificada e por pessoas com forte senso de voluntariado, que acreditem verdadeiramente na possibilidade de recuperação do ser humano e possam se dedicar ao trabalho. Uma vez bem orientados sobre o método, voluntários contribuirão com os trabalhos da APAC, que, se bem conduzidos, provocarão melhoras efetivas na sociedade. Enfim, a APAC consagra a participação da comunidade na execução da pena.

Tal método encontra-se baseado em doze pilares, com necessidade de treinamento intenso da equipe que trabalhará no local. São eles: 1. A participação da Comunidade; 2. O recuperando ajudando o recuperando; 3. O trabalho; 4. Assistência Jurídica; 5. Espiritualidade; 6. Assistência à saúde; 7. Valorização Humana; 8. A família; 9. O voluntário e o curso para sua formação; 10. Centro de Reintegração Social – CRS; 11. Mérito; 12. Jornada de Libertação com Cristo (PORTAL FBCA, 2016b, s.p.).

Aliás, é importante destacar que esses elementos fundamentais precisam ser, todos eles, observados na aplicação da metodologia, sendo cada um indispensável, uma vez que somente sua aplicação harmoniosa trará respostas positivas. Assim, não se deve procurar somente executar este ou aquele elemento,

mas preparar a equipe para que aplique o método de forma global. Ainda, a aplicação dos mencionados pilares deve estar pautada em dois aspectos subjetivos inescusáveis: o amor incondicional e a confiança, nutrindo o terreno para uma implementação eficaz (PORTAL FBCA, s.d., s.p.).

Assim, diante da importância, vislumbra-se a necessidade de analisar mais detidamente os elementos essenciais do método.

### **3 OS DOZE ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DA APAC**

Para os fins desse trabalho, consistente em levar ao conhecimento do público as vantagens da APAC frente ao sistema tradicional, com a franca finalidade de começar a inculcar na sociedade um pensamento mais humano e atencioso para com o próximo – algo que não se confunde com a impunidade nem com a abolição da pena –, trazem-se aqui os doze elementos fundamentais da APAC, analisados à luz da realidade carcerária brasileira.

a) *Participação da comunidade*: como uma das características que mais chamam a atenção, a APAC não deve ser o resultado do desejo de uma autoridade, mas sim do despertar da sociedade civil para o problema da ineficiência do sistema tradicional de cumprimento de pena para fins de ressocialização. Ou seja, é a partir da ampla participação comunitária que deve surgir a APAC.

Dessa forma, diferentemente do que ocorre com o sistema tradicional – que impõe, na prática, barreiras à participação da comunidade, inviabilizando a própria ideia de reinserção do preso na sociedade –, a APAC é aberta à comunidade, a fim de que esta participe ativamente, possibilitando angariar novos voluntários, propostas de parcerias com empresas, além de oportunidades de emprego para os egressos.

A esse respeito, no 19º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrIm, Sacha Darke relatou que, consoante sua pesquisa de campo na APAC Itaúna/MG, há boa participação da comunidade, que acaba por apoiar os detentos, e é comum ex-presos do modelo tornarem-se voluntários na cooperação para o funcionamento da unidade (DARKE, 2013, s.p.).

Por meio da exposição dos frutos do trabalho da APAC na própria comunidade, colocando em destaque o trabalho do preso e a valorização do ser humano, o preconceito arraigado na cultura brasileira rumo à superação. Esse preconceito é o que impulsiona o discurso de ódio, chegando ao ponto de 57% da sociedade brasileira acreditarem que “bandido bom é bandido morto”, segundo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (LIMA; BUENO, 2016, p. 6). Além disso, a sociedade precisa encarar a realidade dos fatos, deixando de acreditar que o cárcere

é um depósito de presos de onde estes jamais sairão, enquanto que, na verdade, cumprida uma parte da pena (1/6, 2/5 ou 3/5, de acordo com as regras atuais), retornarão, recuperados ou não, para o seio social.

A APAC representa, em suma, a concretização do princípio da participação comunitária na execução da pena, expressamente previsto no artigo 4º da Lei de Execução Penal.

b) *Recuperando ajudando o recuperando*: diferentemente do sistema tradicional, marcado pelo individualismo, na APAC o objetivo é propagar valores, responsabilidade, solidariedade, fraternidade e o reconhecimento da importância do recuperando frente à sociedade, da sua dignidade enquanto elemento da dignidade e responsabilidade do outro; a sua dignidade está na dignidade do outro.

Exemplo disso é que, no método APAC, sanções podem ser impostas àqueles recuperandos responsáveis pela fiscalização e revista em relação a drogas. Ou seja, mesmo que não estejam em posse das drogas, poderão perder as vantagens conquistadas pelo mérito individual e coletivo, ou até mesmo ser expulsos da APAC, retornando ao sistema tradicional. Isso faz que um recuperando vigie o outro e todos tenham um compromisso ético em relação aos demais.

c) *Trabalho/estudo/profissionalização*: o preso, no sistema tradicional, geralmente não emprega bem o tempo disponível, entregando-se ao ócio, formulando vinganças, fugas, formas de voltar ao crime, interagindo com outros presos e formando alianças voltadas ao delito; tem-se o que popularmente se denomina “escola do crime”. A frustração é constante, a segregação intensa, culminando em uso de drogas e, por vezes, em rebelião. Além disso, a assunção de responsabilidade é algo raro, havendo atribuição de culpa pela sua presença no cárcere a todos: policiais, promotor, juiz, família, amigos, sociedade; para muitos, todos são responsáveis pelo seu destino, exceto eles mesmos.

O trabalho é um elemento fundamental para a recuperação - embora não seja o único -, pois permite a redescoberta de valores, como o do trabalho em equipe e o da honestidade. Além de ocupar o tempo ocioso do recuperando e ajudar na obtenção de benesses como remição de pena, o trabalho gera rendimentos para as despesas pessoais do reeducando e de sua família, além de recursos que podem ser usados para a indenização dos danos causados pelo crime, para o ressarcimento ao Estado de despesas realizadas com o apenado, nos termos do artigo 29 da Lei de Execução Penal.

Apesar de ser visto como um dever do condenado, previsto no artigo 28 do Regulamento Administrativo da APAC, o trabalho constitui, em verdade, um direito (LEP, artigo 41, II). Não se trata de trabalhos forçados, porque o Estado não pode fisicamente coagir o recuperando a trabalhar, mas obrigação legal, havendo falta

grave na hipótese de recusa em fazê-lo (LEP, artigo 50, VI). A recusa não será falta grave quando do trabalho não lhe advier nenhum benefício, ou seja, uma contrapartida em razão dessa atividade, como, por exemplo, remição da pena ou remuneração<sup>16</sup>.

A APAC utiliza-se da laborterapia, ou seja, de terapia por meio do trabalho. No regime fechado, trabalha-se com a elaboração de peças artesanais, vendidas em local adequado, possuindo cada peça informações sobre o preço e o nome do autor. O trabalho é obrigatório e diário, com carga mínima de seis horas, não podendo superar oito, o que gerará direito a remição. Com o trabalho artesanal no regime fechado, tem-se o objetivo de recuperar os valores e a autoestima do preso.

Já no semiaberto, a geração de lucros por meio do trabalho contribui para a manutenção da própria APAC, sendo importante que ela seja autossustentável após certo tempo. E, no regime aberto, o objetivo do trabalho é a reinserção social de fato, embora o trabalho seja sempre importante para aprimorar certos valores pessoais e sociais, independentemente do regime a ser cumprido.

Além disso, a participação em cursos é obrigatória. O rendimento e a frequência constituem elementos meritórios que lhe possibilitam o recebimento de benefícios na execução penal.

d) *Espiritualidade*: a espiritualidade tem papel crucial no método da APAC, direcionada, entre outros objetivos, para que o detento assuma a plena responsabilidade pelos seus atos. E, nesse momento, a espiritualidade vai auxiliar na criação da estrutura para que ele busque o perdão e sua restauração. No sistema carcerário tradicional, em razão da marginalização, ao preso muitas vezes impinge-se o indevido rótulo de rejeitado, o que gera altas taxas de distúrbios emocionais, os quais levam ao desejo de autodestruição e suicídio, atingindo alarmantes 28%; no regime APAC, tais taxas são de 1%. Além disso, é preciso atentar-se para outros dados: no sistema tradicional, os presos sentem-se vítimas em 71% dos casos, enquanto que, sob o método APAC, o percentual é de apenas 14 pontos; outrossim, a incapacidade de assumir a culpa, no sistema tradicional, é de 98%, enquanto, no método APAC, é de 16% apenas.

No sistema tradicional, em que muitas vezes não há esse reconhecimento da culpa, atribuída àqueles que o prenderam, o delataram e o levaram para a vida do crime, o preso dificilmente assumirá a responsabilidade pelos seus atos. Já no sistema APAC, todo o aparato espiritual e emocional é direcionado a que o preso reconheça sua culpa e passe, então, a trabalhar internamente todos os aspectos que a envolvem.

---

<sup>16</sup> Curiosamente os presos políticos não são obrigados ao trabalho, conforme expressamente ressaltado pelo artigo 200 da LEP, bem como o preso provisório.

e) *Assistência jurídica*: assim como não poderia deixar de ser, o preso precisa ter assistência judiciária para a plena defesa de seus direitos. Em um Estado Democrático de Direito, sendo a jurisdição inafastável (art. 5º, XXXV, da CF), não se olvidando o direito de petição (art. 5º, XXXIV, da CF), há que se dar pleno acesso do cidadão ao Judiciário. Não faria sentido, afinal, que se aplicasse um método que promettesse assegurar os direitos tão insistentemente violados, mas, em contraponto, se deixasse de prestar a devida assistência apta a permitir a concretização desse objetivo.

f) *Assistência à saúde*: tal qual a assistência espiritual, a assistência à saúde encontra-se presente na LEP, consistindo, além disso, em mais dois pilares do método APAC. Aliás, é de se notar que a assistência à saúde do recuperando é feita por voluntários, exacerbando o caráter solidário da sistemática.

Além disso, o regime tradicional passa uma ideia de abandono, exclusão, algo que o trabalho voluntário, também na saúde, consegue superar. O recuperando, assim, tem ciência de que não está abandonado, de que a comunidade se preocupa com ele.

Ademais, o regime tradicional possui uma atmosfera de degradação física, em celas muitas vezes sem condições mínimas de higiene, além da propagação do uso de drogas. Transtornos psicológicos são frequentes, como depressão, ansiedade e paranoia. Na APAC, o objetivo é propiciar aos detentos vida saudável, longe de drogas, com a prática de atividades físicas, a fim de que o corpo, assim como a personalidade, comporte recuperação. No aspecto intelectual, incentivam-se atividades que favoreçam a saúde mental, fortalecendo o aspecto psicológico, principalmente por meio dos valores que são passados. O ambiente mostra-se propenso para a saúde do recuperando com um todo.

g) *Família*: é o sétimo pilar do método APAC. Existe um trabalho direcionado às famílias, principalmente a pais, filhos, cônjuge/companheiro e irmãos dos recuperandos, ou seja, dirige-se àqueles que farão as visitas a eles. O familiar compromete-se a participar de atos socializadores realizados pela APAC, sendo necessário, contudo, que haja adequada preparação para que possam ter contato produtivo com o recuperando, almejando-se a ressocialização e a busca por renovação.

É curial que a APAC destine especial atenção não só à família do preso, mas também à da vítima, inclusive por meio do emprego de técnicas de justiça restaurativa.

h) *Voluntariado*: o oitavo pilar é o voluntariado, constituído por meio de um curso de formação específico, não havendo espaço para amadorismo e improvisação. O método APAC encontra-se consolidado, em vigência no Brasil e fora

dele, com experiência de mais de 40 anos. Por meio da formação de voluntários preparados, com conhecimento específico acerca do método, viabiliza-se a sua plena aplicação com o escopo de solucionar muitos dos problemas relacionados ao cárcere.

i) *Valorização humana*: é a base do método. Não é apenas uma questão espiritual cristã, mas algo que vai além, consistindo, em verdade, na base de valorização de cada ser humano como tal, cuja vida é tão cara à sociedade como qualquer outra. A partir da valorização, pretende-se que o recuperando assuma o compromisso de querer ser melhor, de querer ser motivo de orgulho para a família, buscando o objetivo máximo da ressocialização. O objetivo da APAC é “tirar” o preso do crime, ressocializá-lo e profissionalizá-lo. Embora, por vezes, o senso comum não endosse tal objetivo, havendo em determinados segmentos da sociedade a propagação de algumas máximas que beiram o absurdo, como a de que “bandido bom é bandido morto”, não pode haver complacência com tais discursos de ódio. Saliente-se, aliás, que muitas vezes tais premissas se fazem presentes até mesmo no discurso do próprio criminoso, em virtude da situação de pressão que se lhe apresenta, uma atmosfera tão degradante e asfixiante que o leva a analisar a possibilidade de tirar a própria vida. Em virtude disso, o desejo de autodestruição (suicídio) na prisão tradicional gira em torno dos 28%, enquanto na APAC apenas 1% cultiva tal ideia (FERREIRA, 2016, p.258). Ou seja, há esperança na renovação, a esperança na ressocialização.

j) *Retomada da identidade*: no sistema tradicional, o preso tem abalada a percepção de sua identidade, deixando de ser quem realmente é para assumir uma máscara de “bandido mau”, uma vez que será essa linguagem do medo que irá protegê-lo dentro do cárcere; quanto pior for, mais “respeito” terá dos outros encarcerados.

Além disso, o preso do sistema tradicional, nessa condição, não raro deixa de ser um indivíduo, passando a integrar uma simples coletividade, guiando suas ações de acordo com a direção apontada pelo grupo. Nessa condição, ele muitas vezes não tem a devida consciência de sua individualidade, nem de sua responsabilidade pelos próprios atos, pois passa a fazer parte de uma massa de indivíduos que, em última análise, tornaram-se números e estatísticas perante a sociedade.

A exemplo do que ocorria durante a Segunda Guerra Mundial, nos campos de concentração nazista, o preso não mais será chamado pelo nome, perdendo assim sua identidade. A pessoa somente importa na medida em que tem um número de prisioneiro. Porém a vida do número é irrelevante, e o que está por detrás desse número, o que representa essa vida, é menos importante ainda: seu passado, seu

destino, sua história. Números não sonham, não têm sentimentos, não têm projetos de vida (FERREIRA, 2016, p. 189).

Na APAC, o reconhecimento de cada um como ser digno, recuperável, apto, com virtudes e potencial, auxilia na restauração da identidade, que será trabalhada para que não mais se identifique com a vida de crimes, mas de afinidade com o que a sociedade espera de cada indivíduo como parte de um todo harmônico de convivência pacífica.

l) *Mérito, rigor e disciplina*: tudo que o reeducando alcança na APAC decorre de seu mérito, conquistado por suas ações que demonstrem comprometimento com o método APAC. No regime tradicional, nem sempre existe, de forma satisfatória, uma individualização da pena, até porque muitas vezes há a homogeneização dos detentos, que acabam sendo tratados não como sujeitos de direitos, mas meros objetos. Coisifica-se o ser humano. Na APAC, por outro lado, os recuperandos são conhecidos um a um, identificando-se os méritos de cada um deles, em âmbito individual e coletivo.

Exemplo da rígida disciplina está no Regulamento Administrativo da APAC: “Os recuperandos inscritos nos cursos deverão se apresentar às aulas com cinco minutos de antecedência, importando o descumprimento da norma em falta disciplinar sujeita a sanções” (PORTAL FBAC, 2016c, art.6 °§2°). Diga-se, a propósito, que a frequência às aulas e o bom rendimento escolar são considerados mérito para a obtenção de benefícios durante a execução da pena.

Na APAC, a pontualidade é pressuposto para toda e qualquer atividade, havendo sempre um horário predeterminado para as atividades, inclusive para higiene pessoal: “Os atos relacionados com a higiene pessoal ocorrerão diariamente, de segunda a sexta-feira, das 06h às 07h, das 12h às 13h e das 17h às 21h.” (PORTAL FBAC, 2016c, art. 19, §1°)<sup>17</sup>.

A APAC exige alto nível de organização dos recuperandos, que precisam manter camas arrumadas, armários organizados e celas com “impecáveis condições de higiene” (PORTAL FBAC, 2016c, art.21, l).

---

<sup>17</sup> Note-se, a título de curiosidade, que o banho é obrigatório no método APAC. Observe-se que existe uma previsão regulamentar que faz que o banho seja livre aos sábados, domingos e feriados (PORTAL FBAC, 2016c, art.19, §2°), bem como dispositivo prevendo ser proibido o corte de cabelo com máquina zero (PORTAL FBAC, 2016c, art.19, §3°). Esta última previsão é interessante, uma vez que existe, por vezes, uma massificação estereotipada no que tange à “aparência de bandido”. Em pequenas ações, como em um corte de cabelo, possibilita-se que o recuperando assuma sua identidade e conserve a sua individualidade.

m) *Jornada de Libertação com Cristo*: resume-se a três dias de reflexão e interiorização com o recuperando, dividindo-se em duas etapas: a primeira preocupa-se em revelar Jesus Cristo, apresentando suas principais características e valores; a segunda ajuda o recuperando a rever sua vida e conhecer-se melhor (OTTOBONI, 2014, p. 99-100).

É preciso que fique claro que, embora tenha grande embasamento religioso, notadamente cristão, a APAC não impõe este ou aquele credo, apesar de trazer como fundamento basilar a relação com Deus (OTTOBONI, 2014, p. 81).

Neste ponto, poderia recair uma das críticas ao método – talvez uma das poucas plausíveis -, qual seja, a da possibilidade de o preso ser ateu ou agnóstico, havendo uma espécie de discriminação a ele. Contudo, como não deve haver imposição de religião a ninguém, nem se deve privar o preso de conseguir beneficiar-se pelo método em razão do seu direito de crer (ou não crer), é possível pensar em uma adaptação, por meio da qual o preso poderá, caso não se coadune com a doutrina religiosa transmitida, realizar estudos de filosofia, sociologia, ou qualquer ramo da ciência que possa levá-lo à reflexão e ao autoconhecimento.

#### **4 POR QUE APLICAR O MÉTODO APAC?**

Essa questão sempre será a principal dentre aquelas levantadas pelos estudiosos e curiosos acerca não apenas do método, mas do sistema prisional como um todo. Afinal, antes de realizar, concretamente, toda uma reestruturação do sistema de execução penal no Brasil, é preciso questionar-se acerca dos resultados que serão atingidos com o novo sistema, a fim de aferir sua viabilidade.

Nessa toada, ao expor os doze elementos fundamentais da APAC, viu-se como eles buscam corrigir muitas das falhas do sistema prisional tradicional, apresentando-se, com isso, inúmeros e inegáveis benefícios do método.

Assim, muitas são as suas vantagens, sendo a principal delas o custo-benefício: a custo muito menor, obtém-se efeito ressocializador muito mais satisfatório, algo que se dá respeitando-se os direitos fundamentais dos recuperandos. Nesse ínterim, podem-se elencar as seguintes características de destaque do método APAC:

a) *Cumprimento integral da pena*: as APACs, desde que devidamente estruturadas, propiciam o cumprimento integral da pena, já que podem ser criadas vagas não só no regime fechado, mas também no semiaberto e aberto. Isso quer dizer que, se ao condenado se impõe, por exemplo, uma pena de 06 anos, deverá cumprir, verdadeiramente, os 06 anos, respeitados os regimes a que tem direito, sempre sob a mais rígida disciplina. Com isso, diminui-se a sensação de impunidade;

b) *Recuperação do preso, com baixíssimos índices de reincidência*: como o método APAC abrange uma enorme gama de aspectos – como trabalho, estudo, assistência espiritual pela religião, família, disciplina, resgate da autoestima, etc. –, a recuperação de detentos costuma ser muito efetiva. Quem mais ganha com isso é a sociedade, pois um criminoso recuperado significa – como já dito – crimes a menos sendo cometidos na cidade. Um dos objetivos primordiais da APAC é evitar novos crimes e melhorar a qualidade de vida da população, já que boa parte dos crimes mais violentos é praticada por reincidentes (pessoas que não foram devidamente recuperadas no sistema penitenciário tradicional);

c) *Disciplina rígida*: apesar de não haver guardas armados no âmbito da APAC, os detentos são submetidos a uma rígida disciplina. Quem não se adapta ao método volta imediatamente para o sistema tradicional. Como os detentos não querem voltar para o cárcere tradicional, é incomum que os recuperando deem causa a isso;

d) *Forte participação de voluntários de igrejas*: um dos principais diferenciais da APAC é a busca intensa do resgate espiritual do detento, para que a recuperação dele seja efetiva. O método tem como um de seus principais pilares a espiritualização, o que geralmente não se vê no sistema convencional, até por falta de estrutura para tanto;

e) *Custos*: cada preso, nas APACs, custa, em média, de 25 a 30% do que custa hoje um preso no sistema penitenciário convencional, o qual, como é cediço, não tem funcionado bem.

As vantagens, assim, são inúmeras, principalmente quando se estabelece como parâmetro o sistema carcerário brasileiro, fonte de incontáveis violações dos direitos fundamentais e definitivamente ineficaz na busca pela ressocialização do preso. O encarcerado, em verdade, encontra, no dia a dia da vida prisional, ódio, sofrimento, violações de direitos e mais crimes.

O método APAC busca corrigir cada uma dessas falhas, com tratamento humano, embora rígido, que corrige distorções e almeja recuperar a identidade do preso, com o resgate de valores essenciais à vida em comunidade, aprendizado, estudos, trabalho, assunção de culpa responsabilidade e busca por amor e perdão, dando-lhe novas perspectivas a uma vida que parecia não ter sentido algum – a não ser em direção ao crime, à tristeza, à vingança e ao ódio.

Nota-se, pois, que, enquanto no sistema prisional comum o preso é capturado e mantido infantilizado, plenamente dominado, inclusive por organizações criminosas, contexto que impossibilita a sua emancipação, no modelo APAC ele tem plenas condições de recuperar sua identidade e conseguir emancipar-se, o que é

essencial para que, posteriormente, em liberdade, torne-se indivíduo socialmente recuperado, produtivo e útil.

### **CONCLUSÃO**

A questão carcerária tem se mostrado problemática no mundo inteiro, não sendo diferente na América Latina, havendo um estado de falência marcado pela superlotação, ambiente degradante, ampla violação dos direitos humanos e inefetividade no ideal ressocializador que tanto se almeja. Os dados bem comprovam tais alegações, evidenciando que o modelo tradicional se encontra superado, o que torna a busca por alternativas algo necessário e premente.

Para o presente trabalho, foi indispensável trazer, primeiro, os dados carcerários da América Latina e, em seguida, do Brasil, uma vez que este é parâmetro quando se trata da aplicação da medida alternativa ao sistema carcerário tradicional, a dizer, a APAC – que, por sinal, teve sua gênese em terras brasileiras, onde encontra seu maior âmbito de aplicação.

Aliás, o estudo sobre o método APAC foi assim contextualizado, na realidade brasileira - não obstante a existência de APACs espalhadas pelo mundo, inclusive na América Latina. Essa nova estrutura carcerária apresenta metodologia diferenciada, com valorização do ser humano e dos direitos fundamentais, pautada em valores essenciais para a vida em sociedade. A conjugação de tais valores, mediante a aplicação rígida dos 12 elementos fundamentais do método, traz resultados satisfatórios em termos de ressocialização, recuperando efetivamente o ser humano e diminuindo a reincidência, com reflexos extremamente úteis para a segurança pública.

Portanto, diversas são as vantagens do método APAC, sendo a principal delas seu custo-benefício, pois, mesmo com custos muito mais baixos, os resultados alcançados são melhores, atingindo-se índices satisfatórios de ressocialização.

Diante dos elementos apresentados, conclui-se que o método APAC é algo a ser intensamente buscado, diante de todas as distorções que corrige. O tratamento mais humano, o respeito à individualidade, o resgate de valores, a confiança depositada nos recuperandos, a inclusão da família, todas essas características representam um marco de superação das constantes violações de direitos e do estigma imposto pela sociedade aos presos em geral, possibilitando que estes se recuperem, restaurem suas vidas e possam reinserir-se na sociedade.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana*. Revista de Direito Administrativo nº 254, Biblioteca Digital Fórum de Direito Público, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 08 de maio de 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 8 de julho de 2017.

CARRANZA, Elías. Situación penitenciaria em América Latina y el Caribe ¿Qué hacer? *Anuario de Derechos Humanos* 2012. N. 8. Universidad de Chile, 2012, p. 31-66. Disponível em: <<http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20551/21723>>. Acesso em: 06 de junho de 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Brasília/DF: CNJ, 2014. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas\\_presas\\_no\\_brasil\\_final.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf)>. Acesso em: 08 de maio de 2017.

DARKE, Sacha. *O gerenciamento de prisões sem guardas no modelo APAC*. 19º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim, realizado no período de 27 a 30 de agosto de 2013, no Hotel Tívoli São Paulo Mofarrej, em São Paulo/SP.

DARKE, Sacha. KARAM, Maria Lúcia (trad.) *Comunidade prisionais autoadministradas: o fenômeno APAC*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 22, n. 107, p. 357-376, mar./abr. 2014.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL – DEPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN – junho de 2014*. Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 08 de maio de 2017.

DELGADO, Malu. *Brasil tem pelo menos 83 facções em presídios*. Brasil: Deustche Welle, 2017. Disponível em: <<http://www.dw.com/pt-br/brasil-tem-pelo-menos-83-fac%C3%A7%C3%B5es-em-pres%C3%ADdios/a-37151946>>. Acesso em: 02 de maio de 2017.

DI CREDDO, Raquel de Naday; PERESTRELO, Tatiana Liborio Nellessen. Das telas à vida real: o cumprimento da pena e o método APAC. In: BERNARDI, Renato; ARAÚJO, Felipe Ferreira de; COSTA, Maria Natalina da (orgs.). *Direito e cinema nacional em debate*. 1. ed. Jacarezinho-PR: UENP & PROJURIS, 2016, p. 147-168.

EXAME. ONU: nenhum sistema carcerário da América Latina é humano. Exame, 2012. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/onu-nenhum-sistema-carcerario-da-america-latina-e-humano/>>. Acesso em: 06 de junho de 2017.

FERREIRA, Valdeci Antônio. *Juntando cacos, resgatando vidas: valorização humana – base do método APAC e a viagem ao mundo interior do prisioneiro – psicologia do preso*. Belo Horizonte: Gráfica O Lutador, 2016.

G1. *Fantástico ouve especialistas e vítimas sobre progressão de pena*. G1, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/12/fantastico-ouve-especialistas-e-vitimas-sobre-progressao-de-pena.html>>. Acesso em: 03 de maio de 2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Reincidência criminal no Brasil*: relatório de pesquisa. Rio de Janeiro: IPEA, 2015. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611\\_relatorio\\_reincidencia\\_criminal.pdf](http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf)>. Acesso em: 02 de maio de 2017.

LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira (Coord.). *Anuário brasileiro de segurança pública 2016*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2016.

OTTOBONI, Mário. *Vamos matar o criminoso?: método APAC*. 4. ed. São Paulo: Paulinas, 2014.

PORTAL FBAC. *Elementos fundamentais do método APAC*. FBAC, 2016b. Disponível em: <<http://www.fbac.org.br/index.php/pt/institucional/metodo-apac>>. Acesso em: 08 de maio de 2017.

\_\_\_\_\_. *Quem somos?* FBAC, 2016a. Disponível em: <<http://www.fbac.org.br/index.php/pt/institucional/institucional>>. Acesso em: 08 de maio de 2017.

\_\_\_\_\_. *Regulamento administrativo da APAC*. FBAC, 2016c. Disponível em: <https://www.dropbox.com/sh/7epj02ditiabua/AABMe3sMpk0bJGGdE49Bz6hVa/Administrativo?dl=0&preview=Regulamento+Administrativo.pdf>. Acesso em: 5 de maio de 2017.

THE ECONOMIST. *Prisons in Latin America: journey into hell*. Caracas, Cidade do México, Santiago e São Paulo: The Economist, 2012. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/21563288>>. Acesso em: 06 de junho de 2017.

WALMSLEY, Roy. *World prison population list (eleventh edition)*. World Prison Brief (WPB) e Institute for Criminal Policy Research (ICPR), 2016. Disponível em: <[http://prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world\\_prison\\_population\\_list\\_11th\\_edition\\_0.pdf](http://prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition_0.pdf)>. Acesso em: 06 de junho de 2017.

---

# ESTUDO VITIMOLÓGICO PARA UMA POLÍTICA DE REDUÇÃO DE DANOS DA VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA NOS CRIMES SEXUAIS

---

**José Rodolfo Castelo de Rezende<sup>1</sup>**

**Larissa Leandro Lara<sup>2</sup>**

**Luma Gomes Gândara<sup>3</sup>**

## INTRODUÇÃO

Antes no estado natural do homem prevalecia-se à completa liberdade, que posteriormente, foi substituída pelo direito penal, utilizado como instrumento de coordenação e preservação do bem estar social, respeitando-se os direitos fundamentais do cidadão.

O direito penal tem como principais objetivos, a busca pela limitação das condutas sociais, disciplinando o agressor, através de suas leis a fim de coibi-los a prática novos atos ilícitos, além de almejar a recuperação do dano sofrido pela vítima, colocando-a como sujeito de direito.

Com isso, a partir da 2ª Guerra Mundial e as atrocidades sofridas pelos judeus nos campos de concentração, despontou-se um movimento que trouxe à tona o esquecimento que o sistema penal mantinha para com a vítima, renovando-o. Outrora, o precípua foco do delito encontrava-se especialmente na figura do agressor.

---

<sup>1</sup> Especialista em Teoria e Prática de Direito Empresarial pela PUC/LONDRINA (2015); possui graduação em Direito pela UNOPAR (2013); é Advogado na cidade de Londrina/PR; e-mail: joserodolforezendeadv@gmail.com

<sup>2</sup> Aluna especial no curso de Mestrado em Direito Negocial pela UEL; possui especialização em Direito e Processo Penal pela UEL (2016); possui especialização em Ministério Público – Estado Democrático de Direito pela FEMPAR/UNOPAR (2013); possui graduação em Direito pela UENP (2012); é Advogada na cidade de Londrina/PR; e-mail: larissaleandrolara@gmail.com

<sup>3</sup> Meestranda em ciência jurídica pela UENP; possui especialização em Direito Civil e Processo Civil pelo Projuris/FIO (2016); possui graduação em Direito pela UENP (2014); é Escrevente Técnica Judiciária no TJSP, lotada na 2ª Vara Cível de Assis – SP; e-mail: luma.gandara@msn.com.

Surge, então, a ciência da Vitimologia, isto é, o estudo que questiona a complexidade da política criminal, desde formulação de estratégias de prevenção de delito, até ressocialização do delinquente, examinando, concomitantemente, a interrelação entre o ofendido e o infrator.

Neste sentido, o presente estudo analisará o menosprezo que o sistema jurídico-processual dispõe para com as vítimas, tendo em vista a cabal ausência de atendimento especializado para com estas, o que dificulta readquirir o equilíbrio biopsicossocial perdido com o dano provocado pelo ato ilícito perpetrado.

Será apresentado o conceito de vitimização secundária, qual seja o dano proveniente da dinâmica investigatória-processual necessário para a obtenção da pretensão punitiva, bem como a falta de preparo, neste aspecto, das autoridades competentes.

Enfatizar-se-á a debilidade emocional que vítimas sofrem, e a necessidade de atendimento especializado, para que essas não se sintam desamparadas pela justiça.

Ademais, será apontada a evolução legislativa brasileira, com o advento de leis, como a Lei 9.099/1995 e, principalmente, com a Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria de Penha –, além da eferescente Justiça Restaurativa inovando diretrizes de políticas públicas, ao resgatar a devida importância que os operadores do direito devem proporcionar para com as vítimas.

Utilizar-se-á como técnicas de pesquisa, de forma a coletar e examinar os materiais analisados, a pesquisa indireta documental e bibliográfica, por meio de doutrinas e artigos acerca dos assuntos a serem trabalhados.

## **1 O HOMEM EM SEU ESTADO NATURAL**

No estado natural não havia lei positivada, malgrado já existir a ideia do justo. A partir dessa premissa desenvolveu-se a própria noção do direito. O direito, em um sentido mais amplo, é atribuir à justiça de modo equânime, a fim de que origine a paz social entre os membros da sociedade.

Desta forma, pôde verificar que desde o surgimento da civilização, e a conseqüente organização social grupal, encontrou-se mesmo que inconscientemente, a presença do juízo valorativo de, dar a cada um o que lhe é devido.

No estado natural, os homens evidenciavam a total liberdade para as ações humanas, conforme suas conveniências individuais, sem que houvesse a necessidade de pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem.

A fonte do direito natural transcende a vontade humana, e acaba por ser a expressão do justo decorrente da natureza das coisas. O naturalismo abrange a todos os homens, em todos os tempos, além de ser imutável, tendo em vista a própria imutabilidade da natureza humana.

Neste estado, vigora a igualdade entre as criaturas de uma mesma espécie, pois são privilegiadas de vantagens idênticas e o direito ao uso das mesmas faculdades.

Thomas Hobbes em sua clássica obra *Leviatã*, assim define o estado de natureza:

É a liberdade que cada homem tem de utilizar seu poder como bem lhe aprouver, para preservar sua própria natureza, isto é, sua vida: conseqüentemente, é a liberdade de fazer tudo aquilo que, segundo seu julgamento e razão, é adequado para atingir esse fim. (HOBBS *apud* BERNARDES, 2002, p. 97)

Não obstante, a liberdade alcançar a todos no estado de natureza, este é regido por uma lei, isto é, uma essência básica, qual seja, a racionalidade dos homens.

Razão, neste contexto, é a consideração das conseqüências das coisas e dos nomes gerais concatenados a uma caracterização e significação dos pensamentos.

Ela foi, e ainda é o sentido, o benefício intrínseco do gênero humano, pois os homens raciocinam de mesmo modo, e o fazem bem, quando dotados de bons princípios e grandes valores morais.

Deve-se também a razão, a proteção do ser humano em evitar sua própria autodestruição, porquanto é dotado de vícios, tais como o egoísmo, a ganância, a parcialidade, prazeres sexuais.

Sendo assim, o homem constantemente envolve-se em competições uns contra os outros pela honra, dignidade e vitória, criando um estado de desordem. A violência se dá entre indivíduos decorrentes das relações pessoais, políticas, culturais e sociais.

O estado de natureza que Hobbes (*apud* BERNARDES, 2002) conceitua é marcado pelo conflito permanente ou guerra iminente. Nele não há presença de uma hierarquia política, de modo que se todos utilizassem de seus direitos ao mesmo tempo, geraria o caos e a balbúrdia, sendo limitados somente pelo poder e consciência individual de cada um.

Consequentemente, na tentativa de ser evitar um estado de guerra permanente, o homem utiliza a razão, seu maior dom, para instituir um instrumento de defesa, a lei.

Desse modo, é através da criação de uma lei positivada fundamentada pelo racionalismo, e, por conseguinte o pacto social, que o homem deixa de lado sua individualidade para a obtenção de um bem maior, a paz social e um estado de direito que a todos abrange.

O contrato social é a transferência mútua de direitos, cujo vínculo encontra-se no medo de um provável resultado natural ruim derivado da ruptura desse contrato. É um direito originado pela renúncia, não importando a quem beneficiará esperando-se sempre o recíproco benefício.

Logo, verifica-se poder maior, quando há integração entre os homens, através do consentimento dado a uma pessoa ou a um Estado, para coordenar ações e leis que regem o estado natural, protegendo-os da livre imputação que a liberdade do estado natural cria, como o ilustre filósofo John Locke, o diz:

Cada um está obrigado a preservar-se, e não abandonar a sua posição por vontade própria; logo, pela mesma razão, quando sua própria preservação não estiver em jogo, cada um deve, tanto quanto puder, preservar o resto da humanidade, e não pode, a não ser que seja para fazer justiça a um infrator, tirar ou prejudicar a vida ou o que favorece a preservação da vida, liberdade, integridade ou bens de outrem. (LOCKE *apud* NETTO, 2007).

Assim, a lei é necessária, pois no estado natural não há um juiz, com autoridade suficiente para instituir a justiça, tendo em visto a completa liberdade proveniente desse estado original.

Portanto, imprescindível existir poder coercitivo que obrigue os homens a cumprirem o pacto celebrado. Tal poder deve insuflar temor de pena superior ao benefício aguardado com o rompimento do pacto, além de ser capaz de asilar a propriedade adquirida pelos homens via do contrato mútuo, como recompensa do direito universal que abdicou.

O direito, neste sentido, surge como um instrumento de coordenação e preservação das liberdades, através do pacto social, em que todos os indivíduos, de comum acordo, abririam mão de seus direitos naturais, em prol de uma forma de governo ou uma autoridade que estabeleceria como o objetivo principal em obter vantagens sociais em garantir a paz social e o respeito dos direitos fundamentais de qualquer cidadão.

O progresso da sociedade provocou o nascimento do conceito de direito fundamental, que atrelou o bem estar da comunidade com a do próprio indivíduo, provendo-lhe o mínimo necessário para conquistar uma vida com grau qualitativo.

A vida em sociedade exige sacrifício como a limitação dos direitos naturais, para a concretização de um bem maior: o equilíbrio social e a justiça. O célebre filósofo inglês Thomas Hobbes preceitua a justiça:

Justiça é a vontade constante de dar a cada um o que é seu. Então, quando não existe o seu, não há propriedade e, portanto, não há também injustiça. Onde não há Estado, não há propriedade e, por conseguinte, não existe poder coercitivo, dado que, nesse caso, todos os homens têm direito a tudo. Assim, não havendo Estado, não há injustiça. A natureza da justiça consiste no cumprimento dos pactos válidos, e essa validade começa com o estabelecimento de um poder civil que obrigue os homens a cumpri-los. (HOBBES *apud* BERNARDES, 2002)

A justiça, portanto, é uma lei natural, eis que é imutável e eterna. É regra da razão que proíbe fazer o que gera mal para o próprio homem, além de ser a constante proteção dos direitos concernentes aos homens, chamados direitos fundamentais.

Tais direitos surgem como forma de exteriorização da condição igualitária que os indivíduos possuem uns para com os outros.

## 1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ideia de direitos fundamentais tem sua gênese no pensamento greco-romano, em que o ser humano passa a ser considerado em sua igualdade essencial, como um ser dotado de liberdade e razão.

Neste sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2010, p. 46) assim descreve os direitos fundamentais: “Em termos técnico-jurídicos essas liberdades são direitos subjetivos. São poderes de agir reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todos os seres humanos”.

Desta forma, a razão trás a convicção de que os seres humanos têm direitos a serem respeitados, pela sua simples humanidade. Tem-se, portanto, que está completamente atrelada a uma instituição social de extrema importância, a lei escrita.

Assim, como regra geral e uniforme, a lei positivada, igualmente aplicável a todos os indivíduos, habitantes de uma sociedade organizada, torna-se fundamento da sociedade política, como se encontra em *As Suplicantes*, de Eurípedes, citado por

Carlos Augusto Alcântara Machado: “uma vez escritas as leis, o fraco e o rico gozam de um direito igual; o fraco pode responder ao insulto do forte, e o pequeno, caso esteja com a razão, vencer o grande” (2013).

A noção de direito fundamental, coloca em foco características da impessoalidade e da generalidade, afirmando categoricamente que todos são iguais perante a lei, e este, por sua vez, deverá valer-se de mesmo modo e intensidade, independente da condição econômica e social do cidadão.

Desta forma, a acentuação dos direitos fundamentais se deu através da formulação de uma Constituição, isto é, um documento escrito e organizado que limitaria o poder político, assegurando uma garantia dos direitos fundamentais, criando como diz Montesquieu, um “sistema de freios” (apud MELVILLE, 2002, p. 130.).

O idealismo dos direitos naturais é derivado da própria natureza humana, razão pela qual são considerados imprescritíveis, inalienáveis, individuais e consequentemente universais.

Caracterizam-se os direitos humanos como intrínsecos e universais pertencentes a todos os seres humanos. São também indivisíveis e interdependentes, além de transnacionais. Esses direitos devem ser necessariamente, acatados por tudo e por todos.

Os direitos humanos são um conjunto de valores universais e éticos, como liberdade, justiça e paz no mundo, que devem ser respeitados pelo poder estatal. Buscam expor uma ordem pública universal baseada no acatamento à dignidade da pessoa humana.

Tais direitos ganham proteção da ordem jurídica, através do reconhecimento do Estado, de modo que ganham o elemento da coercibilidade, pois caberá ao Estado punir aqueles que obstruírem ao poder imbuído na lei positivada.

Os direitos fundamentais, individuais e sociais, são garantias dos cidadãos contra o arbítrio estatal, independente da época. Assim, somente através da janela de um estado social e democrático, que se encontra a correta via para ser o sustentáculo dos direitos fundamentais.

Desta forma, desde o pensamento clássico, há certo de que a dignidade humana é um valor intrínseco da pessoa humana, irrenunciável e inalienável, elemento qualificador do ser humano, que dele não pode ser destacado, ou seja, qualidade integrante e irrenunciável da condição humana que deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo ser criada nem constituída, pois é algo inerente ao ser humano. (SARLET, 2007, p. 71).

Nesse sentido, o Estado contemporâneo desponta com o propósito de dar abrigo aos direitos fundamentais, diminuindo os conflitos que emergem dia-a-dia, trazendo regras a fim de o limite e equilíbrio social não seja desrespeitado.

Insta mencionar que os direitos fundamentais, bem como as inúmeras Constituições e o próprio cerne do Estado Democrático de Direito surgiram com o objetivo fundamental de proteger o homem dele mesmo.

Os direitos fundamentais, tão logo, são considerados mapas de orientação, limitando o arbítrio e prepotência dos governantes, trazendo à realidade a tão sonhada e esperada segurança jurídica.

## 1.2 CRIMINOLOGIA

O domínio do saber criminológico traz maior conhecimento da realidade do delito e tudo que o cerca, concedendo acesso às informações que apresentam o funcionamento correto ou não na execução da legislação penal.

Um dos principais objetivos da Criminologia é prevenção do delito, além da busca qualitativa pela resposta ao fenômeno criminal. Sendo tal resposta, tanto do Estado, como da sociedade. A Criminologia tem como princípio básico verificar a situação de causa e efeito do crime.

A qualidade da resposta ao delito, não se concentra somente na sanção imposta ao infrator, mas passa pelo atendimento das expectativas dos criminosos e das vítimas, bem como pela comunidade em que o delito ocorreu.

A ciência criminológica não tem como escopo o fim da criminalidade, uma vez que acreditar no total desaparecimento desta é um pensamento utópico, mas sim, na busca incessante pelo controle de uma da criminalidade razoável, fundamentada no comportamento humano.

Importante ressaltar, que a Criminologia também tem como objetivo, através dessa ciência causal-explicativa, a ressocialização do egresso, a fim de que haja efetiva reintegração social, formulando empenhos terapêuticos e evitando a reincidência.

As funções da Criminologia moderna são: explicar e prevenir o crime, intervir na pessoa do infrator e avaliar os diferentes modelos de resposta eficaz ao crime.

Luís Flávio Gomes assim entende sobre a Criminologia moderna:

Parte da caracterização do crime como 'problema' – face humana e dolorosa do crime; amplia o âmbito tradicional da Criminologia (adiciona a vítima e o controle social ao seu objeto); acentua a orientação 'prevencionista' do saber criminológico, diante da obsessão repressiva explícita de outros modelos convencionais; substitui o conceito 'tratamento' (conotação clínica e individualista) por 'intervenção' (noção mais dinâmica, complexa e pluridimensional, mais próxima da realidade criminal; destaca análise e avaliação dos modelos de reação ao delito como um dos objetos da Criminologia; não renuncia, porém a uma análise etiológica do delito (desviação primária) no marco do ordenamento jurídico como referência última. (MOLINA *apud* GOMES, 2001, p. 40)

Caracteriza-se a Criminologia por uma interdisciplinaridade, ou seja, quando os conhecimentos parciais integram-se e cooperam-se entre si, concatenados com outras ciências como a Psicologia, Sociologia, Biologia, Medicina Legal, Criminalística, entre outras, utilizando o método científico, isto é, a sistematização, por observações e experiências, repetidas e comparadas, de forma a alcançar a verdade real, além de explicar a extensão dos delitos num certo período de tempo e em determinada unidade espacial.

Assim, sendo a Criminologia uma ciência plural, procura ter uma visão interdisciplinar, vez que tem abordagem mais profunda da multidisciplinaridade. Tal enfoque multidisciplinar busca um trabalho lado a lado com as outras ciências, enquanto que a interdisciplinaridade está associada a uma integração das partes constitutivas e do respeito das diferenças de outras ciências.

Ressalta-se também a importância da interdisciplinaridade na criminologia, que jamais pode ser deixada de lado, pois é exatamente através dela, com seus intercâmbios de conhecimentos e técnicas, que enriquecerá o diálogo entre aqueles que combatem o crime cada um em sua área específica, com o intuito uno de quebrar barreiras, melhorando o sistema de justiça criminal em um todo.

Hodiernamente, os crescentes índices da ação criminosa são a maior vicissitude da modernidade. Imperioso, assim, concentrar pesquisas, no estudo biopsicossocial, para se alcançar resultado mais célere no controle da criminalidade e insegurança oriunda do medo de atos cruéis e sádicos que criminosos cometem insistentemente contra a sociedade.

O estudo da Criminologia não deve conhecer limites divisórios, pois são as ciências existentes em suas fronteiras que fornecem embasamento e alicerce para atingir o estudo minucioso do crime, combatendo-o de maneira eficaz e contínua.

No próximo capítulo será explicado sistematicamente o que é a ciência da Vitimologia, relacionando o precário tratamento dirigido para com as vítimas.

## 2 VITIMOLOGIA

A Criminologia atua no campo das questões mais relevantes da política criminal, desde a formulação de estratégias de prevenção do delito, até mesmo, a ressocialização do criminoso. Estuda o processo de violação das leis, não se esgotando na mera explicação do crime.

Põe em foco também, uma referência jurídica e sociológica, examinando o comportamento humano com o intuito de desvendar a gênese do crime imputado.

Assim como o Direito Penal está presente no desenvolvimento político-social do homem, a vítima também o está, visto que não há crime, sem que haja uma pessoa passiva no ato ilícito.

A vítima, desta forma, é elemento intrínseco do delito, não podendo ser deixada de lado devido a sua extrema importância para a concretização da infração penal.

Contudo, a Criminologia, por ser uma disciplina recente e em estado de ebulição deixou a vítima de lado, menosprezando seu relevante papel no estudo criminológico, evidenciando uma preocupação acentuada na figura do delinquente.

Surge então, como ramo da Criminologia, a Vitimologia, que estuda a vítima e suas relações com o autor do crime, bem como os sistemas sociais no vasto e multiforme campo do Direito.

Vítima, juridicamente falando, é o sujeito passivo do crime. Aquela pessoa que sofre a lesão do bem tutelado é titular da reparação do dano causado por um ato ilícito.

Nos moldes da Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Delito e Abuso de Poder, da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1985:

Entende-se por vítimas as pessoas que, individualmente ou coletivamente, tenham sofrido danos, inclusive lesões físicas ou mentais, sofrimento emocional, perda financeira ou diminuição substancial de seus direitos fundamentais, como consequência de ações ou omissões que violem a legislação penal vigente nos Estados-membros, incluída a que prescreve o abuso criminal de poder. (DECLARAÇÃO..., ONU, 1985).

A relação delinquente-vítima pode revelar e fornecer conhecimento no desmembramento de um delito, trazendo do estudo científico para a realidade, uma eficiente aplicação da culpabilidade.

Importante também sopesar a personalidade moral, antecedentes e condições pessoais da vítima, além, da relevância dos aspectos ligados à conduta do agressor e da vítima, que influenciam, igualmente, na classificação do crime e na ministração da sanção penal.

O grau de inocência da vítima, além do grau de culpa do autor compõe elementos negligenciados pela doutrina, podendo contribuir concisamente para uma justiça mais ágil e eficiente.

Apesar do desamparo para com as vítimas abandonadas pela máquina estatal e pelo sistema penal, verifica-se uma morosa e custosa transformação da preocupação com o bem-estar da vítima.

Felizmente, houve um reexame do papel da vítima, relocando-a, pouco a pouco, como protagonista no processo penal moderno, com devida preocupação estatal, especialmente em assegurar o acesso à justiça, a um tratamento adequado e humanizado na estrutura judiciária, além do ressarcimento por parte do Estado e assistência social ao ofendido.

## 2.1 VITIMIZAÇÃO PRIMÁRIA E SECUNDÁRIA

O processo de vitimização se inicia com a consolidação do fato típico. A partir do momento em que o indivíduo sofre dano, enquadra-se na qualidade de vítima. A vitimização não traz somente sequelas físicas, mas também de cunho emocional, as quais, muitas vezes, são até mais graves.

Em diversos casos a vítima após a agressão passa a conviver constantemente em estado de nervosismo, pois convive com o medo. Mas, não somente medo de uma nova agressão, mas medo da vergonha, da revelação pública da violência sofrida, dentre outros, que comprometem seu bem estar pós-delito.

Entende-se, assim, que o conjunto dos efeitos e consequências, ou seja, dos males oriundos do crime praticado é o que a ciência da criminologia tem por vitimização primária.

O conceito de vitimização, segundo Maria Amélia de Azevedo e Viviane Guerra:

Como a vitimização não é um fenômeno isolado, mas sim um processo que se prolonga às vezes por anos, a vítima passa a viver uma situação típica de um estado de sítio, em sua liberdade – enquanto autonomia pessoal – é inteiramente cerceada e da qual só se resgatará, via de regra, recuperando o poder da própria palavra, isto é, tornando-se pública a violência privada de que foi vítima. (2000, p. 35)

Apesar da evolução no processo de valorização da vítima, há ainda um grande obstáculo no âmbito da proteção do direito das vítimas, o processo de vitimização secundária.

A doutrina entende por Vitimização Secundária, ou Revitimização, ou Sobrevitimização do Processo Penal ser o sofrimento adicional que a dinâmica do sistema de justiça provoca, violando outros direitos dessas vítimas já tão sensibilizadas pela violência sofrida.

Autores afirmam que o mal proveniente da matéria processual é em inúmeros casos, maior que o próprio delito em si. Os danos trazidos pela investigação policial-judicial produzem novos prejuízos ao psicológico das vítimas.

Nos casos de vítimas de crimes sexuais, as agressões jurídica/processual atingem o íntimo destas, trazendo danos psíquicos, físicos, sociais e econômicos, além de, deixar cicatrizes tão profundas no emocional e na autoestima, que se tornam marcas irreversíveis.

Por uma questão de valores culturais, e até mesmo por sentir-se envergonhadas, há casos em que vítimas de crimes sexuais deixam de denunciar, são as chamadas “cifras negras”, mantendo-se no anonimato, sofrendo sozinhas, sem nenhum apoio, evitando que o agente seja penalizado por sua ação.

O sistema processual atual não traz confiança e segurança necessária à vítima, acarretando ausência de credibilidade em uma justiça ativa e digna, o que provoca nos cidadãos, e especialmente nas vítimas dos crimes sexuais, completa insatisfação a tal ponto, deixar de comunicar às autoridades competentes os crimes sofridos.

O descrédito e a desconfiança nas instituições públicas somente geram mais criminalidade e violência, vez que não comunicado o crime, traz impunidade, incitando um círculo vicioso, de modo que agressores não se sentem intimidados devido à inexistência de qualquer tipo de pretensão punitiva.

Tal efeito dominó, isto é, a falta de delação nos crimes, gera grande falha na comunicação entre a sociedade e o Ministério Público, legitimado a propor ação penal, ficando este impotente na atuação incisiva no combate à criminalidade.

## 2.2 COMBATE À CRIMINALIDADE

Um dos principais órgãos oficiais da justiça é o Ministério Público. O ente estatal é uns dos caminhos para se tentar alcançar o exercício da cidadania. Através de sua atuação, que se dá por imperativo constitucional e em face de sua

independência e autonomia, age em prol da ordem jurídica e do regime democrático de direito.

O Ministério Público é responsável, perante o Poder Judiciário, por um agir atuante em defesa da sociedade como um todo, atuando também na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis e no controle externo da atividade policial. Desta forma, o órgão trata da investigação de crimes, da requisição de instauração de inquéritos policiais, da promoção pela responsabilização dos culpados, do combate à tortura e aos meios ilícitos de provas, entre outras possibilidades de atuação, como *custus legis*<sup>4</sup>.

Desta forma, as vítimas que vão a uma delegacia de polícia ou ao órgão do Ministério Público, esperam respaldo e suporte para recuperar o dano. Não atender a essa demanda, traz um grande obstáculo para a efetivação de um estado democrático de direito, com respeito aos direitos humanos que preceitua a Constituição Federal.

É nesse momento que o Ministério Público necessita atuar, não somente ao denunciar os agressores, mas também em proporcionar uma verdadeira qualidade de reparação de dano.

Assim, Ester Kosovski relaciona a Vitimologia com o Estado Democrático de Direito:

A Vitimologia, os Direitos Humanos e a Justiça Restaurativa são três novas abordagens que caminham na mesma direção e focalizam a Justiça com prevalência dos valores de respeito, responsabilidade e reciprocidade com relação à cidadania e aplicação das leis, em detrimento da visão baseada fundamentalmente na repressão e punição, crime e castigo, como base da Justiça, no sentido de promover a paz social com solidariedade e humanidade. (2008, p. 147)

A vitimização secundária ocorre porque o debate jurídico-penal concentra-se na autoria do crime, menosprezando a vítima, que é colocada em segundo plano.

Tanto o Ministério Público como as autoridades policiais devem se atentar e se questionar analisando se realmente estão proporcionando as ferramentas necessárias para as vítimas, de algum modo que se sintam protegidas, amparadas num momento tão frágil, concedendo-as a dignidade exigida para aquele determinado momento.

---

<sup>4</sup> Fiscal da lei.

Durante o roteiro processual, os agentes e instâncias de controle social, somente voltam seus olhos para as vítimas a fim de elas cumpram papel meramente testemunhal, tratando-as como simples objeto no processo investigatório, e não como sujeito de direito.

A vítima, nas ações penais privadas, é a titular do direito de acusar, sendo atribuído a elas um papel ativo. Com isso, se o próprio inquérito penal somente é instaurado pela vontade da vítima, como pode ser ela deixada de lado, uma vez que é a maior ofendida e é quem está pedindo assistência ao poder Estatal?

A falta de preparo dos órgãos jurisdicionais, com a ausência de procedimentos linguísticos, técnicas psicológicas, além do distanciamento de condutas éticas são capazes de causar dano maior que o próprio dano original.

Sem que haja uma expansão dos conhecimentos da múltipla e interdisciplinariedade não há como prover melhor qualidade no atendimento das vítimas dos crimes sexuais.

Ademais os legisladores, o Ministério Público, bem como as políticas públicas devem sopesar o valor da reparação do dano, criando leis e programas sociais que busquem o resgate da dignidade das vítimas.

Existem diferenças entre as consequências geradas pelos vários tipos de crimes empregados. Para as vítimas de delitos sexuais, a reparação do dano não pode ser aquietada com valores pecuniários, pois, dificilmente, estes resgatarão o bem jurídico ofendido, diferentemente das vítimas de delitos patrimoniais.

Desta forma, é preciso que o Estado olhe atentamente, adequando uma melhor estratégia para, de fato, reparar o dano sofrido.

Assim, a efetiva reparação do dano, somente se dará, a partir do momento que houver superação do fato, tentando alcançar, por mais difícil que seja o status quo ante<sup>5</sup>.

Em muitos caos, a vítima quer o apoio da comunidade, uma vez que já é tão difícil enfrentar a exposição da intimidade para denunciar a agressão sofrida. A punição do agressor talvez nem seja escopo precípua, mas sim o “desabafar”, contar com o apoio dos familiares e da própria sociedade em si, na tentativa de resgatar sua honra.

Ao denunciar a violência cometida, a vítima revive aquele momento, lembrando o fato, trazendo de volta o abalo psíquico que foi causado, prejudicando o processo vagaroso de cura emocional. Soma-se a isso o fato de a vítima não

---

<sup>5</sup> Estado anterior.

receber atenção na colheita de suas declarações, sem contar, com apoio de profissionais especializados nessas situações.

Com isso, Lélío Braga Calhau em seu artigo *Vítima, Justiça Criminal e Cidadania*, entende:

No conceito moderno de cidadania o cidadão não é apenas o possuidor de direitos, mas também o cumpridor dos deveres cívicos. Por isso a verdadeira cidadania requer simultaneidade no gozo dos direitos e no cumprimento dos deveres, uns e outros inerentes à participação na vida da sociedade política. A vítima está inserida nesse contexto. Uma sociedade que não protege e não presta assistência às vítimas de seus crimes não obtém níveis de cidadania dignos para o momento histórico em que a humanidade se encontra. Nesse sentido, a proteção aos direitos da vítima é também lembrada por Alessandro Baratta: "O cuidado que se deve ter hoje em dia em relação ao sistema de justiça criminal do Estado de Direito é ser coerente com seus princípios 'garantistas': princípio da limitação da intervenção penal, de igualdade, *de respeito ao direito das vítimas*, dos imputados e condenados. (2000)

Assim, vítima espera das entidades públicas a aplicação da justiça, punindo o agressor, mas também efetiva ajuda na recuperação do dano, resgatando o equilíbrio biopsicossocial, de modo que não reste nenhuma sequela pela violência sofrida, ou ao menos, que seja reduzida em seu máximo.

### 3 PROCESSO EVOLUTIVO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A criação da Sociedade Mundial de Vitimologia em 1979 e Sociedade Internacional de Vitimologia trouxeram uma nova visão da Vitimologia, como ciência biopsicossocial.

O Brasil não deixou de caminhar junto nessa nova ideologia. Pôde-se perceber que a legislação brasileira acompanhou as transformações jurídicas ocorridas no cenário internacional.

Foram realizados inúmeros Simpósios de Vitimologia em diversos países, sendo que o 7º Simpósio Internacional de Vitimologia ocorreu em agosto de 1991, na cidade do Rio de Janeiro, clareando, ainda mais, a mentalidade de nossos legisladores na devida importância que se deve voltar para com a vítima no sistema jurídico-penal.

Não obstante, o Brasil destacou-se internacionalmente, por ser o primeiro país a instituir uma sociedade nacional que congregasse pessoas e organizações, a Sociedade Brasileira de Vitimologia, sediando seu 1º Congresso Brasileiro de Vitimologia, na cidade de Londrina, no Paraná, com o objetivo de prestar correta

assistência às vítimas e não somente auxiliar na prestação do resgate da autoestima, além de contribuir com a evolução dos estudos comportamentais da ciência vitimológica.

É notória a efervescência legislativa do resgate da vítima como foco do delito, com o advento da Lei 9.099/1.995, a Lei dos Juizados Especiais, trazendo importância primordial em institutos como a transação penal ou suspensão condicional do processo.

A ferramenta da composição na esfera penal, e audiências preliminares dos crimes de menor potencial ofensivo, fizeram com que as vítimas desses delitos, resolvessem ali mesmo suas desavenças, desafogando o judiciário, e recuperando a relevância da vítima como sujeito de direito, e não como mero expectador.

Há ainda alguns outros artigos em nosso Código de Processo Penal que trouxeram mecanismos de defesa da vítima, como o artigo 63, parágrafo único, em que faz da sentença penal condenatória um título líquido, certo e exigível, para fins de imediata execução no juízo cível. Bem como, o artigo 387, inciso IV, do mesmo instituto, no qual fixa um valor mínimo para a reparação do dano material.

Ademais, a Lei nº 11.690/2008 adicionou maior proteção aos ofendidos, em seus parágrafos, amparando-os e conseqüentemente, diminuindo o abandono da vítima no sistema jurídico-penal brasileiro.

Desta forma, tanto a Lei nº 9.099/1995 como a Lei nº 11.690/2008, demonstraram o novo parâmetro que os legisladores brasileiros estão seguindo, trazendo de volta a revalorização da vítima e dando o privilégio de negociação entre as partes a fim de solucionar os litígios rapidamente, e trazer à vítima um sentimento amenizado de impunidade.

### 3.1 LEI MARIA DA PENHA – LEI Nº 11.340/2006

No ano de 2006, surge a mais importante lei de proteção contra a violência doméstica, a Lei Maria da Penha.

A lei Maria da Penha surgiu através da luta de uma mulher, Maria da Penha Maia, vítima emblemática da violência doméstica, que inspirou a elaboração da Lei nº 11.340/2006.

Maria da Penha, no ano de 1983, sofreu duas tentativas de homicídio, pelo seu ex-marido. Na primeira vez tentou matá-la a tiros e na segunda vez, eletrocutá-la, malgrado esta sobreviver aos atentados, porém ficou tetraplégica.

Somente após nove anos de batalha judicial, seu ex-marido foi condenado a oito anos de prisão, contudo por força de normas de execução penal permaneceu segregado dois anos, e liberto em 2002.

A infeliz história de Maria da Penha Maia tornou-se internacionalmente notória, chegando ao conhecimento da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), provocando o advento da Lei 11.340/2006.

Essa lei busca reconhecer e definir violência doméstica nas suas diversas formas, bem como prever a criação de sistema integrado de proteção e atendimento às vítimas.

Leda Maria Hermann define violência doméstica:

Segundo o dispositivo, configura-se violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão que lhe traga morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, desde que baseada no gênero. Fica claro que a lei tem por escopo proteger a mulher contra atos abusivos decorrentes de preconceito ou discriminação resultante de sua condição feminina, não importando se o agressor é homem ou outra mulher. (2007, p. 111-112)

Comenta, ainda, acerca do combate à violência sexual presente do texto da Lei 11.340/2006:

É considerada conduta violenta não apenas aquela que obriga à prática ou à participação ativa em relação sexual, mas ainda a que constrange a vítima a presenciar, contra seu desejo, relação sexual entre terceiros. Da mesma forma, também é considerada como violência sexual o induzimento – mediante qualquer meio que vicia sua vontade -- ao sexo comercial ou a práticas que contrariem a livre expressão de seus autênticos desejos sexuais, assim entendidas aquelas que não lhe tragam prazer sexual. O livre arbítrio sobre o uso de sua função e capacidade reprodutivas está igualmente protegido, sendo definidos como atos violentos de caráter sexual aqueles que impedem acesso e uso de contraceptivos e que forcem, por tal impedimento, gravidez indesejada. No outro extremo, o aborto coagido por intervenção também é considerado conduta violenta, assim como o constrangimento, por qualquer meio, ao casamento ou à prostituição. (2007, p. 111-112).

A Lei Maria da Penha é a mais ampla proteção em lei que defende os direitos sexuais e reprodutivos da mulher.

Ainda propõe diretrizes de política pública destinadas à coibição e prevenção da violência doméstica, com humanização no atendimento, somada

ainda, com atuação policial e jurídica acompanhada de integração social, atenção à saúde física e mental.

Pode-se observar que o artigo 8º da Lei Maria da Penha em seu inciso IV, assim preceitua: “Implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher” (Lei nº 11.340/2006).

O legislador, nesse sentido, traça metas na melhoria do atendimento das vítimas de violência doméstica, pretendendo aperfeiçoar os agentes policiais, na tentativa de atenuar o dano causado.

Conclui-se, então, não deve ser somente atribuído à escassa legislação a raiz da vitimização secundária, mas o mérito também se dá pela proveniência do despreparo dos agentes de polícia.

Leda Maria Hermann, desta forma, entende por “atendimento especializado”:

A especialização do atendimento policial de que trata a Lei Maria da Penha remete à exigência de formação específica para atendimento integral e eficaz à mulher vítima de violência doméstica, implicando a necessária ampliação qualitativa do quadro, com admissão de técnicos capacitados em áreas pertinentes, principalmente psicólogo e assistente social. (2007, p. 129)

A autora critica em sua obra a falta de preparo profissional que os policiais supostamente deveria possuir:

A carência mais importante, historicamente, tem sido a falta de capacitação específicas dos agentes. As Academias de Polícia, responsáveis pela preparação e formação de todos os policiais que ingressam na carreira, não incluem qualquer tipo de abordagem específica sobre violação do gênero. Até o advento da Lei Maria da Penha nenhum legislação dispôs sobre formação ou capacitação de policiais titulares dessas delegacias. As iniciativas isoladas neste sentido têm sido comumente impulsionadas pelo interesse pessoal de delegadas e outros agentes, em parceria com entidades não-governamentais atuantes no combate à violência contra a mulher. (2007, p. 131)

Extrai-se de outros incisos do artigo 8º da Lei Maria da Penha que algumas atitudes oriundas dos agentes policiais, por mais simples que pareçam contribuem de forma incisiva a diminuir o dano provocado pela violência doméstica, como exemplo fornecer transporte à ofendida e seus dependentes a abrigo ou local seguro, quando

existir risco de vida, ou também acompanhar a vítima assegurando a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou da residência familiar.

Ainda nos artigos 29, 30, 31 e 32 da Lei nº 11.340/2006 há a previsão de possibilidade de formação de equipe de apoio para elaborar atendimento multidisciplinar integrados com profissionais especialistas em áreas psicossocial, jurídica e da saúde.

Fica demonstrada a importância da Vitimologia para se encontrar o melhor caminho nesse escuro labirinto, que é a violência doméstica, diminuindo assim sua incidência, seja ela sexual ou não.

Entende-se neste estudo que o Estado deve providir assistência social e acesso à justiça, de modo a dar uma digna cidadania à pessoa, respeitando assim, os direitos humanos de segunda geração, representados pela tríade igualdade, liberdade e fraternidade.

Portanto, fica demonstrado o grande avanço legislativo através da Lei Maria da Penha, na medida em que possui diretrizes essenciais para incrementar um sistema coordenando atenção para com a vítima de violência doméstica, além de ter como escopo resgatar a vítima para posição de sujeito de direito, percorrendo um passo grande para a diminuição da criminalidade, especialmente em casos de violência sexual, uma vez que esta é dificilmente denunciada, tendo em vista o enlace emocional provocado pelas relações de afeto, ou até mesmo elos parentais.

### 3.2 JUSTIÇA RESTAURATIVA

A ideia de Justiça Restaurativa apontou no Brasil em 1998, com uma experiência implantada em um colégio a fim de reorganizar e prevenir a desordem no ambiente escolar, com o principal objetivo de diminuir a violência nessas instituições.

Assim, adaptada para o plano jurídico, vem como meio de complementação auxiliando o judiciário a solucionar os litígios. Almeja corrigir injustiças oriundas do Estado e dos indivíduos envolvidos no delito, delegando às partes, chamadas de “partes interessadas principais” (KOSOVSKI, 2008 p. 146-147) compromissos e responsabilidades, respondendo à transgressão instantaneamente, evitando a morosa burocracia processual, com o intuito de adquirir melhor reparação do dano.

Prevê receber apoio cooperativo e voluntário dos envolvidos, evitando a coerção punitiva, prevendo suprir necessidades emocionais e materiais da vítima, ao mesmo tempo faz o agressor responsabilizar-se por seus atos, impondo-lhe obrigações.

Tem, ainda, como finalidade restaurar a igualdade tanto do agressor, como da vítima, em busca da redução da criminalidade, através de princípios morais como o respeito ao próximo.

Com bons resultados, principalmente através das “câmaras restaurativas” (NETO, 2006), quais sejam encontros marcados entre os envolvidos, auxiliados por um coordenador, uma autoridade competente imbuída de treinamento para deliberação promove discussões acerca dos prejuízos provenientes, bem como implicações futuras decorrentes do fato típico.

Verificam-se também como modalidade de justiça restaurativa as mediações, podendo ser direta (com a presença das partes) e indireta (sem vítima ou infrator presente).

A Justiça Restaurativa resguarda mormente na vítima sede para coadunar tanto a reparação do dano, a fim do cumprimento da justiça, mas enseja também a reinserção do agressor à comunidade.

Após, satisfeitas as medidas de recuperação do dano, propõe-se a recuperar o agressor, evitando a reincidência e recuperando sua dignidade. Pedro Scuro Neto define Justiça Restaurativa:

A justiça restaurativa corresponde a uma atitude transformadora que, quando fiel aos valores restaurativos, também no campo das estratégias políticas haverá de optar pelo não-conflitual, por dialogar com o próprio sistema para acolhê-lo em sua imperfeição e respeitar a sua diversidade. A partir daí, inocula-se nas fissuras do sistema, em duas frestas, como um vírus, ou melhor, como um anticorpo à violência institucional, como um gérmen silencioso da mudança. Nisso, a pertinência do sentido de ‘complementaridade’: pela disponibilidade de convívio com o próprio sistema, dentro de sistema (embora indo além dele), pela oportunidade de enriquecê-lo (no sentido de atribuir-lhe algo que no momento lhe falta), e transformá-la (ou seja, a partir do pontual, reconstruí-lo para que institucionalmente incorpore a superação dessas faltas (2006)

Nesse sentido, a Justiça Restaurativa vem romper barreiras de modelos processuais penais para obter maior participação das partes envolvidas, assim como aplicar a justiça de modo menos vagaroso e com menores consequências oriundas dos longos trâmites processuais.

No Brasil não há dispositivos legais que apliquem a prática da Justiça Restaurativa, mas através de jurisprudência e projetos-pilotos têm se utilizado certos diplomas legais para seu emprego.

No Brasil, a Justiça Restaurativa ainda se encontra de forma embrionária, porém é de se esperar que em alguns anos o judiciário maneje mais essa alternativa na solução de conflitos.

Insta salientar que a Justiça Restaurativa é um progresso legislativo de modo que revaloriza a vítima e traz eficiente remédio de reparação do dano.

Leonardo Sica enfatiza a verdadeira essência da Justiça Restaurativa:

Por isso, para que a Justiça Restaurativa não seja mais um paliativo para a crise do sistema de justiça, nem entendida como mero instrumento de alívio dos tribunais, de extensão da burocracia judiciária ou de indulgência, deve ser implementada a partir de um debate profundo, que considere as particularidades de nosso sistema de justiça, identifique os pontos em que o novo modelo pode ser testado e, principalmente, reconheça os obstáculos existentes, construindo, a partir desse reconhecimento, um discurso legitimante da Justiça Restaurativa, consoante a realidade político-institucional do país. (2008, p. 159)

Outrossim, conclui-se que apesar de gradual, as mudanças legislativas são visíveis. Portanto, é necessária uma revisão urgente dos institutos processuais do sistema jurídico-penal brasileiro, bem como do modo que os agentes públicos conduzem a questão criminal.

A revitimização pode ser evitada se nosso quadro legal for reformulado, fundamentado em ideologias de atenção às vítimas, propondo maior participação da comunidade, amparando a vítima do mal perpetrado, além de ideologias de reabilitação, propondo a volta da vítima para o convívio social. Pedro Scuro Neto comprova as vantagens da utilização dessa corrente:

Uma revisão da pesquisa sobre práticas de justiça restaurativa no Reino Unido e em outros países mostrou que em 36 casos de comparação com a justiça criminal convencional, a restaurativa (a) reduziu substancialmente a reincidência de determinadas categorias de infratores; (b) dobrou (ou mais) o número de infratores trazidos à Justiça; (c) reduziu os sintomas traumáticos das vítimas de atos criminosos, assim como os custos decorrentes; (d) propiciou às vítimas de atos criminosos, assim como aos infratores maior satisfação com o processo judicial; (e) reduziu o desejo de vingança violenta por parte das vítimas em relação a seus agressores; (f) reduziu os custos da Justiça; (g) diminuiu a reincidência, mais que prisão (para os adultos) e tanto quanto o internato (para os adolescentes). (2008)

Impreterível perceber os avanços que a Justiça Restaurativa está conquistando, acelerando o processo judicial, e dando respaldo efetivo para a luta de estreitar a intolerância presente nas relações interpessoais criminais.

### 3.3 PREVENÇÃO DA VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA

Enfatiza-se que no momento que é lembrado o passado, tal memória torna-se percepção, influenciada por minúcias pessoais atuais, concatenando passado e presente, de forma a reviver o acontecido. Assim, ao tentar recuperar uma lembrança, reconstrói-se o evento principal, bem como todas as emoções sentidas no momento do fato.

A realização de uma colhida de declaração equivocada ou com defeitos, além de poder causar dano, às vezes maior que a violência sexual, implica num texto sem conteúdo e sem proveito na confecção de provas para a execução de pena do agressor.

Deve-se preocupar com a maneira como são colhidas as declarações, a fim de se obter informações indispensáveis para o processo judicial, principalmente nos delitos sexuais, pois em muitas vezes a vítima é a única testemunha do fato.

A participação de um profissional qualificado, isto é, um psicólogo pode reduzir o número dos depoimentos requisitados para elaboração da peça processual, evitando a vitimização secundária, uma vez que minimiza falhas de comunicação entres os agentes policiais e as vítimas.

A psicanalista canadense Anne Alvarez (*apud* BITTERN COURT, 2009, p. 150) explica que “a vítima pode estar tão abalada emocional e cognitivamente que nada mais tem qualquer significado”. Assim, através de ferramentas da Psicologia, pode-se proporcionar melhor qualidade emocional no decurso dos depoimentos, restringindo consequências negativas devido à rememoração dos fatos.

Com a utilização de técnicas multidisciplinar pode-se melhor preparar as vítimas no momento da revelação de suas intimidades, além de pomenorizar as angústias sofridas, até porque nas audiências juízes, promotores e advogados exigem das vítimas que repetem o linguajar utilizado no delito, até mesmo palavras de baixo calão, para uma eficiente pretensão punitiva.

Logo, com o uso de tais técnicas, juntamente com as formalidades legais, as conquistas oriundas de um depoimento humanizado, serão muito mais proveitosas e cheias de valor jurídico probatório, sem deixar de lado o zelo que a vítima necessita.

Luciane Potter Bittercourt define importância da participação interdisciplinar na caminhada processual, observa-se analogicamente sua conceituação:

A participação do técnico da área da saúde psicológica (equipe interdisciplinar: psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais), em processo penal de abuso sexual de crianças e adolescentes, dá-se a partir de sua função como auxiliar da justiça (art. 275 e segs. do CPP). Manifesta-se através de laudos e pareceres que têm o objetivo de dar suporte informativo necessário ao operador do direito para entender a complexidade e elucidar o suposto abuso sexual desde avaliação psicológica, psiquiátrica e/ou pediátrica. A prova produzida em processo penal pode ser pessoal (arts. 185-230 do CPP), obtida através do interrogatório do réu e depoimento da vítima e testemunhas, documental (art.232 do CPP) e pericial (art. 159 do CPP). (2000, p. 162)

Ainda, afirma a autora sobre a importância da prova pericial:

A prova pericial psicológica/psiquiátrica é uma declaração técnico-científica obtida de entrevistas com a suposta vítima, podendo estender-se a outros familiares. É uma declaração que se presta a informar elementos que dependem de conhecimento especial, pois fogem do saber técnico-jurídico dos operadores do direito, auxiliando seu convencimento sobre os fatos. (2009, p. 162)

Verifica-se, nesse contexto, a importância do sistema jurídico-processual contar com o sustentáculo da Ciência da Psicologia, para melhor se apresentar as provas necessárias.

A presunção de verdade real das perícias psicológicas/psiquiátricas tem seu valor no processo judicial, pois é baseada em conhecimentos técnicos-científicos.

Sendo assim, fica nítido que estratégias de redução da vitimização secundária existem, e se aplicadas reduzem o mal decorrente da materialidade do crime.

Ressalta-se a importância da transdisciplinariedade, de forma a entrecruzar vários domínios de esferas sociais, culturais, éticas, religiosas a fim de buscar alternativas no sistema processual como meio de proteger as vítimas-testemunhas que sofreram violência ou abuso sexual.

Coadunando as matérias, pode-se perceber que é de extrema relevância a monta voltada para melhor emprego de técnicas de linguagem, a fim de se evitar um estilo inquisitorial, buscando a todo custo à verdade material do fato, e evitando a sobrevitimização.

Há no Brasil alguns projetos com a finalidade prevenção da vitimização secundária.

No 2º Juizado da Infância e da Juventude de Porto Alegre/RS, foi implantado o projeto-piloto Depoimento sem Dano, no ano de 2004, possuindo como meta minimizar as consequências que o mecanismo processual penal traz às vítimas sexuais, adequando os princípios, sobretudo o contraditório e ampla defesa do processo penal com os princípios da dignidade humana. Assim:

O Projeto-piloto Depoimento sem Dano consiste em colher o depoimento da vítima de abuso sexual em uma sala especialmente montada com equipamento de áudio e vídeo, interligando a sala de audiências a um ambiente reservado, sem a formalidade de uma sala de audiência, retirando, assim, o caráter solene do evento. A vítima é recebida, antes da audiência, no corredor do 2º andar JJJ, por uma profissional da equipe interdisciplinar e encaminhada prontamente à sala especial, não se encontrando com o acusado. Durante o depoimento ela não vê nem ouve a nenhuma das pessoas que estão na sala de audiências. Apenas um profissional toma o depoimento da vítima, ou seja, um psicólogo ou assistente social, integrantes da equipe interdisciplinar das Juizados da Infância e Juventude. (BITTENCOURT, 2009, p. 150.)

Os processos judiciais são longos e morosos. Durante esse lapso temporal a vítima retorna a sua vida cotidiana, resgatando sua vida. Contudo, é requisitada sua presença para o andamento do processo. Nessas situações é imprescindível que não haja contato com o agressor, pois traz um retrocesso dos danos emocionais já recuperados.

Outro Projeto-piloto implantado no Estado do Rio Grande do Sul, em 2004 (BITTENCOURT, 2009, p.151) foi o de especialização por distribuição preferencial, em que assegura direitos de proteção de crianças e adolescentes, vítimas de violência sexual, especializando varas para processar e julgar crimes com tais vítimas. Além de fornecer atendimento por profissionais do judiciário, objetiva a diminuição dos males provenientes do processo.

Com isso pode-se notar que há métodos processuais simples e de baixo custo financeiro, que podem ser facilmente implantados nos fóruns brasileiros.

Sendo assim, consegue-se visualizar que tanto através de políticas públicas, como de reformas legislativas, há condições de evitar, ou ao menos, atenuar a sobrevivitização empregando programas de apoio na recuperação do equilíbrio biopsicossocial das vítimas sexuais.

Pode-se citar como exemplo na cidade de Assis/SP, o Programa Pétala: Rede de Atendimento à Vítima de Violência Sexual, lançado em 1º de agosto de

2006, abrangendo 25 (vinte e cinco) municípios, contando com a parceria do Hospital Regional de Assis, Faculdade de Medicina de Marília (FAMEMA), Polícia Civil, Polícia Militar, Polícia Científica, sob a responsabilidade da assistente social Aparecida de Fátima Begosso promovendo integração de ações, sistematizando o atendimento da violência doméstica e sexual contra mulheres, abordando as várias necessidades requisitadas, além de fortalecer o combate à violência, que já é considerado pela Lei nº 10.788/2003, de dimensão epidemiológica.

Verifica-se, ainda, que há inúmeras ONGs e projetos sociais espalhados pelo país, com o mesmo intuito, como o CAISM, Centro de Atenção Integral à Saúde da Mulher, realizado pela Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP, no Estado de São Paulo, prestando atendimento médico e psicológico para a mulher agredida sexualmente, na tentativa de reparar o dano sofrido.

Conclui-se, nesse diapasão, que apesar de gradual e lenta está ocorrendo nova conscientização dos operadores de direito no sentido de tratar dignamente vítimas desses crimes tão horrendos e cruéis, respeitando-se verdadeiramente seus direitos humanos.

Desta forma, apesar do direito processual penal ser revestido do Princípio da Verdade Material, este não deve ser o principal escopo, pois atingir esse objetivo empregando meios agressivos para com a fragilidade emocional já intrínseca às vítimas-testemunhas, só faz romper normas e ideais de um Estado Democrático de Direito.

## **CONCLUSÃO**

Diante de todos os fundamentos levantados ao longo do trabalho exposto, evidenciou-se que a Vitimização Secundária é tema consideravelmente novo e de significativa complexidade. Abarca uma visão multidisciplinar, compreendendo todo um conjunto de outras ciências a fim de seja reparado o dano causado pela violência cometida.

Diante disso, verifica-se a abnegação que o sistema jurídico-processual direcionado para com as vítimas, exclui-as do papel de protagonista no cenário criminal, para um papel meramente testemunhal, deixando-as à mercê, sem prestar a devida assistência.

Imprescindível direcionar atenção específica durante a dinâmica processual, de modo que não provoque dano ainda maior que a agressão já sofrida, evitando-se, desse modo, a própria vitimização secundária.

Posto isto, entende-se ser plausível a criação de novos meios a fim de que se dirimam as consequências oriundas da falta de preparo que o judiciário brasileiro

se encontra em atender as vítimas, através da renovação da legislação penal-processual e aplicação de técnicas correlacionadas a outras ciências.

Com isso, espera-se que os operadores do direito se conscientizem de qual é o tratamento que deve ser dispensado para com vítimas.

Constatou-se também a imprescindibilidade de uma atuação ativa do Ministério Público e autoridades competentes para apoio de projetos que minimizam o mal proveniente de um sistema falho que em nada recupera a vítima.

Finalmente, espera-se que haja uma mudança eficaz no tratamento dispensado para com as vítimas, de modo que estas se sintam amparadas pela justiça, objetivo da Criminologia.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo (Orgs). **Infância e violência doméstica: fronteiras do conhecimento**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2000.

\_\_\_\_\_. **Crianças Vitimizadas: a síndrome do pequeno poder. Violência física e sexual contra criança e adolescente**. 2ª ed. São Paulo: Iglu, 2000.

BITTENCOURT, Luciane Potter. **Vitimização Secundária Infanto-Juvenil e Violência Sexual Intrafamiliar**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. **Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º, do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm)>. Acesso em 10 janeiro de 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/11690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11690.htm)>. Acesso em: 08 fevereiro 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em 23 de fevereiro de 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.778, de 24 de novembro de 2003**. Estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.778.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.778.htm)>. Acesso em 23 de fevereiro de 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de setembro de 1940. Código Penal.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2017.

BERNARDES, Júlio. **Hobbes & a liberdade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2002.

CALHAU, Lélío Braga. **Vítima, Justiça Criminal e Cidadania: O tratamento da vítima como fundamento para uma efetiva cidadania.** Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-penal/2435-vitima-justica-criminal-e-cidadania-o-tratamento-da-vitima-como-fundamento-para-uma-efetiva-cidadania>>. Acesso em 13 de março de 2017.

GOMES, Luís Flávio. **Presunção de Violência nos Crimes Sexuais.** Série As ciências criminais no Século XXI. Vol. 4, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

HERMANN, Leda Maria. **"Maria da Penha Lei com nome de mulher: considerações à Lei n.º 11.340/2006: contra a violência doméstica e familiar, incluindo comentários artigo por artigo."** Campinas: Servanda, 2007.

KOSOVSKI, Ester; SÉGUIN, Elida (coordenadoras). **Temas de Vitimologia II.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais.** 13ª ed. Editora: Saraiva. São Paulo, 2010

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **O preâmbulo da Constituição do Brasil de 1988: fonte do compromisso estatal para a edificação de uma sociedade fraterna.** Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-35-JULHO-2013-CARLOS-AUGUSTO-MACHADO.pdf>>. Acesso em: 14 de abril de 2017.

MONTESQUIEU, Charles Louis. **Do espírito das leis.** Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002. Título original: De l'Esprit des Lois, ou Du rapport que les lois doivent avoir avec La constitution de chaque gouvernement, les mœurs, Le climat, La religion, Le commerce, etc. 1. ed. 1748, p. 58.

NETO, Pedro Scuro. **Justiça Restaurativa: desafios políticos e o papel dos juízes.** Disponível em: <<https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&q=pedro+scuro+neto+justi%C3%A7a+restaurativa&btnG=&lr=>> Acesso em: 14 de março de 2017.

NETTO, André Garcia Ferreira, **Do estado de natureza ao governo civil em John Locke,** Revista de Direito Público, v.2, n. 2, p. 75-90, maio/ago.2007. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/11457/10193>>. Acesso em: 05 maio de 2017.

ONU. **Declaração dos princípios básicos de justiça relativos às vítimas da criminalidade e de abuso de poder – 1985.** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos->

Humanos-na Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html>. Acesso em: 08.05.2017.

**REVISTA DO CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA DO RIO GRANDE DO SUL.** Entrelinhas. Ano VIII, nº 39, maio/junho de 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Ordem Constitucional Brasileira.** Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vol. 1, nº. Em busca dos Direitos Perdidos – uma discussão à luz do Estado Democrático de Direito. Porto Alegre, 2003.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime.** Ed. Lumen Juris, 2008.

---

# ANULANDO LA APLICACIÓN DEL NUEVO PROCESO INMEDIATO POR HABERLO DISPUESTO EN LUGAR DEL COMÚN Y POR VULNERAR DERECHOS FUNDAMENTALES

A PROPÓSITO DE LA CASACIÓN N° 804-2016 SULLANA

---

Jorge Isaac Torres Manrique<sup>1</sup>

## 1 A MANERA DE INTRODUCCIÓN

El delito de violación sexual de menor de edad comporta un manejo muy escrupuloso por parte de la administración de justicia penal.

No obstante, ello se complica sobremanera cuando se le suma importantes instituciones jurídicas, como el proceso inmediato, la flagrancia delictiva, así como, la cuasi flagrancia.

Ello, en tanto que eventualmente se termina vulnerando derechos fundamentales, basilarmente del denunciado.

En ese orden de pensamiento, para la presente entrega analizaremos la Resolución N° 842-2016-Sullana, expedida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República.

---

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad Católica de Santa María (Arequipa). Egresado de los Doctorados en Derecho y Administración, y de las Maestrías en Derecho Empresarial y Derecho Penal, por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Columnista de la Asociación Civil El-terno.com (Perú). Miembro del Comité Científico Internacional del Instituto Jurídico Internacional de Torino (Italia). Miembro, par académico evaluador, corresponsal e investigador externo adscrito al Instituto Vasco de Derecho Procesal (País Vasco). Par académico evaluador de la Revista Misión Jurídica, de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca (Colombia). Investigador Externo de la Universidad Global (Honduras). Miembro Asociado de E-Justicia Latinoamérica (Argentina). Miembro Consultivo Nacional y Director de Investigaciones de la Revista de Actualidad Jurídica *Essentia Juris* (Perú). Autor de diversos libros y artículos de Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales. kimblellmen@outlook.com.

## 2 SOBRE EL NUEVO PROCESO INMEDIATO

El proceso inmediato es un proceso especial y estos últimos:

(...)son ágiles, expeditos; ya que al tratarse de asuntos de simple y sencilla tramitación o resolución optó por la creación de un proceso simplificado que permita la descarga procesal, potenciar la disminución de la mora judicial y responder de manera pronta y oportuna a la justicia. Los procesos especiales se han establecido con la finalidad de juzgar de manera diferenciada a las personas que en virtud de condiciones especiales, modo de comisión del hecho o forma de resolución; se realizan de manera diferenciada a la ordinariamente establecida.<sup>2</sup>

Luego se tiene que, el Art. 446 del Nuevo Código Procesal Penal, modificado por el Art. 2º.-, del Decreto legislativo N° 1194, que Regula el Proceso Inmediato en Casos de Flagrancia, juridiza sobre los supuestos de aplicación:

1. El Fiscal debe solicitar la incoación del proceso inmediato, bajo responsabilidad, cuando se presente alguno de los siguientes supuestos: a) El imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito, en cualquiera de los supuestos del artículo 259; b) El imputado ha confesado la comisión del delito, en los términos del artículo 160; o c) Los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes.

## 3 ACERCA DE LA FLAGRANCIA DELICTIVA

Al respecto, el Cuarto Párrafo del Fundamento N° 2, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 00354-2011-PHC/TC, enseña:

(...)la flagrancia es un instituto procesal con relevancia constitucional que debe entenderse como una evidencia del hecho delictuoso respecto de su autor. Así, la flagrancia se configurará cuando exista un conocimiento fundado, directo e inmediato del hecho punible que se viene realizando o que se acaba de realizar instantes antes, situación en la que, por su particular configuración, es necesaria la urgente intervención de la Policía para que actúe conforme a sus atribuciones. En este sentido, lo que justifica la excepción al principio constitucional de la reserva judicial para privar de la libertad a una persona es la situación particular de

<sup>2</sup> ARAYA VEGA, Alfredo. "El nuevo proceso inmediato (Decreto 1194). Hacia un modelo de una justicia como servicio público de calidad con rostro humano. En Revista Informativa lus Infraganti. En línea: Recuperado en fecha 14/04/17 de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/30a882004c3c0cb38a25ee2112efa3e4/lusInfraganti01.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=30a882004c3c0cb38a25ee2112efa3e4>. Lima, 2016, pp. 07- 08.

la urgencia que, en el caso, concurriendo los requisitos de la inmediatez temporal e inmediatez personal de la flagrancia delictiva, comporta la necesaria intervención policial.

Además, el Fundamento 10., de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, EXP. N° 05423-2008-HC/TC, agrega:

(...)la flagrancia debe entenderse como una evidencia del hecho delictuoso, por lo que solo se constituirá cuando exista un conocimiento fundado, directo e inmediato del hecho punible que se viene realizando o que se acaba de realizar. La mera existencia de sospechas o indicios no es un elemento suficiente para constituir la flagrancia.

#### 4 ACERCA DE LA CUASI FLAGRANCIA

En la presente institución jurídica, denominada también como flagrancia presunta, se tiene como presupuestos: i) La inmediatez personal y temporal, pues, el autor en ese momento, lugar y circunstancias, se encuentra físicamente presente y acaba de perpetrar el hecho punible, ii). La percepción sensorial directa por la misma víctima, la autoridad policial o terceras personas, que el autor instantes antes acaba de perpetrar el hecho punible, iii) Persecución sin interrupción, Pperpetrado el delito, el autor huye, produciéndose una persecución, objetivamente percibida, por parte de la autoridad policial, por la víctima o por terceros que se encontraban en el lugar de los hechos, o que se sumaron a los perseguidores, iv) La intervención del autor por el efectivo policial, o la aprehensión por la víctima o por terceros.

En ese sentido, amerita traer a colación el Fundamento 3., de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 1318-2000-HC/TC, que sostiene:

(...)no hubo comisión flagrante de delito, toda vez que la flagrancia supone la aprehensión del autor del hecho delictivo en el preciso momento de la comisión del mismo, más aún tratándose de delitos de comisión instantánea. Desde tal perspectiva, si de acuerdo a la sindicación del detenido, don Wilder Jara Vásquez, el favorecido le habría vendido la cantidad de un kilo cuatrocientos gramos de pasta básica de cocaína el día treinta de octubre de dos mil, en horas de la tarde, no puede considerarse detención en flagrancia cuando esta medida acontece en una fecha posterior, el día tres de noviembre a las 08 h 00 min. Tampoco cabe justificar la presente detención dentro de la denominada figura de "cuasiflagrancia" tal como lo sostiene la Sala Penal Corporativa de la Corte Superior de Justicia del Santa, pues al margen de que ni siquiera es aplicable al caso subjujice, toda vez que la detención no se produjo en el momento inmediatamente seguido a la presunta comisión del hecho delictivo, además la Constitución Política del Estado no alude en absoluto al supuesto de 'cuasiflagrancia', por lo que no puede habilitarse subrepticamente supuestos de detención no contemplados constitucionalmente, sencillamente, por aplicación del

principio de interpretación según el cual, las normas establecen excepciones, y el artículo 2, inciso 24), literal "f" que es regulatorio de las excepciones que restringen el derecho a la libertad individual, deben ser interpretadas restrictivamente.

## 5 RESUMEN DE LA RESOLUCIÓN *SUB EXÁMINE*

Los hechos declarados probados en las sentencias de primera y segunda instancia, señalan basilamente que en fecha 19/01/16, la menor agraviada de iniciales M.B.A.A., de 07 años de edad, se encontraba sola en su domicilio, cuando llegó el encausado Maximiliano Benites Rodríguez abusó sexualmente de la misma.

En fecha 20/01/16 (22 horas de ocurrido el hecho), ante la sindicación de la madre de la agraviada y en presencia de esta última, la policía detuvo al imputado.

Es de verse, que en fecha 20/01/16, el Fiscal Provincial de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Sullana, formula requerimiento de incoación de proceso inmediato.

En la referida fecha el mismo fue declarado procedente (por auto no impugnado). En dicha audiencia única, el fiscal solicitó mandato de prisión preventiva contra el citado encausado, lo que en igual fecha, el Juez de la Investigación Preparatoria, declaró fundado, por un plazo de 05 meses.

En fecha 15/02/16, se condenó al acusado como autor del delito de violación sexual de menor de edad, a la pena de cadena perpetua. Fallo que en fecha 22/06/16, fue confirmado por sentencia de vista.

En fecha 15/07/16, vía recurso de casación, la defensa del acusado introduce como motivos: la inobservancia de precepto constitucional y quebrantamiento de la garantía de motivación. Alegando que se tramitó la causa en la vía inmediata como si se tratase de un supuesto de flagrancia delictiva, que no corresponde, afectándose el derecho de defensa del patrocinado. Ello, en tanto que la flagrancia no opera cuando es un tercero quien sindicó al presunto autor, más aun si la detención ocurrió con posterioridad a los hechos, aunque antes de las 24 horas de su presunta comisión. Acotando que se interpretó extensivamente el Apdo. 3, del Art. 259º, del Nuevo Código Procesal Penal y que la legalidad del procedimiento debió ser sostenida por el fiscal del juez. Además, que la sentencia de vista incurrió en motivación deficiente, porque no incorporó razones acerca de la ausencia de flagrancia delictiva y de la consiguiente arbitrariedad del arresto policial.

En fecha 25/11/16, fue concedido el citado recurso, aunque en aplicación de la concepción de la "voluntad impugnativa", exclusivamente por la causal de quebrantamiento de precepto procesal (Apdo. 2, del Art. 259º, del Nuevo Código

Procesal Penal), a fin de examinar la incoación del proceso inmediato y la corrección jurídica del procedimiento subsiguiente.

La resolución casatoria contempla además, que es verdad que el auto que aceptó el requerimiento de la Fiscalía Provincial, que dispuso que se siga la causa en la vía inmediata, no fue recurrido por el imputado. Sin embargo, no es posible sostener como regla jurídica pétrea que operó la preclusión de ese momento procesal y, por tanto, que tal declaración jurisdiccional ya se puede cuestionar en las demás etapas procesales.

También, que cuando se cuestiona sostenidamente en apelación y casación de las sentencias de mérito, la licitud de la concreta incoación del proceso inmediato, en el que se compromete una garantía constitucional, vinculada al debido proceso, como es la “interdicción de ser desviado de la jurisdicción determinada por la ley”, a que hace mención el Segundo Párrafo, del Numeral 3), del Art. 139, de la Constitución Política, no es de recibo aceptar dicho principio en el momento en que se advirtió su infracción. La convalidación y el saneamiento procesales cuando el vicio procesal configura una nulidad absoluta o insubsanable, que comprometen derechos y garantías fundamentales — Lit. d), del Art. 150°, del Nuevo Código Procesal Penal — sino cuando únicamente no se observan las formalidades previstas en la Ley para el desarrollo de un acto procesal — se circunscribe a los defectos no absolutos —.

Además, que el auto de incoación del proceso inmediato se declaró procedente porque se estimó que el imputado fue detenido en flagrancia delictiva.

Es de precisar, como dato esencial, el mérito del acta denominada de “intervención policial”, acompañada por el recurrente en esta sede al que las sentencias de mérito has hecho mención. Allí se indica que cuando la menor agraviada, su madre y personal policial en una unidad policial se dirigían a la Fiscalía Provincial de Sullana, “...la madre de la menor logró visualizar el presunto autor del delito contra la libertad sexual (actos contra el pudor), quien se desplazaba por la carretera Panamericana Norte [...] en un vehículo menor [...], siendo intervenido e identificado...”.

En la sentencia de primera instancia, resumiendo la declaración de la madre de la agraviada, se anotó que “lo reconoce porque su hija le dio las características...; estaba vestido con ropa azul y en la moto roja al momento que ella lo observó”. Así mismo en la audiencia del juicio oral se ratifica la forma como se identificó, quien lo hizo y la detención policial consiguiente: estar en esta intervención, fue la declaración de la denunciante.

Sobre estas bases es que debe examinarse si correspondía o no el proceso inmediato y si en su actuación se vulneraron derechos básicos de carácter

procesal del imputado, al punto que las sentencias de condena emitidas no pueden sostenerse por carácter de eficacia procesal.

Como es obvio, por tratarse de un proceso que restringe plazos procesales y elimina o reduce fases procesales — la flagrancia, como institución procesal, tiene u objetivo instrumental para facilitar la actuación de la autoridad policial o para instituir procedimientos simplificados y céleres — la interpretación de las normas que lo autorizan, por sus efectos, debe ser restrictiva, es decir, dentro de la esfera de su ordenamiento, en el núcleo de su representación o significación del texto legal.

El delito flagrante es lo opuesto a lo clandestino; y como tal, debe cometerse públicamente y ante testigos. Requiere que la víctima, la policía o un tercero presencien la comisión del delito en el mismo momento en que se perpetra (evidencia o percepción sensorial del hecho delictivo), y que ante la realización de la infracción penal surja la necesidad urgente de la detención del delincuente para poner coto a la comisión delictiva, cortar o evitar mayores efectos lesivos de la conducta delictiva o impedir la fuga del delincuente.

La inmediatez que ello implica hace patente el hecho delictivo — la flagrancia se ve, no se demuestra — y su comisión por el detenido, de suerte que como existe una percepción directa y sensorial del delito, excluye de por sí de toda sospecha, conjetura, intuición o deducción. Se asume por ello que todos los elementos están presentes y que no cabe elaborar un proceso deductivo más o menos complejo para establecer la realidad del delito y la participación del detenido.

Se trata de la denominada cuasi flagrancia. Por otro lado, ser testigo presencial del delito — verbigracia: víctima, policía, sereno u otra persona— importa que directamente y a través de sus sentidos expone acerca de lo que observó y esa observación está referida precisamente, a la comisión de un delito. No cumple con este requisito la institución del testigo de oídas o de referencia, pues solo puede mencionar lo que alguien le contó acerca de un suceso determinado: Su información es indirecta, la obtiene a través de manifestaciones o confidencias de terceras personas y al ser prueba indirecta, su información debe ser contrastada, por el testigo fuente que sería el presencial.

Que en el presente caso, los policías captores no presenciaron la comisión del delito. Tampoco lo hizo la madre, ni siquiera la tía de la niña. Ambas se limitaron a expresar lo que la niña, luego del suceso, les dijo, cuando ni siquiera el imputado se encontraba en la vivienda de aquella. Con independencia de lo que mencionó la niña agraviada y del valor probatorio que puede otorgársele a su testimonio, lo cierto que el delito *sub judice* no puede clasificarse como flagrante.

Un caso como el aludido requiere de un elaborado análisis deductivo, de un riguroso análisis de la versión de la víctima y de una actividad probatoria variada o

diversa, tanto mas: i) si no se cuenta con vestigios materiales y fluidos corporales examinados pericialmente, ii) si la captura no se produjo en el mismo momento o instantes después de sucedido el hecho delictivo, esto es, a las 22 horas del día siguiente, y iii) si el imputado niega los cargos, quien incluso está en la posibilidad de ofrecer, desde la perspectiva de un procedimiento más extenso, prueba documental y personal de descargo.

Se está ante un delito especialmente grave, que está asociado a la pena más grave del sistema penal: cadena perpetua, por lo que por razones de estricta proporcionalidad, no puede solventarse sin prueba evidente derivada de la flagrancia, en un proceso célere y de reducida acción probatoria, como el inmediato.

Se desvió así al imputado del procedimiento legalmente preestablecido, que es el común, derivándolo irrazonablemente al proceso inmediato, incurriéndose en nulidad absoluta e insubsanable. Ergo, no cabe saneamiento ni convalidación, pues no se trata de una mera inobservancia de las formalidades previstas en el Código, sino de una auténtica lesión al debido proceso legal.

La desestimación de la incoación del proceso inmediato no trae consigo necesariamente la anulación de la prisión preventiva y la modificación de esta medida requiere de una petición de parte, unida a un debate sobre los presupuestos materiales correspondientes.

Finalmente, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema declaró fundado el recurso de casación por quebrantamiento de precepto procesal interpuesto por la defensa del acusado, contra la sentencia de vista que confirmando la sentencia de primera instancia lo condenó como autor del delito de violación sexual de menor de edad, en agravio de M.B.A.A., a cadena perpetua. Nula la sentencia de vista recurrida e insubsistente la sentencia de primera instancia. Sin efecto todo lo actuado en esta causa desde el auto de incoación del proceso inmediato, sin perjuicio de la validez de la prueba documental, los informes o dictámenes periciales, las diligencias objetivas e irreproducibles y en lo pertinente, de las actas que contienen las diligencias preliminares. Ordenó se siga la causa conforme al proceso común y se remitan los actuados a Fiscalía Provincial. Decretó la inmediata libertad del encausado por vencimiento del plazo de duración de la prisión preventiva.

## **6 ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN *IN COMENTO***

La investigación, denuncia y sentencia de delito de violación sexual de menor de edad, comporta un cuidado sumo, en razón al bien jurídico tutelado, como a la pena máxima impuesta, esto es, cadena perpetua (como en efecto fue condenado el denunciado). Lo propio del proceso inmediato.

En ese sentido, respecto de la naturaleza del referido proceso, el Segundo Párrafo del Fundamento 7., del Acuerdo Plenario N° 02-2016/CIJ-116, señala:

Los presupuestos materiales o la naturaleza de su objeto: (i) de evidencia delictiva y (ii) de ausencia de complejidad y simplicidad, a los que se refiere el artículo 446, apartados 1) y 2), del NCPP (Decreto Legislativo 1194), de 30-08-2015), reclaman una interpretación estricta de las normas habilitadoras de este proceso especial, en cuanto el proceso inmediato, por ampararse en la simplificación procesal, reduce al mínimo indispensable — aunque no irrazonablemente — las garantías procesales de las partes, en especial las de defensa y tutela jurisdiccional de los imputados. Por consiguiente, en la medida que exista con claridad y rotundidad, prueba evidente o evidencia delictiva y simplicidad, la vía del proceso inmediato estará legitimada constitucionalmente.

Sin embargo, es de verse que la denunciante (madre de la menor), la policía y el Fiscal Provincial, no observaron los expresos alcances del referido Plenario. Lo propio de lo contenido en el Art. 446 del Nuevo Código Procesal Penal, modificado por el Art. 2º.-, del Decreto legislativo N° 1194, que Regula el Proceso Inmediato en Casos de Flagrancia (pues, es el segundo caso no se cumplía con ninguno de los supuestos de aplicación que refiere dicho artículo).

Cabe mencionar, en el presente caso no se ha configurado una flagrancia delictiva. El problema se presenta cuando la fiscalía y el poder judicial intervinientes (excepto la Sala Suprema), asumen erróneamente que se trata de una cuasi flagrancia. Sin embargo, es de apostrofar que ninguna de las dos terminó por configurarse.

Al respecto, amerita traer a colación al profesor Pablo Sánchez Velarde, quien anota:

El Decreto Legislativo 1194 cambia el verbo rector 'podrá' que facultaba al fiscal, por 'deberá'. Se afirma que ello afecta la discrecionalidad del fiscal. Ciertamente es discutible, pues en la práctica quien califica la flagrancia es el fiscal. Si dicha autoridad considera que los hechos no configuran flagrancia, no está obligado a requerir el proceso inmediato. Si existiendo flagrancia, el fiscal no cuenta con los elementos de prueba materiales inmediatos para sustentar su pedido ante el juez (por demora en las pesquisas, por ejemplo), deberá seguir con el proceso común<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. La flagrancia y el proceso inmediato. En diario *El Comercio*. En línea: Recuperado en fecha 12/04/17 de <http://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/flagrancia-y-proceso-inmediato-pablo-sanchez-velarde-noticia-1874843>. Lima, 2017.

Sin embargo, parece ser que el fiscal no lo entendió así y optó por el proceso inmediato, cuando ello no lo ameritaba. A propósito, nos llama la atención que se haya configurado cual piezas de dominó, por decir lo menos. Es decir, que hubo un yerro en cadena, en la actuación de la policía, la fiscalía y el poder judicial, en sus instancias *a quo* y *ad quem*. ¿Se equivoca uno y se equivocan también todos los demás?. Menos mal que Corte Suprema supo evidenciar y corregir.

Amerita acotar la lamentable paradoja, en la que incurrió al adoptar una supuesta medida — reiteramos, de aplicar erróneamente la incoación del proceso inmediato, en lugar del común — puesto que, al intentar salvaguardar la fiscalía el bien jurídico protegido de la menor supuestamente violada, esto es, su indemnidad sexual, termina vulnerando peligrosamente no pocos derechos fundamentales del presunto culpable.

Así, entre ellos podemos mencionar: i) a la motivación de las resoluciones jurisdiccionales, ii) a no ser desviado de la jurisdicción determinada por ley -por la clamorosa equivocación de la incoación del proceso inmediato-, iii) a la libertad personal - por el arresto policial y la condena a cadena perpetua impuesta-, iv) al cuestionamiento de una decisión jurisdiccional (al haberlo impedido, arguyendo la aplicación del principio de convalidación por omisión) y iv) al debido proceso penal. En suma, se incurrió en abierta como sistemática vulneración de la legalidad, constitucionalidad y legitimidad, en menoscabo del acusado.

En consecuencia, es un claro y lamentable ejemplo de como el remedio termina siendo peor que la enfermedad. Si a ello le sumamos la campante inseguridad ciudadana que campea diariamente, la que no distingue zonas geográficas, entonces, estaríamos ante muy grave amenaza adicional. Esto es, cuando el Estado (PNP, Ministerio Público y Poder Judicial), se vuelven contra su creador, que es el pueblo. El Estado actuando desconociendo la quintaesencia de las mismas, cual es, únicamente estar al servicio y beneficio de la población (en justicia).

Además, yendo más allá del derecho, esto es, analizando desde los predios de la administración pública (de la que forma parte la administración de justicia), tenemos que el funcionario público se encuentra obligado a generar valor público, porque el mismo labora con fondos públicos, los mismos que les pertenecen a la población y por ende, tiene que estar orientados hacia ella en general y específicamente a los sectores más deprimidos, de otro modo, se posterga y desnaturaliza la finalidad que abraza la función pública.<sup>4</sup> Se colige pues, que en

---

<sup>4</sup> TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. Breves notas a propósito de la reciente creación y puesta en marcha del plan piloto: "Implementación de los órganos jurisdiccionales de flagrancia delictiva". En *Revista de Estudos Jurídicos da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP)*. En línea: recuperado el 14/04/17, de <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/1927/1896>. Brasil. 2015, p.10.

ningún caso su misión aterriza en ocasionar perjuicio alguno. Por ello, es que sostenemos que no se ha tomado ni por asomo dichos postulados de la administración.

A propósito, el valor público constituye una obligación para quienes están a cargo de gestión pública, porque los mismos laboran con fondos públicos, los cuales les pertenecen a la población y por ende deben estar orientados hacia ella en general y específicamente a los sectores más deprimidos y no a otros fines, menos aún, cuando los referidos “otros fines”, postergan y desnaturalizan la finalidad que abraza la función pública (sea derivada generada vía elección popular o no). Así, el valor público, busca de forma comprometida, un sistema que promueva un desarrollo eficaz, eficiente, equitativo y sostenible. Bajo esta perspectiva, se busca la creación de valor público por medio de una gestión estatal, la que tiene que contribuir significativamente a cuatro fines o principios fundamentales: i) Reducción de la desigualdad, ii) Reducción de la pobreza, iii) Fortalecimiento de estados democráticos, iv) Fortalecimiento de la ciudadanía.<sup>5</sup>

A propósito, no poco se ha dicho respecto de la naturaleza y desarrollo del proceso inmediato contenido en el Decreto Legislativo N° 957, Nuevo Código Procesal Penal peruano, publicado en fecha 29/07/04 (y lo propio de la fragancia y cuasi fragancia). No obstante, luego de casi tres lustros, parecería que no se tendría mayor inconveniente respecto del mismo por parte de los magistrados del Ministerio Público y del Poder Judicial. No obstante, no necesariamente es así.

Resulta lamentable que el denunciado haya sido privado injustamente de su libertad. Esto es, que son casi cinco meses que se adicionan a los nueve meses de prisión preventiva. Ergo, deploramos que la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, no se haya manifestado sobre la temeridad procesal en que incurrieron el Fiscal Provincial de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Sullana, el Juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Sullana, así como, la Sala Superior que expidió la sentencia de vista. Desperdiçando así dicha Sala Suprema, la valiosa oportunidad de aterrizar en la ansiada como muchas veces esquiva justicia.

Mención aparte merece comentar la correcta aplicación retroactiva en sede penal que se aplicó al caso in comento. Ello en razón, a que en fecha 20/01/16, el Fiscal Provincial de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Sullana, formuló el requerimiento de incoación de proceso inmediato y sin embargo, en fecha 16/03/17, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, aplica los alcances

---

<sup>5</sup> TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. *Nuevas maneras de generación de valor público en las contrataciones con el estado*. En línea: recuperado el 13/04/17, de <http://www.elpero.com/colaboradores/Jorge-Isaac/valor-publico-en-las-contrataciones-con-el-estado.html>. Lima, 2017.

contenidos por el Segundo Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Transitorias Permanente y Transitoria, acordado en fecha 01/06/16; esto es, luego de más de cinco meses.

En ese orden de pensamiento además, huelga señalar que en anteriores trabajos no pocas veces hemos hecho especial mención, cuando una resolución peca de ser legalista, formalista, sacrificando la justicia. Sin embargo, en el presente caso, va mas allá, pero en sentido inverso, esto es, que *strictu sensu* la sentencia de vista ni siquiera abrazó la legalidad al establecer el proceso inmediato, cuando en realidad corresponde el común.

Al respecto, consideramos que incluso la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, que casó la sentencia *ad quem*, ciertamente se quedó corta, pues, abrazó la legalidad e constitucionalidad, pero la justeza. Ello en razón a que, dado que ha quedado largamente establecido que no se justificó la incoación del proceso inmediato, entonces, el juez de la causa en modo alguno se debió acoger la prisión preventiva solicitada por la fiscalía.

En consecuencia, se equivoca la Suprema al convalidar dicho oceánico error, al referir en el Fundamento Séptimo, de la resolución bajo comentario, que el referido Plenario estatuye que el fundamento jurídico de la desestimación de la incoación no trae consigo necesariamente la anulación preventiva, pues, requiere petición de parte, unida a un debate sobre los presupuestos materiales correspondientes. Extraviándose así penosamente en la ignominia dicho Supremo Colegiado, en disquisiciones absolutamente prescindibles, cuando señala que el tiempo de privación procesal de la libertad es de nueve meses y que como ya alcanza los catorce meses y habiéndolo solicitado la defensa, entonces, procede la inmediata libertad del encausado.

En ese orden de ideas, consideramos que la Corte Suprema actuó correcta, aunque insuficientemente al poner coto ante tanto yerro.

Así, ante tal decisión habría que cuestionar: ¿Cómo es que por un lado, dicha Sala Suprema rechaza el principio de convalidación por omisión del encausado y por otro, convalida los efectos del craso error de la fiscalía y poder judicial al decantarse estos últimos erradamente por el proceso inmediato en lugar del común?, ¿Cómo es posible que dicho colegiado, ante el error que se provocó el haber estado padeciendo de indebida privación de libertad (incluso con condena a cadena perpetua), tenga que dilucidar el tiempo de la misma y la petición de parte para la variación de la prisión preventiva?, ¿Y si la defensa no hubiese solicitado la anulación de la prisión preventiva, el injustamente condenado hubiera tenido que permanecer privado de su derecho a la libertad personal?, ¿Esa es la finalidad y mística de la “justicia del siglo XXI”, que basilarmente siempre piensa en todo, pero, casi nunca en el justiciable?, ¿Esa es la “justicia” que se merece el justiciable?, ¿Ello

quiere decir, que si los magistrados se equivocan, no les ocurre nada y más aún el acusado quien tiene que cargar injustamente con esa cruz?, ¿En serio creen que la consabida como ansiada e histórica reforma del Poder Judicial (para sacar de la profunda crisis en que se encuentra sumida la administración de justicia), se hará solamente creando y construyendo más juzgados y designando más magistrados?. ¿No será más bien un tema de calidad de magistrados, que de mera cantidad material como de indolentes como ajenos elefantes blancos?.

En ese orden de pensamiento, en virtud al principio de legitimidad, sostenemos que el Colegiado Supremo bien pudo preferir la justicia, en vez de sujetarse solo a la legalidad, esto es, al Plenario que definitivamente no se aplica a este caso, en mérito a que los presupuestos materiales han sido claramente desvirtuados, ¿Pretendían acaso que se sometan a un adicional debate para dilucidar lo ya dilucidado, esto es, que ameritaba la anulación de la prisión preventiva?. Y es que, el condenado no debió habersele aplicado la misma en extremo alguno, ergo, lo justo era disponer su libertad *ipso facto*, sin que medie otra razón.

Prueba de ello, el Art. 7.3., de la Convención Americana de Derechos Humanos, respecto del Derecho a la Libertad Personal, preconiza: “Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”.

Si con ello no bastase, tenemos que los Fundamentos 67. y 68., del Caso López Álvarez Vs. Honduras (sentencia de fecha 01/02/06), de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación a la arbitrariedad y prisión preventiva, respectivamente establecen:

La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal” y “La legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales. La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria.

Finalmente, dejamos constancia de haber aplicado en el presente trabajo, los preceptos de la *argumentación jurídica sistémica interdisciplinaria*<sup>6</sup> (de nuestra

---

<sup>6</sup> TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. *Argumentando de manera jurídica sistémica e interdisciplinaria*. En línea: recuperado el 13/04/17, de <http://www.el-terno.com/colaboradores/Jorge-Isaac/argumentando-de-manera-juridica.html>. Lima, 2017.

autoría), la que consta de siete etapas o estadios, a saber: i) La legalidad, ii) la constitucionalidad, iii) Los precedentes vinculantes, iv) Las demás fuentes del derecho, v) Convencionalidad, vi) Multidisciplinariedad, y vii) Legitimidad.

En ese sentido, se tiene que la resolución *sub examine* en perjuicio del presunto culpable, solo alcanza a ser legal y constitucional; incumpliendo con la obligada convencionalidad, multidisciplinariedad (en vista de la inobservancia de los indicados principios de la administración), y la legitimidad o justicia. Incurriendo así, en prevaricato fa fiscalía y por judicial por no haber acatado la inconventionalidad

Entonces tenemos que en suma, lo que se le ofrecido al justiciable es una supuesta justicia legal (ajustada a lo previsto en la ley), una justicia constitucional (que engloba lo preconizado en la Constitución Política). Pero no en términos de justeza, legitimidad o justicia propiamente dicha, pues la justicia es una sola.

### **CONCLUSIONES**

La Resolución bajo comentario refleja varias deficiencias. Así solo se logró decantarse por la legalidad y constitucionalidad (dejando de lado, la convencionalidad, multidisciplinariedad y justeza). Aunque, increíblemente constituye un avance en dichas sede, acostumbrada a abrazar únicamente la legalidad, queda pendiente un largo como muy necesario camino de evolución de la administración de justicia. Ello debe llamar a una profunda reflexión y enmienda.

El solo hecho de haber incurrido (y convalidado) en el error en cadena, tanto la policía, la fiscalía y poder judicial, refleja de manera irrefutable como penosa, el estado que la administración de justicia nos puede “regalar” en cualquier momento.

### **SUGERENCIAS**

La capacitación y concientización en temas de administración de justicia se tornan muy urgentes como insoslayables, en razón a que en las situaciones extremas, como los delitos de mayor gravedad, *verbi gratia*, el delito de violación sexual de menor de edad; que se requiere *a fortiori* mayor cuidado (cuando la cuasi flagrancia se adiciona). Ello, en tanto que se decide nada menos que la cadena perpetua para el sujeto activo. Ahí es cuando el preciado bien jurídico de la libertad (solo postergado por el de la vida), refleja su gran trascendencia como cuidado sumo.

Postulamos que la administración de justicia se decanten por la justeza, legitimidad; en desmedro de la ligereza e insuficiente rigor jurídico con que ha manejado el presente caso.

Abordar el fundamento jurídico, también a la luz de la convencionalidad y multidisciplinariedad.

## REFERENCIAS

ARAYA VEGA, Alfredo. "El nuevo proceso inmediato (Decreto 1194). Hacia un modelo de una justicia como servicio público de calidad con rostro humano. En Revista Informativa lus Infraganti. En línea: Recuperado en fecha 14/04/17 de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/30a882004c3c0cb38a25ee2112efa3e4/lusInfraganti01.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=30a882004c3c0cb38a25ee2112efa3e4>. Lima, 2016.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. La flagrancia y el proceso inmediato. En diario El Comercio. En línea: Recuperado en fecha 12/04/17 de <http://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/flagrancia-y-proceso-inmediato-pablo-sanchez-velarde-noticia-1874843>. Lima, 2017.

TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. Breves notas a propósito de la reciente creación y puesta en marcha del plan piloto: "Implementación de los órganos jurisdiccionales de flagrancia delictiva". En *Revista de Estudios Jurídicos da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP)*. En línea: recuperado el 14/04/17, de <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/1927/1896>. Brasil. 2015.

TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. Nuevas maneras de generación de valor público en las contrataciones con el estado. En línea: recuperado el 13/04/17, de <http://www.el-terno.com/colaboradores/Jorge-Isaac/valor-publico-en-las-contrataciones-con-el-estado.html>. Lima, 2017.

TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. Argumentando de manera jurídica sistémica e interdisciplinaria. En línea: recuperado el 13/04/17, de <http://www.el-terno.com/colaboradores/Jorge-Isaac/argumentando-de-manera-juridica.html>. Lima, 2017.

---

# PATRONATO MUNICIPAL

## A EFETIVAÇÃO DA EDUCAÇÃO E A SOCIALIZAÇÃO DO EGRESSO

---

**Edinilson Donisete Machado**<sup>1</sup>

**Matheus Conde Pires**<sup>2</sup>

### INTRODUÇÃO

O sistema carcerário brasileiro tradicional não vem cumprindo com seus objetivos, mesmo com os avanços modernos. Sua administração acaba cada vez mais atuando de maneira mais distante das metas idealizadas, dentre elas a prevenção criminal.

Dessa maneira, mesmo a legislação prevendo propostas de recuperação do apenado, tem-se na prática apenas ações protelatórias que não resolvem e nem amenizam o problema, pelo contrário, acabam agravando-o.

Em vista disso, o Brasil apresenta uma realidade preocupante, na qual se encontra como um dos países com a maior população carcerária do mundo. Diante deste fator se mostra imprescindível o desenvolvimento de estudos acerca da questão, na tentativa de se compreender o real problema social e desenvolver, deste modo, alternativas de políticas públicas que solucionem ou amenizem a problemática.

Este trabalho propõe o desenvolvimento de Patronatos Municipais como ação afirmativa capaz de efetivar a inserção do egresso à sociedade auxiliando assim na prevenção criminal.

Destarte, se faz impreterível a compreensão da função da pena diante da atual concepção do Estado Moderno, analisando suas finalidades e os instrumentos utilizados para a sua consecução.

---

<sup>1</sup> Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2006; Mestre pela Universidade Estadual Paulista Júlio Mesquita Filho (2000); Bacharel pela Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha (1987). Professor titular na graduação e na pós-graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná e do Centro Universitário Eurípedes de Marília

<sup>2</sup> Graduando do 4º ano em direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Bolsista pela Fundação Araucária. Pesquisador voluntário pela Universidade Estadual do Norte do Paraná

Neste íterim, ressalta-se a necessidade da efetivação da educação, elemento que demonstra relação intrínseca com a criminalidade.

Deste modo é analisada a relação pena e educação, compreendendo os pontos tangenciados entre os dois elementos.

Posto isso, é analisada a atuação o Patronato Municipal de Jacarezinho, demonstrando seus efeitos na recuperação do egresso e a inserção deste à sociedade.

Em suma, o presente estudo busca, por meio do método indutivo interpretativo, apresentar o Patronato Municipal como uma política pública capaz de amenizar a reincidência criminal e assim garantir a função preventiva da pena.

## 1 A FUNÇÃO SOCIAL DA PENA NO ESTADO MODERNO

Inicialmente, denota-se o direito penal como revérbero dos compromissos éticos realizados entre o Estado e o indivíduo (CAPEZ, 2014).

Dessa maneira, compreende-se o direito como parte de um conjunto cultural humano, sendo formado por valores aceitos ou não tanto pela sociedade quanto pelos indivíduos (DA SILVA, 2012).

Sendo assim, é possível perceber o caráter cultural que envolve o Direito Penal, sendo reflexo tanto das diretrizes estabelecidas pela sociedade como um todo, quanto pelas pessoas em suas individualidades.

Não obstante, segundo Bentham (1974, pg. 25 e 65):

A obrigatoriedade ou necessidade de punir uma ação é proporcional à medida que tal ação tende a perturbar a felicidade e à medida que a tendência do referido ato é pernicioso (...) toda punição constitui, em si mesma, um mal. Por conseguinte, com base no princípio da utilidade – se tal princípio tiver de ser admitido -, uma punição só pode ser admitida na medida em que abre chances no sentido de evitar um mal maior

Entende-se, portanto, a partir de uma visão utilitarista que a sanção pode ser aplicada tão somente quando a ação praticada venha realmente prejudicar a vida em sociedade. Além disto, tendo em vista que a pena é um mal *per si* só deve ser aplicada quando possibilitar a efetivação da prevenção criminal.

Corroborando com tal entendimento, Luis Regis Prado (2009, pg. 522) explica:

A pena- espécie de gênero sanção penal- encontra sua justificação no delito praticado e na necessidade de evitar a realização de novos delitos. Para tanto, é indispensável que seja justa, proporcional à gravidade do injusto e à culpabilidade de seu autor, além de necessária à manutenção da ordem social.

Assim, nota-se a importância do princípio da proporcionalidade da pena em relação ao cumprimento da real função social do direito penal, sob o risco de recair a um mero ato retributivo de vingança.

Vale o destaque que a memória pelo sofrimento próprio não propiciam a existência de pessoas mais generosas, gentis ou sensíveis diante dos demais, mas sim, pessoas mais cruéis (BAUMAN, 2013).

Dessa maneira, restringindo a pena somente ao aspecto retributivo faria com que fosse gerado um ciclo vicioso de violência, no qual os infratores quando penalizados sejam potencializados a praticar ações ainda mais danosas à sociedade.

Nesse ínterim, vale destacar que a pena constitui a consequência jurídica mais grave de um delito, podendo ser formada pela restrição ou privação de certos bens jurídicos (PRADO, 2009).

A atual concepção moderna interpreta o direito penal de forma pluridimensional, compreendendo a função retributiva em harmonia com a função ressocializante da sanção (COSTA JR, 2000).

Tal concepção se adequa à teoria mista ou unitária, a qual entende que “a pena tem a dupla função de punir o criminoso e prevenir a prática do crime, pela reeducação e pela intimidação coletiva” (CAPEZ, 2011, pg. 358).

Cumprido salientar que tendo em vista a gravidade da consequência jurídica, para que uma conduta seja colocada como tipo penal, é necessário que esta possua relevância social, dessa forma a função social da pena deve se delimitar ao princípio da adequação social (BITENCOURT, 2006).

Paralelamente ao princípio da adequação social se encontra o princípio da *ultima ratio*, o qual impõe ao direito penal caráter subsidiário, possibilitando sua atuação tão somente quando outros meios de políticas sociais se mostrem insuficientes (DIAS, 1999).

Destarte, as políticas públicas que visam coibir a criminalidade possuem preferência em relação à simples criação de tipos penais ou o endurecimento das penas.

O sistema penal de forma geral possui intrinsecamente uma função simbólica diante dos conformistas e contestadores, sendo utilizado de base para toda a estrutura de poder social (ZAFFARONI, 2004).

Não obstante, o direito penal está em um período de crise ideológica, sendo influenciado por uma tendência expansionista, reflexo dos clamores sociais (KAZMIERCZAK, 2010).

Estes clamores sociais, segundo Bauman (2012), são ecos de uma obsessão por segurança gerada pelo medo estabilizado na sociedade; mesmo a modernidade tendo cumprido sua função de proteção de modo geral, a expectativa de uma proteção absoluta, naturalmente malograda, gera um anseio desenfreado por sanções.

A tendência expansionista distorce a real função do direito penal dando origem à estereótipos criminais e reforçando a ideia de estruturas repressivas de poder como forma de assegurar uma sensação de segurança (KAZMIERCZAK, 2010).

Corroborando com tal cenário, as imagens retratadas pela mídia dramatizam o cenário fático em relação à criminalidade fomentando a apreensão coletiva e acentuando preconceitos sociais (ADORNO, 1999).

Posto isso, não se pode resumir o direito a um simples arcabouço de leis adjetivadas de imperatividade e coação (LITHOLDO, 2012). Tal prática levaria a aplicação do direito a um simples ato burocrático, dotado de tecnicismo e desprovido de direitos materiais.

Nesse sentido, Juaréz Freitas (*Apud* GIACOIA, 2002, pg. 19) aponta que:

A pior das institucionalidades não deriva, porém da inconstitucionalidade formal, mas da inconstitucionalidade material, deveras contumaz nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, onde as estruturas constitucionais, habitualmente instáveis e moveidças, são vulneráveis aos reflexos que os fatores econômicos, políticos e financeiros sobre elas projetam.

Para que a pena não venha a violar os direitos materiais é necessário que os direitos humanos e fundamentais sejam realmente garantidos e protegidos diante dos anseios desenfreados por uma proteção total, que por vezes gera um efeito colateral, podendo ampliar a criminalidade.

O direito penal não pode se resumir a um mero mecanismo de retribuição social, mesmo em vista de apelos sociais momentâneos. Tal tendência expansionista desvirtua a função do direito penal e impõe reflexos irreversíveis à sociedade.

Deste modo, para que o direito penal venha a cumprir sua função social a pena deve concretizar sua finalidade de não apenas retribuir o mal cometido pelo infrator, mas também promover sua readaptação social (CAPEZ, 2011).

## **2 A PENA E SEU CARÁTER EDUCATIVO**

Segundo o Conselho Nacional de Justiça o Brasil possui a quarta maior população carcerária do mundo (CNJ, 2014). Agravando esta situação o Departamento de Informação Penitenciária (INFOPEN, 2014) destacou que cerca de 70% dos presos são analfabetos, alfabetizados informalmente ou possuem somente o ensino fundamental incompleto ou completo.

Fica assim indissociável a relação da precariedade da educação e a formação de um ambiente propício para a prática delituosa.

Neste ínterim, perfaz-se a necessidade de serem colocadas em prática políticas públicas sociais capazes de efetivar a educação e, por conseguinte inibir a criminalidade.

Posto isto, as políticas públicas educacionais executadas por meio de penas alternativas se tornam ainda mais relevantes, pois são uma possibilidade viável para efetivar a função preventiva da pena possibilitando o acesso do egresso à educação.

No sistema carcerário tradicional, o encarcerado é disposto em um ambiente dotado de um descompassado desajuste social, ou seja, em uma realidade social totalmente diversa da externa; assim, a integração do indivíduo à sociedade posteriormente, encontra-se comprometida (GIACCOIA et al, 2011).

Nesse sentido fica explicitada a frustração do objetivo da pena privativa de liberdade ao serem analisados os altos índices de reincidência (BITENCOURT, 2006).

Tal fator de reincidência, acaba por fomentar ainda mais a marginalização do egresso e ampliando conseqüentemente o ciclo de violência e a população carcerária.

Vale o destaque que o infrator é condenado por imposição da sociedade, sendo assim, a recuperação e o tratamento é um imperativo de ordem moral da mesma, não obstante, as prisões atuais se comportam como verdadeiras escolas de crime e violência (OTTOBONI, 1997).

Entende-se que as prisões devem atuar realmente como escolas, no entanto devem trabalhar de maneira que alcance a recuperação dos egressos e não que fomentem ainda mais a criminalidade.

Tendo em vista esta realidade, para que seja possível uma mudança eficaz, as soluções devem envolver a integralidade das práticas educacionais, sendo não apenas formais, mas também materiais (MÉSZAROS, 2006).

Fato é que o nível de escolaridade possui uma ligação íntima com as várias formas de desigualdade social (ARANÃO, 2008), e, assim, conseqüentemente, com a criminalidade.

Entendendo esta realidade e a importância educacional como propulsora da integração do indivíduo à sociedade o STJ editou a súmula 341, oportunizando a possibilidade de remissão da pena por meio do estudo formalizado.

Para se compreender melhor a relação da pena e educação, perfaz-se conveniente observar a análise de Kant (1996, pg. 11) “o homem é a única criatura que precisa ser educada”.

Consolidando tal análise Kant (1996, pg. 15) ainda explica que o “homem não pode tornar-se um verdadeiro homem se não pela educação. Ele é aquilo que a educação dele fez”.

Dessa maneira, pela ótica kantiana um delinquente é apenas um revérbero do sistema educacional a ele oferecido. Sendo assim, é necessário um mecanismo que possibilite ao egresso uma educação adequada que possibilite seu retorno à sociedade.

Nesse sentido, é possível assimilar que a subsistência de escolas desestruturadas e despreparadas para promover a educação, se mostram como um ambiente adequado para o fomento da criminalidade.

Entretanto a aplicação de políticas públicas que visam o desenvolvimento social por meio da educação propicia um ambiente reverso, minimizando as possibilidades de reincidência criminal.

Para que seja possível efetivar ao egresso o acesso adequado à educação após um período de reclusão o Estado deve desenvolver um plano de ensino especializado, sob o risco de promover um descompasso das lições destinadas à percepção do mundo, tornando todo o processo de educação inócuo (GOTTENS et al, 2011).

Os egressos devem ser analisados sob suas perspectivas individuais e peculiares, e a partir disto serem desenvolvidos planos de ensinamentos condizentes com o objetivo de proporcionar ao apenado: o entendimento dos valores sociais, uma formação técnica capaz de promover seu desenvolvimento como pessoa, uma preparação para o exercício de sua cidadania e uma qualificação apta para ingressar ao mercado de trabalho (GOTTENS et al, 2011).

Destarte é necessária uma ação cultural que promova a integração dos egressos à sociedade, sendo esta ação não focalizada tão somente aos apenados, mas também à sociedade como um todo, já que esta deve ter condições de recebê-los.

Neste sentido é importante compreender que toda ação cultural é uma maneira coordenada e deliberada de ação que influi na estrutura social, seja para a manutenção ou transformação do status quo (FREIRE, 1987).

Fica latente, a indissociabilidade da pena com a educação, demonstrando a necessidade estatal em executar medidas que concretizem políticas públicas educacionais visando a diminuição da criminalidade.

Estas ações afirmativas devem englobar não apenas a parcela encarcerada da população, mas sim a sociedade como um todo. Por meio disto é possível educar não só o egresso, mas também preparar a população à recebe-lo novamente. Somente assim, o sistema penal terá condições de atingir sua finalidade.

### **3 A EFETIVAÇÃO DA EDUCAÇÃO POR MEIO DO PATRONATO MUNICIPAL**

Diante da realidade já exposta no presente trabalho, perfaz-se necessária a propositura de políticas públicas que visem efetivar a educação e impedir a prática delituosa.

Entretanto, no hodierno contexto de práticas de ações afirmativas do Estado brasileiro é notada uma dicotomia, entre as políticas públicas de segurança distinguido pela repressão e as políticas públicas de um Estado Democrático de Direito, que impõe, *per si*, uma mudança no enfoque destas, focalizando-as na prevenção criminal (ARANÃO, 2008).

Diante disto, observando o direito penal sob o prisma da prevenção, a via educacional se mostra como um meio adequado e eficiente para que seja possível a consecução de sua função social.

As políticas públicas educacionais podem ser aplicadas anteriormente à prática delituosa, por intermédio do sistema básico de ensino; e posteriormente por via do cumprimento da própria pena. No presente exposto, buscar-se-á apresentar o instituto do Patronato Municipal como ação afirmativa aplicada como pena alternativa.

O Patronato Municipal possui previsão legal na Lei de Execução Penal nº 7.210/84 nos artigos 78 e 79.

Nesse sentido, é uma entidade responsável por assistir o egresso em seu processo de socialização, principalmente no momento em que lhe é concedida a liberdade (ZACARIAS, 2006).

Vale o esclarecimento da escolha da utilização do termo “socialização” ao invés de “ressocialização”. Enquanto este termo pressupõe que o indivíduo já esteve incorporado à sociedade em algum momento, aquele não exige tal compreensão. Fato é, que por motivo da desigualdade social e da desestrutura educacional, o egresso antes de cometer o delito nunca esteve realmente integrado à sociedade, tornando o termo ressocialização inadequado para o contexto.

Para promover a referida socialização, o Patronato Municipal atua sob a égide de algumas diretrizes, são elas de acordo com a Secretaria de Justiça do Estado do Paraná (2013) : respeito à dignidade da pessoa humana; promoção e garantia da cidadania e dos direitos humanos; universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; transversalidade das dimensões de gênero, orientação sexual, deficiência, origem étnica ou social, procedência, raça e faixa etária nas políticas públicas; promoção da participação da comunidade nas atividades ligadas à execução das penas alternativas (SEJU, 2013).

Por meio do respeito a estes princípios, os Patronatos Municipais visam oferecer ao egresso o auxílio necessário para educa-lo e prepara-lo para o ingresso ao mercado de trabalho, quando necessário.

O acesso ao trabalho se comporta como um direito social, sendo garantido pela Constituição Federal e atribuído de inviolabilidade (MORAIS, 2003). Quando efetivado, evita a ociosidade e oferece ao egresso a oportunidade de desempenhar uma tarefa importante não só a ele, mas também à sociedade, além de possibilitar a subsistência sua e de sua família, corroborando para sua socialização (MARCON,2008).

Em razão da individualidade de cada egresso e de cada cidade e estado, os Patronatos Municipais visam moldar a execução penal à realidade encontrada em cada situação, consolidando assim a chamada municipalização da pena.

Dessa forma, os Patronatos são dotados de autonomia para promover atividades conforme as necessidades destacadas pela equipe multidisciplinar, visando a educação e adaptação do apenado à sociedade. A equipe multidisciplinar é formada pelas áreas de direito, assistência social, pedagogia, administração e psicologia.

Exemplificando tal afirmativa, tem-se na cidade de Jacarezinho-PR, o desenvolvimento de quatro programas visando a minimização da reincidência de crimes recorrentes na localidade: o basta, saiba, pro-labor e e-ler e blitz

O programa basta foi desenvolvido com foco nos delitos ligados à violência doméstica, assim, busca fazer com que os egressos reflitam sobre a família, legislação, violência de gênero e outros fatores pertinentes à temática (ALMEIDA et al, 2016).

No decorrer da aplicação do programa os profissionais perceberam uma relevante alteração no comportamento dos assistidos, que chegaram a admitir seus erros de conduta (ALMEIDA et al, 2016).

Corroborando com a efetiva mudança de comportamento dos assistidos e sua integração social, nota-se que não houveram reincidentes (ALMEIDA et al, 2016).

Por sua vez, o programa saíba é aplicado aos assistidos que possui uma relação intrínseca às drogas em suas vidas.

A aplicação do programa é realizada por meio de encontros semanais, nos quais os profissionais multidisciplinares desempenham um acompanhamento específico e individualizado aos assistido, buscando desenvolver reflexões acerca dos malefícios causados pelas drogas (ALMEIDA et al, 2015).

Os resultados dos programas são possíveis pois há a preocupação de propiciar um ambiente desprovido de julgamentos morais, sendo um espaço aberto e informal, no qual os egressos ficam mais à vontade e conseguem realizar as reflexões necessárias, fazendo com que o objetivo almejado pelo programa seja atingido (ALMEIDA et al, 2015).

Para ser possível a inserção do assistido à sociedade de forma plena e eficiente, busca-se anexar o egresso ao mercado de trabalho. Nesse sentido, nota-se que metade dos assistidos desempregados que passaram pelo Patronato Municipal de Jacarezinho entre os anos de 2013 e 2014 voltaram a ter um trabalho formalizado (ALMEIDA et al, 2015).

Implementando tal prática, o Patronato desenvolveu o programa Pro Labor e E-Ler aplicado aos assistidos que tinham seus crimes ligados diretamente à falta de escolaridade e à falta de emprego (SEJU 2013).

Nota-se que a o nível de estudo possui uma ligação intrínseca com as variadas formas de desigualdade e marginalização social (ARANÃO, 2008).

Neste sentido, a função do Patronato é qualificar o egresso possibilitando seu ingresso ao mercado de trabalho e, por conseguinte a diminuição das desigualdades e da criminalidade.

Findando a explanação acerca dos programas tem-se o Blitz, aplicado aos indivíduos que tenham praticado algum delito no trânsito. O objetivo é fazer com que

os assistidos realizem uma reflexão acerca dos atos praticados e suas possíveis consequências diante da sociedade.

Durante sua aplicação são debatidas questões relacionadas ao trânsito, especialmente aquelas relacionadas aos delitos praticados. Reflexões acerca do ordenamento jurídico e demais assuntos conexos também são objetos da atuação do Patronato (SEJU, 2013).

Deste modo, fica cristalina a autonomia dos Patronatos Municipais, que não ficam presos à um modelo pedagógico pré-determinado. Esse fator possibilita uma atuação mais eficiente, pois permite analisar as especificidades de cada localidade e cada assistido, afim de otimizar os efeitos dos programas.

Assim, os profissionais, que atuam como professores, fazem o que ao ver de Paulo Freire (1996) é o ideal, aproveitam os saberes já contidos no aprendizado de cada assistido, para deste modo proporcionar as discussões e reflexões necessárias.

Destarte, mediante o instituto do Patronato Municipal nota-se uma potencialização da efetividade da socialização do egresso à sociedade por meio da educação e consequentemente a concretização da prevenção criminal.

## CONCLUSÃO

Em um primeiro momento analisou-se a real função social da pena no hodierno estado moderno, dessa forma notou-se que a pena não pode ser restringida a uma mera ação retributiva do Estado, mas sim deve cumprir com sua função preventiva, sob pena de fomentar o ciclo de violência.

Posto isto, verificou-se a relação intrínseca entre a pena, sob o aspecto da prevenção, e a educação, como ferramenta capaz de socializar o egresso e efetivar a prevenção criminal.

Destarte o presente exposto buscou apresentar o Patronato Municipal como uma política pública capaz de efetivar a educação do assistido e integra-lo à sociedade, fazendo com que seja possível o combate à reincidência delituosa.

Nota-se que para atingir tal pretensão, o instituto possui uma preocupação com o ingresso do assistido no mercado de trabalho, pois por meio disto é possível evitar a ociosidade e promover a valorização do indivíduo.

Corroborando para com a consecução do caráter preventivo da pena o referido instituto promove ações culturais e educacionais ao indivíduo e também a sociedade, visto que esta última deve estar preparada também para o retorno do egresso.

Nesse sentido, restou cristalina a atuação ampla do Patronato Municipal atingindo diversas camadas da sociedade de modo multidisciplinar, sempre visando a socialização do egresso

Resta, deste modo, o entendimento da necessidade de uma ação afirmativa diante da realidade carcerária posta no *status quo* para efetivar a educação e concretizar a prevenção criminal. Assim, como alternativa da referida ação afirmativa tem-se o Patronato Municipal, que demonstra cumprir os objetivos necessários diante das problemáticas expostas.

## REFERENCIAS

ARANÃO, Adriano. **Estado democrático de direito, criminalidade e violência: o desrespeito aos direitos fundamentais e o papel da educação**. Argumenta Revista Jurídica, Jacarezinho, nº 8, 2008.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. In Col. 'Os pensadores', vol. 34. São Paulo: Abril Cultural, 1974. Pp. 7-74.

BINTENCOURT, César Roberto. **Novas Penas Alternativas**. 3ª Edição. Editora Saraiva: São Paulo, 2006.

BRASIL. CNJ - Conselho Nacional de Justiça. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. Brasil: Brasília – DF, 2014. Disponível em: <  
[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas\\_presas\\_no\\_brasil\\_final.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf)> Acesso em: 16 abr. 17.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 314**. A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semi-aberto. Brasil: Brasília – DF, 2007. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj- revista-sumulas-2012\\_29\\_capSumula341.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj- revista-sumulas-2012_29_capSumula341.pdf)>. Aceso em 16 abr. 17.

COSTA JR, Paulo José da. **Direito Penal Curso Completo**. 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisadas**. São Paulo: RT, 1999.

GIACOIA, Gilberto. **Justiça e Dignidade**. Argumenta Revista Jurídica, Jacarezinho, nº 2, 2002.

GOTTEMS, Claudinei; ROCHA, Thiago de Barros. **O processo educacional como instrumento para a ressocialização do encarcerado**. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito (Org.). *Políticas públicas: da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos*. Birigui: Editora Boreal, 2011.

KANT, Immanuel. **Sobre a Pedagogia**. Tradução: Francisco Cock Fontanella. Piracicaba: Unimep, 1996.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Direito penal constitucional e exclusão social**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

MARCON, Danieli Cristina. **Segregação, Sistema Carcerário e Democracia**. Argumenta Revista Jurídica, Jacarezinho, nº 9, 2008.

OTTOBONI, Mario. **Ninguém é irrecuperável: APAC: a revolução do sistema penitenciário**. São Paulo: Cidade Nova, 1997.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 4ª Edição. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009.

SEJU - Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Estado do Paraná.

**Municipalização da execução das penas alternativas**. Disponível em:

<[http://www.justica.pr.gov.br/arquivos/File/Patronato/cartilha\\_patronato\\_SEJU\\_29.pdf](http://www.justica.pr.gov.br/arquivos/File/Patronato/cartilha_patronato_SEJU_29.pdf)> Acesso em: 16 jul. 2016.

ALMEIDA, Ana Beatriz Baggio; ALVES, Sílvia Okabe; EKUNI, Roberta; GARCIA, Lucyellen Roberta Dias; LOPES, Soraya Saad; SOUZA, José Ricardo; TAKAHARA, Erica Akemi. **Programa basta: relatos e reflexões sobre a violência contra a mulher**. Revista Conexão UEPG, Ponta Grossa, Volume 12, nº 1, 2016.

ALMEIDA, Ana Beatriz Baggio; ALVES, Sílvia Okabe; EKUNI, Roberta; GARCIA, Lucyellen Roberta Dias; LOPES, Soraya Saad; SOUZA, José Ricardo; TAKAHARA, Erica Akemi. **Programa saiba (patronato municipal de jacarezinho): processo reflexivo em relação às drogas**. Extensio UFSC, Florianópolis, Volume 12, nº 20, 2015.

ZACARIAS, Andre Eduardo de Carvalho. **Execução Penal Anotada**. 2 ed. Leme: Tend Ler, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5ª Edição. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004.

ADORNO, Sérgio. **O Adolescente na Criminalidade Urbana em São Paulo**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, 1999.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal Simplificado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Ed. 18ª. São Paulo: Saraiva, 2014.

DA SILVA, Hélcio José. **Moralidade de Alguns ou Direito para Todos? O Direito entre a Ciência e as Ideologias**. In: HERRERA, Luiz Henrique Martim; BAILO, Lucas Seixas (Org.). **A Nova Interpretação do Direito: Construção do Saber Jurídico**. São Paulo: Boreal, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

BAUMAN, Zygmunt; MAZZEO, Riccardo. **Sobre Educação e Juventude**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

LITHOLDO, Viviane. **Uma Questão de Princípios**. In: HERRERA, Luiz Henrique Martim; BAILO, Lucas Seixas (Org.). **A Nova Interpretação do Direito: Construção do Saber Jurídico**. São Paulo: Boreal, 2012.

GIACOIA, Gilberto; HAMMERSCHMIDT, Denise; FUENTES, Paola Oviedo. **A Prisão e a Condição Humana do Recluso**. In: Revista Jurídica do Programa de Mestrado da Universidade Estadual do Norte do Paraná, nº 15, 2011.

INFORMAÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. **Levantamento Nacional: Dezembro 2014**. Brasília: INFOPEN, 2015.

MÉSZAROS, Istiván. **A Educação para Além do Capital**. Ed. 2ª. São Paulo: Boitempo, 2006.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia: saberes necessários para a prática educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. Ed. 17ª. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. Ed. 2ª. São Paulo: Atlas, 2003

---

# EXCLUSÃO SOCIAL NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS

---

**José Eduardo Lourenço dos Santos<sup>1</sup>**

**Caio César Tenório Garé<sup>2</sup>**

**Larissa Delle Siquinelli<sup>3</sup>**

## INTRODUÇÃO

As drogas sempre estiveram presentes na maioria das sociedades e culturas, relacionando-se de variadas formas com o homem. Há pelo menos um século, a relação amistosa entre o homem e essas substâncias acabou, tornando-as alvo de proibição. Apesar da repressão centenária ela não logrou êxito em eliminar tais substâncias, mas evidencia-se pelo fato das prisões estarem lotadas de vendedores dessas drogas. Entre esse seletivo grupo de criminalizados encontra-se presente a figura da mulher, esta vítima duas vezes: pela seletividade penal e pela desigualdade de gênero, que muitas vezes por estar em um ambiente majoritariamente masculino não tem seus direitos e dignidade respeitados.

Esse trabalho tem o objetivo de discutir a relação da mulher com o crime de tráfico de drogas, decorrente da seletividade no sistema criminal e na sociedade como um todo, tendo em vista sua importância para a materialização da dignidade humana e da igualdade dessas mulheres encarceradas. Para isso, percorre-se o caminho da criminalização das drogas e da seletividade penal na aplicação da lei.

Atualmente, segundo dados do IFOPEN de dezembro de 2014, de um universo de mais 600 mil encarcerados, cerca de 28% responde por crimes ligados às drogas em nosso país. Em um olhar mais clínico, percebe-se que do total de

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília-SP (UNIVEM), onde também é Professor da Graduação e Mestrado em Direito. Delegado de Polícia no Estado de São Paulo. Líder do Grupo de Pesquisa NODICO – Novos Direitos, Novos Riscos e Controle Social, Vice-líder do NEPI, Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet do Centro Universitário Eurípides de Marília/SP.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito – linha: Teorias do Estado no UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília/SP. Graduado em Direito pela mesma instituição.

<sup>3</sup> Mestranda em Sociologia – linha: Políticas Públicas na UNESP - Universidade Estadual Júlio de Mesquita Filho. Graduada em Ciências Sociais na UNESP e em Direito no UNIVEM ambas em Marília/SP.

mulheres presas, 64% respondem pelos crimes de tráfico, ao passo que os homens representam 25%. Necessário, pois, um exame da proposta em tela, visto que enquanto produto das estruturas de poder, o Direito está baseado em características consideradas masculinas, como racionalidade, objetividade e universalidade, em contraposição as características atribuídas à mulher, como a emoção, a subjetividade e particularidade. Tais características obedecem a uma hierarquia, e aquelas consideradas masculinas são hierarquicamente superiores às consideradas femininas.

O método escolhido foi a pesquisa teórica e bibliográfica. Nesse caso, houve a revisão crítica da literatura disponível percorrendo livros, artigos e legislação, bem como o aporte de cidadãos incriminados ou punidos por referida lei.

## **1 CONTEXTO HISTÓRICO DA PROIBIÇÃO DAS DROGAS**

O contato com substâncias que modificam as funções normais do organismo fez e faz parte da maioria das culturas e sociedades deste planeta. Essas substâncias, sejam elas naturais ou sintéticas, conhecidas como drogas, se confundem com a história do homem, perdendo-se na noite dos tempos, como se perde também a origem de nosso próprio planeta.

Em toda a história ela nunca foi vista como problema de saúde pública e interação nas sociedades em rituais religiosos, na medicina, nas festividades e como objeto de prazer. Essas substâncias eram produzidas e vendidas livremente, sem o estigma de imoral ou ilegal.

Atualmente, a produção, a variedade, o comércio e o uso dessas drogas têm aumentado gradativamente, fazendo com que se impute a essas substâncias psicoativas a responsabilidade por muitos dos problemas que a sociedade tem enfrentado, como a violência urbana, a formação de organizações criminosas e os males causados a saúde pública.

Entretanto, o que levou as drogas a categoria de inimiga da sociedade há mais de cem anos, tornando-as alvo de proibição mundial desde então? A resposta pode ser encontrada em condicionantes muito mais socioeconômicas, do que propriamente em um apelo para a garantia da saúde da população, como veremos a seguir.

A economia na época dos descobrimentos e das grandes navegações era regida principalmente pelas trocas de bens nas viagens marítimas entre os países. A China era uma grande produtora de seda, de porcelana e de chá. Este último despertava grande interesse na população inglesa, entretanto, os chineses não tinham interesse algum nos produtos europeus, o que acarretava um desequilíbrio na

balança comercial britânica. Mas, um produto chamava a atenção da população chinesa: o ópio.

O ópio é uma substância entorpecente extraída da planta chamada papoula. Cheirando a fumaça do suco de papoula solidificada obtém-se efeitos poderosos por encerrar numerosos alcaloides, entretanto é passível de causar dependência química em seus usuários. Essa droga era muito popular entre a população chinesa e a Inglaterra viu nisso uma grande oportunidade para equilibrar sua balança comercial. O ópio passou a ser cultivado nas Índias britânicas e traficados ilegalmente para a China.

Os ingleses realizavam grandes lucros com o fomento da produção de ópio na costa oriental da Índia e, especialmente com a exportação para a China, onde cerca de dois milhões de pessoas chegaram a se tornar ópiomanas e as vendas do ópio promovidas pela *East India Company*, chegaram a representar a sexta parte do total das rendas da Índia Britânica. (D'ELIA FILHO, 2007, p.77)

Entretanto, o imperador chinês resolveu acabar com esse comércio, uma vez que os carregamentos de ópio trazido das Índias pelos ingleses eram contrabandeados. Um carregamento dessa droga foi apreendido e destruído pelos chineses a mando de seu imperador, fato que causou indignação na rainha da Inglaterra, o que levou a uma declaração de guerra em 1839 por parte dos ingleses aos chineses.

A rainha da Inglaterra considerou uma "injustiça" contra os seus súditos e o parlamento inglês autorizou o envio de tropas para obter "reparações", culminando com a guerra vencida pela Inglaterra, que obtém, além de uma indenização, a cessão de Hong-Kong, para ali instalar sua base naval e comercial (...). (D'ELIA FILHO, 2007, p.77-78)

Uma segunda guerra ainda seria realizada entre os anos de 1856 e 1860, dessa vez com a França apoiando a causa Inglesa. O fundamento para esse conflito foi o mesmo da primeira: de um lado limitar o acesso da população chinesa a esses psicoativos, e, por outro, a manutenção do livre comércio. Inglaterra e França que hoje militam pela proibição, "impuseram pela força de armas a legalização do ópio no império oriental" (RODRIGUES, 2012, p. 23).

No entanto, os Estados Unidos, país interessado em frear o desenvolvimento econômico inglês, convocou as potências coloniais (Inglaterra, Alemanha, França, Holanda e Portugal), e representantes da China, em 1909, em Xangai, para traçar limites à produção e ao comércio de ópio e seus derivados. A

proposta americana visava restringir o uso de ópio apenas para uso médico (RODRIGUES, 2012).

Em 1912, uma nova convenção é realizada, em Haia, com o fim de ratificar a proibição do ópio, e, se possível, nada além disso. Segundo D'Elia Filho (2007), a iniciativa americana se limitava a um acordo internacional que se destinaria a salvar o povo chinês do vício, o governo chinês da colonização e o mercado chinês dos monopólios europeus, interrompendo as exportações anglo-indianas de ópio para a China e seus vizinhos.

A Inglaterra seria o país mais prejudicado com a proibição do ópio e condicionou sua participação na Convenção de Haia se incluíssem a cocaína, fazendo com que o ônus econômico recaísse também sobre outros países que comercializavam a cocaína na indústria farmacêutica. Apesar das resistências, o acordo foi aprovado dando início ao controle internacional das drogas.

Nos Estados Unidos a proibição das drogas passou longe dos propósitos iniciais de proteção à saúde pública, mas se revestiu da máscara ideológica e moral, fato que serviu para etiquetar e rotular movimentos políticos internos, selecionando e estereotipando classes consideradas perigosas à elite branca estadunidense, com o uso de determinadas drogas.

Os chineses, vindos em larga escala para trabalhar nas estradas de ferro no oeste dos EUA, trouxeram o hábito de fumar ópio e a esse psicoativo foram ferrenhamente associados. A maconha era considerada, em princípios do século XX, droga dos mexicanos, grupo visto pelos brancos estadunidenses como indolentes, preguiçosos e, por vezes, agressivos. Aos negros, parcela da população lançada em miseráveis condições de vida, atribuiu-se o uso da cocaína, prática que supostamente os tornava sexualmente agressivos. Por fim, o álcool era percebido como uma droga que era usada pela comunidade de imigrantes irlandeses. Nos quatro casos a mesma lógica: minorias e imigrantes, portavam comportamentos moralmente reprováveis que ameaçavam valores profundos nos EUA. Segundo Passetti (1991), Escotado (1998) e McAllister (2000), essas comunidades eram tidas pelo cidadão norte-americano, branco e de origem anglo-saxônica como entidades exógenas, estranhas e de hábitos perigosos, que traziam venenos e disputavam empregos com aqueles estabelecidos na América há gerações. (RODRIGUES, 2012, p. 26-27)

O “perigo” decorrente do uso de drogas era da mesma maneira identificado nas classes mais pobres e “perigosas” da sociedade. Dessa forma, o controle que já existia sobre essas pessoas apenas se intensificou com a proibição das drogas.

A reprovação moral americana às substâncias que causam alteração da função cerebral, alterando temporariamente a percepção que o usuário tem do mundo, levou esse país a dar mais um passo no caminho das proibições, dessa vez

a vítima seria o álcool. Em 1919, o controle da população perigosa aumentou com a aprovação da Lei Seca. Fato que culminou na primeira rede de traficantes, que se dedicavam a suprir o desejo por essa droga. A proibição foi incapaz de diminuir o consumo, mas foi a responsável direta pelo aumento da criminalidade nesse país.

Apesar desse breve recorte histórico, pode-se perceber que as condicionantes que levaram a proibição passaram muito mais por fatores econômicos e sociais, do que pela tutela do bem jurídico e saúde pública.

Na continuidade, um salto histórico será feito para a época presente, mas o entendimento sobre o assunto não ficará comprometido, haja vista que o fundamento para a proibição atual tem se mantido fiel as primeiras proibições, e o controle social também recai sobre as mesmas populações perigosas de outrora.

## 2 O PROCESSO SELETIVO DE CRIMINALIZAÇÃO NOS CRIMES DE TRÁFICO

No cenário mundial, o Brasil sempre figurou como coadjuvante seguindo a cartilha internacional de proibição. Como nos Estados Unidos, o movimento de criminalização de diversos psicoativos se intensifica no Brasil a partir do século XX, levando um olhar criminalizador e genocida àquele que é identificado como traficante, enquanto aos usuários, a falsa perspectiva médica.

Com a Lei 6.368/76, o Brasil adota o discurso jurídico-político belicista repressivo, de forma que o inimigo interno está definido na figura do traficante. Além disso, regulamenta o tratamento coercitivo para “recuperação” dos dependentes, independentemente de crime cometido.

A obrigatoriedade terapêutica aos drogaditos, a partir do entendimento da toxicod dependência como fator criminógeno revelador da intensa periculosidade social, determina a solidificação do discurso médico-jurídico sanitarista na medida em que (a) associa dependência-delito, (b) abandona a ideia de voluntariedade no tratamento, e, subliminarmente, (c) amplia as possibilidades de identificação do usuário como dependente. (CARVALHO, 2014, p. 78-79)

A última alteração legislativa ocorreu em 2006 com a aprovação da Lei 11.343/06, a Lei das Drogas, sendo revogada a Lei 6.368/76. Dentre as alterações presentes no novo diploma, se destacam duas, a descarcerização do porte para consumo próprio e o aumento da pena mínima nos delitos de tráfico.

A partir da alteração em relação ao porte para consumo, inúmeros autores têm se manifestado no sentido de que a nova Lei representaria avanço em direção ao

antiproibicionismo. Entendem que, por não haver mais previsão legal de pena privativa de liberdade para o delito, a lei estaria inovando em muito e alterando o cenário em matéria de política criminal de drogas no Brasil. (WEIGERT, 2010, p. 2)

Antes da promulgação da Lei 11.343/06, o usuário também era levado à prisão, mas agora o discurso médico-preventivo é o que prevalece. Em troca disso, os parlamentares decidiram aumentar o tempo de prisão do traficante, que era de 3(três) para 5 (cinco) anos a pena inicial. Após quase 10 (dez) anos dessa nova lei das drogas podemos notar os resultados da seguinte forma: o discurso médico contido nessa Lei foi deixado de lado pela justiça criminal, enquanto o traficante agora sofre punição mais severa e lota as penitenciárias.

Em 2005 o Brasil tinha 32.880 homens e mulheres presos por tráfico de drogas, o que representava 13% do total de presos no Brasil. Em 2013 são 146.276 homens e mulheres presas por tráfico de drogas, o que representa 27,2% de todos os indivíduos presos no sistema carcerário. (CAMPOS, 2015, p. 103)

Percebemos que houve um efeito reverso do pretendido, já que o discurso à época dizia que a nova lei reduziria o encarceramento, levando a questão para a esfera médica, mas, na prática o número de encarcerados pelos crimes de tráfico aumentou exponencialmente. Entre os presos estão predominantemente os afrodescendentes, desempregados e moradores de regiões periféricas, além de mães solteiras e de usuários que vendem a droga para sustentar seu próprio vício, ou seja, a classe “perigosa” da população brasileira, podendo-se afirmar que o combate as drogas é, na realidade, o meio utilizado para a segregação das camadas mais vulneráveis, que não atendem as demandas do capitalismo.

O processo seletivo de criminalização, nas lições de Zaffaroni e Batista, se dá em duas etapas, respectivamente, primária e secundária. Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. Enquanto a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas (2011, p. 43). A criminalização primária é realizada pelas agências políticas, sendo um ato formal, que será posto em prática pela secundária, que corresponde as agências policiais, juízes, advogados, etc.

A criminalização primária é um programa tão imenso que nunca e em nenhum país se pretendeu levá-lo a cabo em toda a sua extensão nem sequer em parcela considerável, porque é inimaginável. A disparidade entre a quantidade de conflitos criminalizados que realmente acontecem numa sociedade e aquela parcela que chega ao conhecimento das agências do sistema é tão grande e inevitável que seu escândalo

não logra ocultar-se na referência tecnicista a uma cifra oculta. (ZAFFARONI, *et al*, 2011, p. 43 - 44)

A seleção punitiva ocorre uma vez que é impossível, os agentes da criminalização secundária, processar e prender todas as pessoas que cometem delitos. Já que a inatividade acarretaria seu desaparecimento, a seleção é o único caminho viável.

A atual política criminal de combate as drogas, longe de eliminar o comércio dessas substâncias, acaba por reforçar e concentrar o grande negócio do tráfico nas mãos dos grandes grupos econômicos e financeiros. A seleção realizada pelo sistema penal tem como função a intervenção no mercado.

Os varejistas são retirados da competitividade do comércio ilegal, aumenta-se a corrupção na periferia e concentram-se os lucros do negócio ilícito junto as atividades legais, responsáveis pela lavagem do dinheiro obtido com o comércio das drogas proibidas. (D'ELIA FILHO, 2007, p. 25)

O ciclo, então, torna-se vicioso, quando o Estado escolhe como política a eliminação do varejista da droga, aquele que no momento seguinte a sua prisão, é colocado outro no mesmo lugar. Por outro lado, o sistema financeiro trata de lavar o dinheiro recebido pelos verdadeiros traficantes, aqueles que têm o poder de prevaricar, corromper e se organiza.

Compreendidas as relações entre a proibição das drogas e os escolhidos para responder por este crime, na continuidade a análise da problemática da vulnerabilidade ainda maior das mulheres quando de sua criminalização por esses crimes.

### **3 ENCARCERAMENTO FEMININO E O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS**

Por mais de três séculos nenhuma mulher ficou livre do empreendimento ideológico arquitetado no período medieval o qual, por meio de alianças entre os discursos jurídico, médico e teológico, favoreceu uma mentalidade de criminalização da mulher indesejável e de seu confinamento nos espaços privados como se por todo sempre ela tivesse pertencido a eles. A força desta ideologia se configurou na ausência, salvo referências tangenciais, de discursos criminológicos sobre a mulher por um longo período, que só voltaram a se ocupar da figura feminina, ou melhor, só “precisaram” se ocupar dela no início do século XIX.

As mulheres formam “parte de uma história que as conformam como mãe e esposas, de maneira que o matrimônio e a maternidade são esferas vitais que organizam os modos de vida feminino, independente da idade, da classe e da definição política ou religiosa.” Ser mãe, neste contexto, é uma condição invariável para que as mulheres alcancem a ‘congruência de gênero’.

Este discurso esteve no substrato de muitas “políticas” adotadas no tratamento de prostitutas, que se baseavam não só em preceitos “científicos” desta época, mas também no imaginário religioso pré-existente. A ideia da prostituta como um ser naturalmente portador de doenças venéreas, por exemplo, embasou a criação de leis, na maioria das vezes duvidosas sob o ponto de vista da eficiência sanitária, mas recorrentemente repressivas, e sempre aplicadas sobre as mulheres e nunca sobre os homens.

As estatísticas comprovam que a igualdade de gênero está longe de ser alcançada e que as diversas conquistas do movimento feminista, apesar de incontroversas, não foram suficientes para acabar com o imenso abismo de desigualdade social, econômica e cultural entre homens e mulheres.

Apesar de assumir responsabilidades iguais às dos homens, a inserção econômica das mulheres ainda é subalterna, e isto é evidenciado pelo fato de que no Brasil, por exemplo, elas enfrentam maiores dificuldades no mercado de trabalho e representam mais da metade da população de desempregados, além disso existe a desigual divisão dos afazeres domésticos, que acabam por colocar a mulher numa situação de dupla jornada.

O perfil mais presente nas penitenciárias femininas é justamente esse, por possuírem atividades precarizadas e mal remuneradas as mulheres que muitas vezes sustentam várias filhas sozinhas, em algum momento de fragilidade econômica acabam procurando meios ilícitos para se sustentarem, em sua maioria recorrem ao tráfico de drogas para ter uma renda.

É possível assegurar que o aumento da população penitenciária feminina tenha se dado no marco dos processos de empobrecimento e desemprego próprios da década de 90, que tiveram um impacto diferenciado nas mulheres e que coincidem com transformações das estruturas familiares que demandaram maiores responsabilidades às mulheres chefes de família. Estas situações, por sua vez, influenciaram a busca de novas estratégias de sobrevivência, especialmente para as mulheres mais pobres, que atravessam fronteiras entre atividades formais/informais e legais/ilícitas (GIACOMELLO, 2013).

O Direito Penal como um meio de manutenção das relações de poder existentes na sociedade atua como meio de reprodução da ordem estabelecida e busca controlar as condutas humanas e, entre elas, as condutas sexuais, garantindo,

desta forma, a conservação das instituições tradicionais que compõem a ordem social tal qual ela é estruturada, como por exemplo, a família que historicamente sustenta os ideais da moral e dos bons costumes em relação ao comportamento sexual humano. Neste campo, está a mulher como zeladora e mantenedora do lar, responsável pelos filhos.

O encarceramento feminino obedece a padrões de criminalidade muito distintos se comparados aos do público masculino. Enquanto 25% dos crimes pelos quais os homens respondem estão relacionados ao tráfico, para as mulheres essa proporção chega a 68%. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – IFOPEN, 2014, p. 30)

Afastados de um sistema social que não conhece sua existência no cotidiano, como consumidores ou em suas necessidades básicas de proteção, educação e trabalho, algumas mulheres, principalmente as mais jovens, escolheriam as atividades criminosas para se tornarem visíveis. O acesso de jovens de classes mais pobres brasileiras na rede do tráfico de drogas como estratégia de fuga da invisibilidade social e da falta do sentimento de pertencimento que marcam suas vidas tem sido debatido.

Como o tráfico é, incontestavelmente, reconhecido como uma atividade masculina, participar dele dá às mulheres traficantes a possibilidade de se distinguir de outras mulheres. Elas se tornam visíveis (diferentes de outras) ao exercerem tarefas reconhecidas como masculinas. A saída da invisibilidade, no caso das mulheres envolvidas no tráfico, se dá principalmente pela diferenciação, pela afirmação de um poder antes exclusivo dos homens e pelo reconhecimento externo desse poder.

O tráfico, como atividade organizada, reproduz o sistema hierárquico de gênero da sociedade mais ampla. Apesar do caráter subversivo, a ideologia tradicional de gênero é curiosamente refletida nas dinâmicas internas da rede do tráfico de drogas. A maior parte das mulheres encarceradas relata que cumprem quase sempre a mesma função dentro das organizações para o tráfico, como vendedoras nas bocas-de-fumo, posição de menos prestígio dentro dessa hierarquia. Há a tendência em apoiar o controle feminino em obrigar e adaptar essas mulheres a um modelo socialmente aceito para essa mulher.

O reducionismo dos argumentos que situam as mulheres ora como vítimas passivas, ora como indivíduos finalmente emancipados das amarras culturais e sociais, ignora a complexidade das trajetórias de mulheres envolvidas com a criminalidade. (BARCINSKI, 2016, p. 4)

Apesar do sofrimento acarretado pela associação com um parceiro criminoso, incluindo o seu potencial comportamento violento, a mulher deve permanecer ao seu lado, atendendo-o em suas necessidades, especialmente na circunstância do encarceramento. Mesmo quando mantém relações afetivas e sexuais com outras mulheres fora da prisão, o homem encarcerado tem o direito de cobrar fidelidade de sua parceira permanente.

Deve-se levar em conta que o grau de vulnerabilidade das mulheres pobres é maior, e que pesam tanto a necessidade própria de sustento, quanto a crescente necessidade de manutenção da família, fazendo com que as expectativas limitadas do futuro façam com que se priorize o presente com a possibilidade de ganhos mais "fáceis". Esta vulnerabilidade favorece sua seleção no sistema penal, pois o que parece ocorrer é a criminalização da pobreza agravada pela situação de gênero.

### **CONCLUSÃO**

A política de guerra às drogas pode ser vista como uma política de controle social, que desde suas origens, combina moralismo e repressão seletiva através da prática de políticas punitivas e intervenção sobre a vida de determinadas populações. No Brasil a lei de drogas parece contribuir para esta seleção, pois além de não diferenciar o tráfico do uso de drogas em situações concretas, também não diferencia as diversas categorias de comerciantes existentes no mercado ilícito.

Deve-se levar em conta que o grau de vulnerabilidade das mulheres pobres é maior, e que pesam tanto a necessidade própria de sustento, quanto a crescente necessidade de manutenção da família, fazendo com que as expectativas limitadas do futuro façam com que se priorize o presente com a possibilidade de ganhos mais "fáceis". Esta vulnerabilidade favorece sua seleção no sistema penal, pois o que parece ocorrer é a criminalização da pobreza agravada pela situação de gênero.

O que afronta gravemente os direitos humanos, haja vista o reconhecimento de direitos sociais como tal, que visa a garantir o amparo e a proteção social dos mais fracos e pobres (COMPARATO, 2010).

Consideramos que a ação de feminização da pobreza e a seletividade de gênero por crimes conectados às drogas têm íntima relação, pois está fortalecida neste conjunto tanto a condição vulnerável (de gênero e de classe social), além da relação envolvendo tráfico de drogas (e o espaço que a mulher ocupa nele), como a construção e manutenção do papel social feminino.

## REFERÊNCIAS

- BARCINSKI, Mariana; CÚNICO, Sabrina Daiana. Mulheres no tráfico de drogas, retratos da vitimização e do protagonismo feminino. **Dossiê mulheres e violências**, Porto Alegre: Civitas, v. 16, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/viewFile/22590/14414>>. Acesso em 25 mar. 2017.
- CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo**. Tese doutorado – Faculdade de Filosofia, Letras, Ciências e Humanas, Universidade de São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-31072015-151308/pt-br.php>>. Acesso em: 05 jun. 2017.
- CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- GIACOMELLO, Corina (2013). Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina. **Documento Informativo do IDCP**. Disponível em: <<http://idpc.net/es/publications/2013/11/mujeres-delitos-de-drogas-y-sistemas-penitenciarios-en-america-latina>>. Acesso em: 15 mai. 2017.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – Relatório do INFOPEN – Mulheres (2014). Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017.
- RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico – uma guerra na guerra**. São Paulo: Desatino, 2012.
- WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. **Uso de drogas e sistema penal: entre o proibicionismo e a redução de danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; *et al.* **Direito penal brasileiro**. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

---

# ALTERNATIVAS PARA A POTENCIALIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

---

**Antônio César Bochenek<sup>1</sup>**

**Nathan Barros Osipe<sup>2</sup>**

**Rogério Cangussu Dantas Cachichi<sup>3</sup>**

## **1 CONCEITOS E CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO ACESSO AOS DIREITOS E À JUSTIÇA**

Antes de ingressar no tema de fundo é relevante escrever sobre os conceitos e terminologias do acesso aos direitos e à justiça, devido à elasticidade e as variações do tema.

De pronto é possível dizer que a expressão “acesso aos direitos e à justiça” não é redundante. Para Duarte, o acesso aos direitos é, sem dúvida, mais amplo do que acesso à justiça, já que engloba também o direito a informação,<sup>4</sup> à consulta jurídica e ao patrocínio jurídico. Do acesso ao direito depende, em grande medida, o acesso à justiça, isto é, o recurso a um tribunal com a finalidade de obter dele uma decisão jurídica sobre uma questão juridicamente relevante (2007: 2). De fato, “como o acesso ao direito constitui um estágio pré-judiciário (ou para-judiciário) somente a sua realização e eficácia garantirão uma via judiciária ou um direito à justiça em

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito. Juiz Federal da Subseção Judiciária de Ponta Grossa/PR. Ex-Presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil - AJUFE.

<sup>2</sup> Mestre em Direito. Servidor da Justiça Federal de Primeiro Grau no Paraná. Professor de Direito Previdenciário na UENP (Jacarezinho) e no curso de Direito da FANORPI (Santo Antonio da Platina). Leciona ainda Direito Previdenciário e Direito Processual Civil nos cursos de Pós-Graduação do Univem (Marília), Unoeste (Presidente Prudente) e Projuris (Ourinhos).

<sup>3</sup> Membro do Grupo de Pesquisas (GT) Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP); GPCERTOS - Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais (UENP); e Lógica, tempo e linguagem natural (UEL); Especialista em Direito pela PUC/SP e licenciado em Filosofia pela UEL; Juiz Federal da Subseção Judiciária de Jacarezinho/PR.

<sup>4</sup> O Estado tem a obrigação legal de dispor de meios necessários para garantir o acesso em condições igualitárias à informação pública. O direito à informação constitui uma ferramenta imprescindível para fazer efetivo o controle do cidadão das políticas públicas, ao tempo que contribui com a vigilância estatal do grau de efetividade dessas políticas a eventual afetação de direitos dos cidadãos.

pleno pé de igualdade” (Alegre, 1989: 10). Então, de que adianta ter direitos se não houver meios adequados de exercê-los e reivindicá-los? A resposta ou as respostas são a chave do campo de estudo do tema do acesso à justiça.

À vagueza do termo acesso à justiça, notabilizada pelos estudos acadêmicos, é atribuído um duplo sentido (Rodrigues, 1994: 29). No primeiro, a “justiça” recebe o mesmo sentido e conteúdo de judiciário, portanto são sinônimos “acesso à justiça” e “acesso ao judiciário”. No segundo, de conteúdo axiológico de “justiça”, interpreta o acesso a ela como o ingresso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. O segundo engloba o primeiro, ou seja, não está restrito ao acesso aos tribunais.

Numa primeira acepção, segundo Robles (2010), a justiça estaria referida ao conjunto de instituições, procedimentos e operadores, que intervêm na dinâmica da resolução de conflitos legais dentro do aparato jurídico formal: “acesso à administração da justiça” e “acesso ao direito”, este último com referência exclusiva aos canais formais de resolução de conflitos. José Afonso da Silva (2000: 150) também concebia o acesso à justiça no sentido institucional que denota “o direito de buscar proteção judiciária”, ou seja, “o direito de recorrer ao judiciário em busca da solução de um conflito de interesses”.

Em sentido ampliado, se expande para a solução de litígios e transações fora dos tribunais. Sonia Boueiri (2004: 223) define acesso à justiça como “la igualdad de oportunidades para acceder a los recursos jurídicos - formales e informales – que generan, aplican o interpretan las leyes y regulaciones normativas con especial impacto en el bienestar social y económico des las personas”.

Um segundo critério de definição, de acordo com Robles (2010), relaciona-se com o itinerário que o cidadão comum percorre para alcançar a justiça no seu caso particular, desde o assessoramento legal, prestação jurisdicional gratuita, adaptação dos procedimentos. Implica em oferecer serviços que possibilitem chegar ao sistema judicial e permanecer por tempo razoável e necessário para a efetivação dos direitos. Trata-se de uma garantia formal de igualdade e o acesso deveria estender-se para todas as etapas que compõem a sequência dos procedimentos garantidores do efetivo acesso. Outro ponto de vista é o subjetivo, de como o sujeito se comporta em relação ao sistema justiça, ou seja, a forma como ele compreende as ações dos sistemas judiciais e a sua capacidade de aceder à justiça. Acrescente-se que as ausências e invisibilidades produzidas no meio social refletem omissões ou ações produzidas constantemente ou até mesmo inconscientemente que atingem direitos e propiciam desigualdades.

Para Veronese (1994) a temática do acesso à justiça está intimamente ligada à noção de justiça social, sendo o principal canal de ligação entre o processo civil e a justiça social (Marinoni, 2000: 25), e a desmistificação da neutralidade

ideológica e científica do juiz (Souza, 2008) e do processualista. Rodrigues (1994: 15) defende um judiciário “axiologicamente em sintonia com a sociedade na qual está inserido e adequadamente estruturado para atender as demandas que se lhe apresentam”. Na mesma linha de intelecção Watanabe (1988).

Ainda, é forte a corrente que entende que os direitos humanos constituem um novo paradigma de igualdade em dignidade e direitos frente a todo tipo de discriminação. Para Ferrajoli (1995: 29-49), realizar a democracia, levar a sério os direitos fundamentais tal como são solenemente proclamados nas nossas constituições e nas declarações internacionais, “quer dizer hoje pôr fim a esse grande *apartheid* que exclui da sua fruição quatro quintos do gênero humano”.

Ao lado dessas e outras terminologias e conceituações é preciso compreender a dinâmica e a mutabilidade do conceito de acesso à justiça, ao longo do tempo, que recebeu o incremento e o reconhecimento de direitos, ainda que de forma escalonada.

No plano histórico, o conceito teórico de acesso à justiça evoluiu seguindo caminho paralelo ao da própria evolução dos direitos fundamentais. Nos Estados liberais “burgueses” dos séculos XVIII e XIX, prevaleciam os direitos de defesa e de liberdade, e recorria ao judiciário quem pudesse arcar com o ônus financeiro. O direito de acesso à justiça ou, mais concretamente, à jurisdição, era limitado, ao que formalmente possuíam as pessoas (caráter patrimonialista).<sup>5</sup> Os procedimentos adotados para solução dos litígios refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos então vigentes (Cappelletti e Bryant, 1988: 9).

No período republicano brasileiro, durante boa parte do século XX, a noção de acesso à justiça teve um caráter “caritativo”, “de favor prestado aos pobres” e exclusivamente no campo da litigância processual, especialmente na área penal, retratando o ideário liberal (isonomia meramente formal), com raras exceções no direito trabalhista (Abreu, 2008: 139-140).

No decorrer do século XX, a questão do acesso ganhou destaque com o surgimento de novos direitos sociais e o surgimento de constituições dirigentes. O período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial e a eclosão, nas constituições das democracias ocidentais, dos “novos direitos”, propiciou a expansão do acesso à justiça. A Europa e os Estados Unidos procederam às reformas legais e implantaram programas de apoio ao cidadão e de transformação das profissões jurídicas com o objetivo de facilitarem o acesso ao direito e à justiça. Santos *et. at.* (1996: 488-491) enumera algumas reformas desse período. Consoante o estudo realizado pelos

---

<sup>5</sup> O patrimonialismo, numa óptica weberiana, é interpretado por Wolkmer, “como um tipo de dominação tradicional em que não se diferenciam as esferas do público e do privado, caracterizando-se pela utilização do poder público em favor e como exclusividade de um estrato social” (Abreu, 2008: 118).

autores podemos apontar três grandes linhas de reforma: o apoio judiciário aos cidadãos de menores rendimentos,<sup>6</sup> a proteção dos interesses difusos e a resolução alternativa de conflitos. Atualmente há uma forte integração entre as três fases e também a criação de novos métodos de acesso ao direito e à justiça.

No contexto mundial, a segunda metade do último século foi marcada pela afirmação de regimes constitucionais e democráticos, principalmente nos países ocidentais, e também pela significativa integração das classes trabalhadoras no mercado de consumo e a defesa de direitos e interesses difusos e coletivos. A consequência imediata foi o acréscimo de novos direitos nos documentos legislativos e a expectativa das pessoas em concretizá-los. Modernamente, exige-se também uma prestação positiva do Estado para assegurar um padrão mínimo de qualidade e efetividade da prestação jurisdicional, além do acesso indiscriminado (Arruda, 2006: 68).

Até a década de 80 do século passado eram escassos os registros teóricos e práticos sobre a evolução do acesso aos direitos e à justiça na sociedade brasileira e latino-americana, pois nesse período de predomínio dos regimes autoritários, prevaleceu o interesse das elites, as desigualdades sociais extremadas e a visão normativista, positivista e dogmática do direito e dos operadores dos sistemas judiciais.

A partir das observações é fácil constatar que na Europa, a expansão do Estado Social ou Estado Providência foi maior do que na América Latina, em que a concretização dos direitos sociais não ocorreram da mesma forma e tempo, também devido aos atrasos e as ausências de políticas públicas estatais, ainda, até hoje, não implementadas satisfatória e adequadamente.

Um recente marco divisor no estudo do tema do acesso aos direitos e à justiça, nas sociedades latino-americana, ocorreu com as ondas redemocratizantes e os direitos assegurados pelas novas Constituições, que impulsionaram o avanço no tema do acesso. A concretização, ainda que lenta e gradualmente, elevou o direito ao acesso ao patamar superior da escala enquanto direito fundamental, cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos ou desprovidos de mecanismos que fizessem impor e concretizar os direitos fundamentais, esses passariam a meras declarações políticas de caráter estritamente simbólico (Neves, 2007), destituídas de sentido e “de conteúdo e função mistificadores” (Santos *et al.*, 1996: 486). Santos, aponta que estamos “numa sociedade que, por um lado, tem

---

<sup>6</sup> A reforma de apoio judiciário aos cidadãos de menores rendimentos começou nos EUA, em 1965, com o *Legal Service of Economic Opportunity* (OEO). Em 1972, a França substituiu o seu sistema de apoio judiciário do século XIX, baseado em serviços gratuitos prestados pela Ordem dos Advogados. Em maio de 1972, a Suécia implementa o novo programa. Dois meses mais tarde, o *English Legal Advice Assistance Act*, expandiu a rede inglesa de 1949, sobretudo na vertente da informação jurídica.

consagrado constitucionalmente um vasto catálogo de direitos, mas que, por outro, é uma sociedade muito injusta e habituada à impunidade das violações mais grosseiras dos direitos humanos” (2007: 115).

Na Europa ocidental e nos EUA, a problemática do acesso ao direito e à justiça, em parte, situa-se na questão do acesso das minorias à justiça e ao reconhecimento de direitos, tais quais os direitos dos homossexuais, das mulheres, dos estrangeiros, entre outros.<sup>7</sup> Nesses países a questão da acessibilidade à justiça relaciona-se principalmente ao reconhecimento de novos direitos, à expansão da cidadania e sua prática.

Na América Latina e no Brasil, há uma realidade de desigualdades e exclusões bastante diferenciada, rodeada pela miséria e pobreza, de maneira que não basta a mera reprodução de um campo de investigação científica numa realidade em que se procedem fatores sociais simplesmente estranhos aos fatores de onde advém a investigação quanto ao acesso à justiça. A diferença primordial em relação à América Latina, quando comparada a Europa e EUA, quanto a obstrução do acesso ao direito e à justiça, não reside somente nas minorias, mas principalmente nas maiorias discriminadas. Acrescente-se ao cenário as reivindicações de reconhecimento das diversas minorias dentro da grande maioria excluída economicamente.

Na seara internacional, nos últimos anos, tem aumentado gradativamente os meios de acesso às cortes e aos tribunais internacionais, principalmente na defesa de direitos humanos. A inserção dos direitos humanos na pauta política dos Estados promoveu a integração do elemento humano no Estado. Para Dobrowolski (1998: 9) os direitos humanos ou fundamentais “constituem a síntese de um sistema cultural e indica bens ou valores que aquele privilegia e cuja realização a comunidade intenta efetivar”. Não se podem ignorar as influências internas e externas sofridas pelo sistema que condicionam os direitos humanos, contudo um núcleo mínimo de direitos humanos e a avaliação crítica sobre as influências externas, principalmente quanto à imposição da cultura ocidental pelo mundo, representam um avanço relevante na comunidade internacional.

Uma prova do início da mudança de paradigma, relatada por Piovesan (2002: 275), é uma das grandes conquistas ocorridas na evolução da proteção dos direitos humanos pelo acesso dos indivíduos às instâncias internacionais de proteção, bem como o reconhecimento de sua capacidade processual internacional nos casos de violação desses direitos.

---

<sup>7</sup> Ver, por exemplo, os temas de investigação sobre justiça global no Centro de Estudos Sociais. Disponível em <http://www.ces.uc.pt/e-cadernos/pages/pt/numeros/09--2010---desafios-aos-direitos-humanos-e-a-justica-global.php>.

Em que pese a evolução da previsão dos direitos nos instrumentos legislativos, para a maior parte da população, os tribunais seguem sendo lugares a serem evitados, por razões variáveis segundo os países (Friedman e Perdomo, 2003: 19). É preciso investigar os motivos que impedem o pleno e adequado funcionamento dos sistemas de justiça e a efetiva concretização do direito de acesso à justiça.

A contribuição inicial da sociologia consistiu em investigar sistemática e empiricamente os obstáculos, dificuldades e barreiras ao acesso efetivo à justiça, principalmente apoiados em três principais tipos de obstáculos: econômico, social e cultural. Estão principalmente ligadas aos custos da litigação, à morosidade/celeridade dos processos, ao reconhecimento dos direitos e da juridicidade das questões, à desconfiança perante a instituição judiciária e dos formalismos.

Cappelletti e Garth (1978) traçaram a evolução do conceito teórico, estabeleceram os obstáculos e propuseram soluções práticas para os problemas do acesso à justiça, além de terem estabelecido as tendências, limitações e riscos. Os autores constataram que nas sociedades capitalistas, em geral, os custos do processo judicial eram elevados e que a relação entre o valor da causa e o custo da sua litigação aumentava à medida que baixava o valor da causa, ou seja, o acesso à justiça era limitado por obstáculos econômicos, além de ser cara, a justiça é proporcionalmente mais cara para os menos abastados (1978: 10-20) pela “dupla vitimização das classes populares face à administração da justiça” (Santos, 1994: 147). Às vezes, a “vitimização é tripla” considerando que a lentidão pode ser convertida em adicional econômico e proporcionalmente mais gravosa para aqueles que detêm menos recursos.

No final dos anos setenta, Cappelletti e Garth (1978) propuseram duas formas de análise do tema do acesso ao direito e à justiça. Em sentido restrito, a identificação do acesso ao direito e à justiça com a igualdade no acesso ao sistema judicial e/ou à representação por advogado num litígio, ou seja, acessível em níveis de igualdade a todos os cidadãos, independentemente da sua classe social, raça, sexo, etnia, religião ou orientação sexual. O segundo, em sentido amplo, objetiva chegar a resultados individualmente e socialmente justos, relativos à garantia de efetividade dos direitos. Este último, mais amplo que o anterior, utiliza uma gama mais vasta de instrumentos jurídicos não restritos apenas ao sistema judicial. A compreensão da dimensão do acesso à justiça não se restringe somente a possibilidade de uma pessoa estar num tribunal, mas também compreende a prestação de informações e do conhecimento sobre os direitos, bem com uma resposta efetiva e justa por meio de uma decisão, que não lhe cause outros prejuízos.

Para Cappelletti, na década de setenta, três ondas renovatórias de acesso à justiça despontavam: primeira, a assistência judiciária gratuita destinada principalmente àqueles que mais carecem de favorecimentos legais para litigarem em paridade de condições com litigantes afortunados, ou seja, não basta ter advogado ou defensor à disposição, mas é necessário amparar com condições igualitárias; segundo, representação em juízo de direitos difusos e coletivos, pois o processo entre duas partes é o reflexo do individualismo como marca registrada de concepções liberais nas ciências jurídicas; e, terceiro, enfoque novo e mais amplo que as duas concepções anteriores, além de procurar aplicá-las sem restrições. A leitura dos escritos sobre o acesso aos direitos e à justiça no Brasil e na América Latina revela que as preocupações externadas por Cappelletti ainda estão presentes, mesmo que em graus diferenciados.

Os obstáculos sociais e culturais também são expressos em pesquisas empíricas. Sérgio Adorno explicita que no cômputo geral, infratores negros são quantitativamente menos punidos do que cidadãos brancos, mas a punição de um réu negro é quantitativamente superior à de um réu branco (Sadek, 1995).

Os obstáculos sociais e culturais ao efetivo acesso à justiça por parte das classes populares revelaram que a distância das pessoas e da sociedade em relação à administração da justiça é maior quanto mais baixo é o estrato social a que pertencem (Santos, 1994: 148). As pessoas com menores recursos tendem a conhecer menos os seus direitos e apresentam maior dificuldade em reconhecer um problema que os afeta como um problema jurídico, por ignorarem os direitos ou as formas de reparação e garantia desses direitos.

A concepção de que o acesso é apenas a oportunidade de disponibilizar meios de ingresso ao sistema judicial, por intermédio do ajuizamento de demandas, está ultrapassada. Há dimensões prévias (que antecedem o ajuizamento de uma ação e atuam na prevenção dos litígios ou na adequada preparação para a solução dos litígios, seja pela via judicial, seja extrajudicial) e posteriores (após o ajuizamento até a conclusão do processo e, ainda, podendo haver repercussões até a efetiva realização ou não do direito).

Em relação à dimensão prévia ou anterior ao ajuizamento da demanda, Porto (2007) propõe que seria mais coerente não estudar as propostas legislativas de mudanças processuais, mas “estudar políticas públicas que promovam a acessibilidade, a justiça social, a garantia dos direitos deixando, assim, de lado a necessidade de judicializar todos os problemas sociais”, promovendo pesquisas sobre novas demandas, novos sujeitos coletivos, novos movimentos sociais e o que tudo isso implica para a concretização do direito.

Em relação às dimensões posteriores ao ajuizamento da ação é necessária a atenção da administração da justiça na condução dos processos judiciais no

sentido de apresentar uma resposta rápida e menos onerosa àqueles que submetem seus conflitos ao sistema estatal de resolução. A administração da justiça exerce um papel fundamental para atingir esses objetivos, porém a sua responsabilidade não é exclusiva e depende de um conjunto de fatores, inclusive da ação ou omissão dos operadores jurídicos.

No campo normativo, o direito de acesso ao direito e à justiça é uma garantia irrefutável e consensualmente aceita como um dever dos Estados democráticos para com os seus cidadãos. É um primado básico de uma sociedade democrática e do Estado de direito constitucional. É um direito fundamental absoluto, excepcionalmente relativizado, quando em confronto com outro direito ou liberdade fundamental constitucionalmente protegido.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988: 11-12) entendem que, “o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais”, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, “ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

Assim, o direito de acesso aos direitos e à justiça é um direito humano fundamental consagrado nos instrumentos normativos como na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), na Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (1969) e, mais recentemente, na Carta Mundial do Direito à Cidade (2005). Da mesma forma, no Brasil, a Constituição 1988 é rica em preceitos que visam favorecer o acesso à justiça.

O efetivo acesso ao direito e à justiça, como defendem Erdman e de Leval (2004), deve ser visto não apenas sob o espectro material (previsão no ordenamento jurídico), mas sob o ângulo intelectual, o do conhecimento e da compreensão do direito. No entanto, o mundo do direito e da justiça continua a ser desconhecido por muitos, e as falhas de comunicação e informação redundam em falhas de acessibilidade ao direito e à justiça, que extirpam os espaços de participação da cidadania e revelam debilidades no sistema democrático.

O judiciário tradicionalmente incorporou uma concepção de cidadania regulada pelo Estado, pela legislação estatal (Sadek, 1995). Contudo, cada vez mais o debate jurídico toma contato com a cidadania desregulada, uma cidadania que se constrói à margem do direito estatal, ou que se esforça para obter a garantia de direitos por caminhos que nem sempre se ajustam exatamente àquilo que está literalmente escrito no direito estatal. As sociedades pluralistas e democráticas navegam por vias que rompem com o formalismo e o tradicionalismo impregnado na

legislação e no direito estatal e avançam por espaços anteriormente discriminados no meio social. Há também o surgimento de novas arenas de conflito, que vão muito além dos conflitos tradicionais entre capital e trabalho ou no conflito do direito de família. A nova concepção de acesso ao direito e à justiça passa pelas novas formas de construção da cidadania não restrita a percepção estatal, para dar atenção ao aperfeiçoamento e sintonização das formas de acesso com a realidade social. São soluções construídas ao longo do tempo, potencializadas nos últimos anos, que apresentam arestas de difícil composição sobre as quais o presente trabalho visa refletir, tendo em vista o aperfeiçoamento do sistema de acesso ao direito e à justiça.

O exercício de uma cidadania ativa, participativa e democrática pressupõe a interiorização e o uso de direitos por parte de todas as pessoas, e visa à concretização efetiva dos mesmos na sociedade por intermédio de uma adequação do sistema judicial à sua defesa. Emergem duas considerações relevantes. Primeira, não se pode mais conceber o direito adstrito às condicionantes impostas pelas elites<sup>8</sup> ou a eficácia simbólica dos atos normativos, mas a igualdade de oportunidades efetiva com respeito e reconhecimento às diferenças (muitas vezes a igualdade efetiva pressupõe a desigualdade no trato das relações para se alcançar a igualdade). Segunda, as barreiras que se colocam ao acesso ao direito e à justiça acabam por ser, também, barreiras ao exercício de uma cidadania ativa e ao funcionamento democrático de uma sociedade (Pedroso *et al.*, 2003).

Há uma relação direta entre a participação ativa de cidadania e as formas de acesso aos direitos e à justiça com influência direta na credibilidade e legitimação social dos tribunais. Aquele que participa acaba por conhecer melhor e cuidará de divulgar ao segmento social a que pertence aquilo que ocorre no sistema judicial. A participação ativa envolve as pessoas que são responsáveis pela construção e reconstrução do sistema judicial. Os participantes sentem-se responsáveis no processo de tomada de decisão. Entretanto, a participação efetiva no judiciário requer a presença de componentes prévios: informação, compreensão e conscientização sobre as instituições, procedimentos, funcionamento do sistema judicial e, sobretudo, os direitos e a forma de acessá-los (Guarnieri e Pederzoli, 2002: 99). Desse modo, o acesso aos direitos e à justiça atua como um mecanismo de participação na esfera política na medida em que substitui ou complementa a deterioração de outros meios institucionais próprios do jogo democrático (Abramovich, 2006).

---

<sup>8</sup> Fazendo denúncia virulenta contra a estatização dos padrões de justiça, Roberto Aguiar (1987, 17) apontou que “ademais, a idéia de justiça dos dominantes tem a característica de se tornar tradição na medida em que se cristaliza no direito oficial vigente nas sociedades repressoras e opressoras”. Em condições mais extremas, uma situação de geral dependência e de insegurança que produz o temor de represálias se se recorrer aos tribunais (Santos *et al.*, 1996: 487) com afetação direta no sistema de acesso ao direito e à justiça.

## 2 AS INSTITUIÇÕES ESTATAIS, A SOCIEDADE ATUAL E O ACESSO À JUSTIÇA

Neste tópico, aborda-se o tema do acesso aos direitos e à justiça a partir das instituições estatais constituídas, no intuito de compreender de que forma o judiciário, executivo e legislativo contribuem ou dificultam o aperfeiçoamento do sistema de acesso. A abordagem aqui referida dá-se a partir do Estado para a sociedade, ou seja, como as instituições têm-se portado em relação ao acesso aos direitos e à justiça.

Trata-se de um enfoque participativo de construção do processo deliberativo de baixo para cima, sem exclusão, e não uma imposição de cima para baixo, de poucos para todos, dos tribunais para o povo. Nesse domínio, destaca-se o pensamento de Santos (2007: 57), de que a ideia central é a construção de uma justiça democrática de proximidade, em que os agentes e estruturas estatais estejam presentes na vida das pessoas, ofereçam credibilidade e auxiliem na prevenção de litígios, sem contar o papel estimulador para a resolução de conflitos por outros meios extrajudiciais.

Contudo, a vertente ainda predominante no debate público e político sobre o acesso ao direito e à justiça é o enfoque de como aperfeiçoar o modelo existente de administração da justiça. Sob essa ótica, a literatura tem discutido o elitismo e a ineficiência do aparelho judiciário, e, recentemente, a nova onda é a aplicação de conceitos de gestão, de choque de gestão no judiciário. Nessa senda, a ênfase do acesso aos direitos e à justiça não recai sobre a justiça, mas sim sobre o judiciário e os meios de gerenciamento e administração dos sistemas judiciais (criação de novas varas, contratação de mais auxiliares dos juízes, oferta de novas formas de prestação jurisdicional, remuneração, revisão do direito processual, aplicação de conceitos de gestão e informatização do processo judicial). Entre as reformas pouco se fala sobre a mudança de concepção de acesso e de justiça.

O Estado ainda se alvoroça do privilégio do monopólio da administração da justiça, ou seja, somente a justiça estatal, prestada por juízes, promotores e advogados é legitimada no meio social. A redução, amparada nos próprios instrumentos legislativos, limita sensivelmente a concepção de acesso aos direitos e à justiça aos parâmetros pré-estabelecidos e arraigados nas fileiras estatais. Portanto, na concepção ainda predominante, o acesso à justiça se confunde com o acesso ao judiciário.

A quem interessa a manutenção do monopólio da administração da justiça? Joaquim Falcão enumera três pontos. Em primeiro lugar, a manutenção dos nichos de poder das classes que integram os sistemas de justiça e estatal. Na pesquisa empírica do IDESP, os juízes disseram que a segunda entre as causas de morosidade da justiça é o interesse dos advogados, a primeira é o alto número de recursos (Sadek, 1995: 20). As reformas pactuadas entre os profissionais da área

jurídica interessados em manter o modelo atual normalmente não levam em conta a participação da sociedade, nem de todas as outras áreas do conhecimento, mas apenas aparam arestas insustentáveis diante dos avanços sociais, ou seja, uma “maquiagem”, quando não um “retoque de maquiagem”, para encobrir aquilo que não mais se sustenta ou legitima apenas pela força simbólica do ato normativo. As reformas corriqueiramente não atingem os objetivos de justiça, mas apenas acertam e reordenam os jogos de interesse. Segundo, a dimensão técnico-jurídica ou doutrinária que restringe aos profissionais um conjunto de preceitos, instituições e procedimentos que se apresenta como fala dos doutos com a intenção implícita de dificultar a compressão do sistema pelo leigo. O agir desse modo garante a “reserva de mercado” com características capitalistas tanto quanto a própria expressão designa. Em terceiro, o pacto entre os três poderes em atribuir e restringir o poder sob o manto do controle de freios e contrapesos. O jogo do poder fica restrito entre eles, e reforça, portanto, a concepção de monopólio estatal.

Por outro lado, as instituições são marcadas por fortes resquícios de conservadorismo e tradicionalismo com o objetivo de manter as estruturas de poder. O poder arcaico e arbitrário, enclausurado nos tribunais, dificulta o avanço e a modernização das formas de acesso aos direitos e à justiça, além de contribuir para a manutenção de nichos de poder que atrapalham o adequado funcionamento dos sistemas judiciais.

O monopólio da jurisdição em que cabe ao judiciário a última palavra em matéria de direito não se sustenta mais nas sociedades contemporâneas. Há vida em abundância para além da ficção estatal e o reducionismo operado pelas sociedades capitalistas ocidentais impede e restringe os ideais democráticos. A insustentabilidade do monopólio cede espaço para os próprios sistemas judiciais, por reformas legislativas ou inovações de seus agentes, apresentarem medidas para reduzir os litígios e evitar que o sistema fique sobrecarregado, por exemplo, por meio da criação de mecanismos alternativos de resolução de conflito (Guarnieri e Pederzoli, 2002: 99). A adjudicação total à solução dada pela autoridade investida de poder estatal abre espaços para outras técnicas de resolução de conflitos (negociação, mediação, conciliação e arbitragem) que oferecem determinadas vantagens quando aplicadas a determinados tipos de conflitos. No caso brasileiro, grande parte dessas técnicas foi implantada pelos tribunais em observância ao escopo legislativo, enquanto que em outros países, em maior proporção, a utilização se dá de modo independente e complementar ao sistema judicial.

Não há justificativa razoável para que todo e qualquer conflito tenha que necessariamente adentrar a justiça estatal. A redução do direito apenas aos normativos escritos oriundos do aparato estatal é posta em causa na sociedade contemporânea. É oportuna a distinção apontada por Arnaud e Dulce (2006: 287-301) de que existem alternativas à solução de conflitos dentro do marco do direito

estatal e também fora do mesmo e, finalmente, ainda há conjuntos normativos jurídicos paralelos, os quais solucionam conflitos de modo mais adequado e menos traumático e custoso, ou seja, com melhores resultados. No mesmo sentido, Santos (1977, 1983 e 2000) e Wolkmer (1994).

Assim, o acesso à justiça apresenta um significado mais amplo do que acesso ao judiciário, constituído pelos e para os entes estatais. Acesso à justiça significa a possibilidade conjunta de três principais objetivos (Sadek, 2005: 280-281): de conhecer, compreender e reivindicar direitos; de ter a disposição e compreender que há diversos meios de solução pacífica de controvérsias que ameaçam ou impedem direitos; e a alta probabilidade de aceitar a decisão. Ao afastar a reserva de monopólio da jurisdição abre-se espaço para uma variada gama de recursos e entidades que se dedicam de forma exclusiva ou parcial em oferecer serviços antes exclusivos do judiciário. Numa sociedade democrática, espera-se que o Estado estimule e incentive a criação e a utilização de meios alternativos de resolução de conflitos a serem aplicados em cada caso de acordo com a maior virtude da pacificação social.<sup>9</sup>

Para além dos meios alternativos de resolução de conflitos, é comum na literatura a referência a “desjudicialização” (Guarnieri e Pederzoli, 2002: 104) de determinados tipos de conflitos. A desjudicialização é a retirada da atribuição exclusiva do judiciário para decidir determinado tipo de conflito social. Os motivos da desjudicialização estão ligados principalmente devido aos custos sociais e econômicos da litigação, reclamações por constantes atrasos na prestação jurisdicional e a existência de outros órgãos e instâncias que atendem aos serviços de forma mais adequada. Em geral, os conflitos desjudicializados prescindem de intervenções judiciais e são melhores solucionados, por outras vias. Uma revisão no sistema judicial certamente revelaria que muitos conflitos poderiam ser desjudicializados, sem contar os inúmeros casos em que o judiciário é chamado a intervir em questões de cunho administrativo.

O inadequado funcionamento do aparato estatal e as ações ou omissões dos seus agentes geram conflitos. A justiça federal brasileira, marcada pela presença de órgãos federais na relação processual, é um exemplo de que o próprio poder estatal é réu na maioria das demandas judiciais. Se o Estado gera demandas para ele mesmo resolver, por meio do judiciário, o primeiro ponto a ser investigado na

---

<sup>9</sup> Enquanto que nos modelos adversariais e processos heterocompositivos (arbitragem e julgamento) há sempre vencedores e vencidos (ganha/perde), nos modelos consensuais e processo autocompositivos (negociação, mediação e conciliação), buscam-se soluções vencedoras (ganha/ganha). Entre os meios alternativos de resolução de conflitos destaca-se a mediação que é uma técnica de resolução de conflitos, não adversarial, que sem imposições de sentenças ou de laudos, e com um profissional devidamente formado, auxilia as partes a acharem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo criativo em que as duas partes ganham (Vezzulla, 1995: 15).

questão do acesso aos direitos e à justiça são as formas de eliminação da criação de possíveis demandas, por parte do Estado. Ao que parece, este agir do Estado não é o esperado, pois é incoerente movimentar o judiciário para resolver questões que poderiam ser resolvidas pela via administrativa. A força de trabalho material e pessoal despedida pelo judiciário seria melhor aproveitada.

Sob essa ótica, o acesso não se resume ao aumento de demandas no judiciário, mas principalmente pela satisfação das pessoas em ter seus direitos assegurados diretamente pelo Estado, sem precisar recorrer a outro ente estatal, o judiciário. Esta é inclusive a missão do Estado, ou seja, atender aos seus cidadãos, não criar empecilhos e dificuldades para eles, por meio do desrespeito aos direitos.

Para diminuir os canais de acesso à justiça e, ao mesmo tempo, aumentar a qualidade e a efetividade da prestação jurisdicional, é preciso questionar como os poderes estatais têm conduzido o processo de resolução de litígios. O tratamento dado pelos poderes estatais com privilégio para a litigação individual em detrimento da resolução coletiva é inadequado. Há uma concentração funcional na micro-litigiosidade individual em detrimento da macro-litigiosidade social. A atomização dos direitos pela prevalência da litigação individual se trata de uma forma de resolução de conflitos ultrapassada nas sociedades contemporâneas de massa. A opção pela litigação individual, quando ausentes os mecanismos de tutela coletiva, dificulta o acesso à justiça. A tutela coletiva transcende a esfera individual, e a supera, clamando por legitimidade das suas lutas e dos seus pleitos, invertendo a lógica do interesse individual e sobrepondo a lógica do interesse social (Silveira, 2004: 200).

Em determinadas situações a intervenção judicial pode ser buscada pelos interessados somente para desenvolver outras frentes abertas com o objetivo de canalizar e viabilizar as demandas de instâncias administrativas ou órgãos legislativos do Estado (Abramovich, 2006: 77). Trata-se de intervenção judicial, apoiada em estratégias legais complementares, que partem de uma perspectiva de enfoque procedimental, no processo participativo de formação da deliberação, por meio de mecanismos que assegurem a igualdade de condições e ofereçam subsídios para a decisão compartilhada entre todos os interessados sobre assuntos políticos e públicos.

Não se trata de reclamação de uma prestação ou reparação típica de um direito (as partes não procuram que o judiciário conheça diretamente o conflito individual ou coletivo e garanta ou restabeleça um direito), nem se impugna diretamente uma política ou medida que afeta direitos, ao contrário, pretende garantir condições que fazem possíveis a adoção de processos deliberativos de produção de normas legislativas ou atos da administração (Abramovich, 2006: 77).

Esse modelo, de intervenção judicial difere das funções tradicionais e típicas do judiciário. O processo judicial serve de ponto de apoio para a ação de

incidência dos atores dos processos social ou político mais amplos e complexos (Abramovich, 2006: 82). Admitido o novo formato, é preciso pensar nas formas de acesso à justiça correspondentes.

No Brasil, um exemplo de participação popular pela via judicial são as ações propostas para o recebimento de medicamentos não incluídos nas listas oficiais de distribuição, consideradas as respectivas doenças. Essas questões estão sendo largamente debatidas no judiciário e influenciam as políticas públicas de distribuição gratuita de remédios, sendo que alguns medicamentos já foram incluídos nas listas e outros passaram a ser distribuídos para tipos de doenças para as quais anteriormente não havia previsão.

Aliás, a participação popular na formação das políticas públicas é tímida e, em regra, não incentivada pelos agentes de poder,<sup>10</sup> o que, somado ao perfil histórico de apatia, contribuiu para o aumento da participação, por meio da atuação do judiciário, nas demandas. A população é ausente ou omissa na participação na fase de escolhas e de planejamento das políticas públicas, mas se socorre do judiciário diante da necessidade particular, não mais vista como demanda social e sim individual e provoca de forma ativa a atuação do judiciário a fim de ver seus direitos sociais efetivamente garantidos ou prestados pelo Estado. O descompasso entre a vontade coletiva (políticas públicas) e a individual (pretensão em juízo) pode acarretar desigualdades sociais, uma vez que aqueles mais informados (independentemente do modo como conseguiram a informação), em regra, obtêm mais êxitos individuais em detrimento do coletivo.

O novo marco do acesso aos direitos e à justiça refere-se justamente à interface entre democracia e tribunais pela abertura de canais de acesso à justiça de modo a assegurar a participação mais ampla e irrestrita nas questões e deliberação públicas e políticas. O papel dos tribunais e do judiciário, nas sociedades contemporâneas democráticas, extrapola as funções típicas jurisdicionais e avança para uma posição de agente político mediador de situações públicas e políticas no intuito de promover a pacificação social por meio da utilização de ferramentas e mecanismos diversos que antecedem e previnem eventual litigação pela via judicial.

A participação popular, via processo judicial, significa a ampliação alargada do cânone democrático<sup>11</sup> e gera novos desafios à concretização equânime dos meios

---

<sup>10</sup> Como referiu Genro (2001: 17), as políticas "nacionais", que são aplicadas pelos governos neoliberais de cada país, organizam as funções do Estado de maneira que esse permaneça de acordo com as diretrizes do capital financeiro. São essas diretrizes que permitem uma acumulação cada vez maior, pelos grandes conglomerados financeiros do mundo, para que aquilo que eles chamam de "progresso" solidifique-se como característica da nova "ordem internacional": um "progresso com concentração de renda e poder".

<sup>11</sup> Cappelletti (1993), subscrevendo os argumentos de Shapiro, não reconhece que o executivo e o legislativo possam se comportar como instituições de vocalização da vontade popular, uma vez que, de

de acesso aos direitos e à justiça. O aumento de demandas judiciais e das formas de acesso à justiça viabiliza maior participação popular nos assuntos dos tribunais/judiciário e propicia uma sociedade mais democrática. Desse modo, o judiciário pode ser considerado o mais democrático entre os poderes (executivo e legislativo), pois a participação, direta ou indireta, influencia na tomada de deliberação, por meio da articulação de suas demandas judiciais, com reivindicações ou questionamentos sobre as decisões políticas, atreladas à expectativa legítima de receber um julgamento (Guarnieri e Pederzoli, 2002: 98).

### **3 UMA NOVA ABORDAGEM SOBRE O TRATAMENTO DO ACESSO AOS DIREITOS E À JUSTIÇA**

Neste tópico, busca-se ampliar os horizontes do estudo do acesso aos direitos e à justiça para além do que normalmente traz a literatura ocidental hegemônica e dominante. A partir das epistemologias do Sul (Santos, 2008: 11-43),<sup>12</sup> analisa-se o tema do acesso à justiça e aos direitos em relação aos grupos sociais marginalizados e excluídos, para incluir o máximo de experiências de conhecimentos possíveis.

A estrutura social brasileira e latino-americana é marcada por profundas desigualdades que, ao longo do tempo, se tornaram mais acentuadas e complexas. As decisões políticas e judiciais contribuíram perversamente na cristalização, quando não na exacerbação, das desigualdades. Elaine Botelho Junqueira (1996), ao longo de 1987, realizou uma pesquisa sobre as classes populares na crise da administração da justiça e analisou como a garantia meramente formal do direito de acesso à justiça correspondia a um alijamento da grande maioria da população do mundo jurídico.

---

fato, operariam como "complexa estrutura política em que grupos variados procuram vantagens, manobrando entre vários centros de poder (e) o que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria e sim, frequentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes".

<sup>12</sup> Para Santos (2008), a "epistemologia do Sul" visa à recuperação dos saberes e práticas dos grupos sociais que, por via do capitalismo e do colonialismo, foram histórica e sociologicamente postos na posição de ser tão só objeto ou matéria-prima dos saberes dominantes, considerados os únicos válidos. Os conceitos centrais da epistemologia do Sul são a sociologia das ausências, a sociologia das emergências, a ecologia de saberes, e a tradução intercultural. Não se trata verdadeiramente de uma epistemologia, mas antes de um conjunto de epistemologias. Ao contrário das epistemologias do Norte, as epistemologias do Sul procuram incluir o máximo das experiências de conhecimentos do mundo. Nelas cabem, assim, depois de reconfiguradas, as experiências de conhecimento do Norte. Abrem-se pontes insuspeitadas de intercomunicação, nomeadamente com as tradições ocidentais que foram marginalizadas, desacreditadas ou esquecidas pelo que no século XIX passou a vigorar como o cânone da ciência moderna.

Nos últimos anos, desde que os grupos sociais tradicionalmente alijados do acesso à justiça descobriram os caminhos dos tribunais, orientados por expectativas dificilmente amoldáveis às rotinas judiciais clássicas para utilizar de modo criativo os recursos processuais e explorar as novas possibilidades hermenêuticas facilitadas por normas abertas (programáticas ou de conceitos indeterminados), o judiciário é pressionado a dar respostas às demandas, bem como equacionar as questões e as fraturas do sistema de acesso à justiça (Faria, 2002: 295-296).

No Brasil, apesar dos avanços na área econômica e social, ainda grande parcela das pessoas não tem uma tradução concreta no seu cotidiano de todos os direitos reconhecidos pela Constituição. Esses setores socialmente marginalizados lutam e organizam-se no sentido de conquistar ou assegurar seus direitos de cidadania e encontram no Estado e suas instituições os principais entraves à realização de suas conquistas legais. A trajetória política do movimento de mulheres e do movimento negro do Brasil é ilustrativa dessas contradições (Sadek, 1995).

É relevante tomar visível os setores postos à margem da e pela sociedade, e conseqüentemente, os excluídos e os marginalizados também possam contar com o acesso aos direitos e à justiça. No exemplo brasileiro, não se trata de uma minoria, porque os marginalizados e excluídos são maioria, ou seja, as minorias, no que se refere ao reconhecimento dos seus direitos e no acesso à justiça são compostas da maior parte da população. Os mencionados grupos estão aí à mostra em escancarada nudez tornada invisível socialmente para não chocar: os sem-terra, os favelados, os presos, os negros, as prostitutas, os homossexuais, os economicamente frágeis, os menores infratores e abandonados, os índios, os idosos. Ainda, os grupos sociais atingidos são sociologicamente muito difusos e marcados por vulnerabilidades das mais diversas índoles (Santos *et al.*, 1996: 483), fatores que tornam mais difícil encontrar o nível e a intensidade das ausências e carências de acesso ao direito e à justiça.

A representação social e política dos interesses jurídicos e judiciários desses grupos sociais tende a ser muito complexa e precária, bem como acentuada quanto à mobilização social. A tutela coletiva dos direitos é frágil (Santos *et al.*, 1996: 483). As vítimas da exclusão, quando se deparam com uma situação de violação de seus direitos, são as pessoas que mais encontram dificuldades e entraves práticos para requer a prestação jurisdicional reparadora porque, desprovidas de informação e conscientização, muitas vezes sequer se apercebem que tiveram seus direitos violados, pois desconhecem que os possuem. Mesmo quando percebem a violação de seus direitos, por vezes não possuem condições financeiras para locomoverem-se até os locais destinados ao atendimento jurídico gratuito, não aparelhado, via de regra, para atuar nos grandes bolsões de pobreza.

Para que o acesso aos direitos e à justiça dos grupos sociais marginalizados seja efetivo, Santos (2007: 34-35) aponta que é preciso romper com a concepção liberal e individualista de direitos humanos e adotar uma concepção contra-hegemônica que pratique a indivisibilidade dos direitos humanos, permita a coexistência entre direitos individuais e coletivos, se paute tanto pela igualdade como pelo reconhecimento da diferença e sobretudo não se autocomplete em proclamações tão exaltantes quanto vazias.

A nova concepção atenta para pôr em prática as políticas sociais que atendam os grupos sociais marginalizados e que elevem os níveis de acesso aos direitos e à justiça como primado essencial na condução da vida social, não apenas restrito ao ajuizamento de uma demanda, mas sim para a efetivação de todos os direitos de modo menos oneroso e mais célere. Os primeiros passos estão sendo dados pela participação de pessoas em associações da sociedade civil que se organizam para levar as suas reivindicações e exigir do judiciário uma resposta aos conflitos muitas vezes ignorados, mas com potencial de revelar uma formação sensível aos problemas sociais.

Santos relaciona três dos principais exemplos de novas práticas ocorridas no Brasil. Primeiro, as promotoras legais populares (2007: 49-50), cuja metodologia consiste em socializar, articular e capacitar mulheres nas áreas do direito e justiça, nomeadamente no combate à discriminação de gênero. Segundo, as assessorias jurídicas universitárias populares (2007: 50-51) que avançam da clínica jurídica individualizada e totalmente despolitizada, para uma forma de assistência e assessoria jurídica atenta aos conflitos estruturais e de intervenção mais solidária e mais politizada (direitos da coletividade) em associações com movimentos sociais e organizações populares. Os estudantes atuam como protagonistas de seu processo de ensino e aprendizagem e tem uma práxis diferenciada, dialógica e multidisciplinar que servira de “gatilho pedagógico” (2007: 51). Terceiro, a advocacia popular (2007: 54-56), por toda a América Latina, orientada para os conflitos estruturais (violência, política, terra, recursos naturais) e por uma relação horizontal, não hierárquica, com os assistidos, a valorização do intercâmbio de saberes, voltados à emancipação e não para a dependência e subalternização. No Brasil, continua o autor, a advocacia popular está voltada, sobretudo, para a efetivação dos direitos coletivos, movimentos de luta pela moradia urbana e rural, dos indígenas, dos atingidos por barragens, dos aposentados e pensionistas da previdência social.

Ainda, os tradicionais instrumentos de acesso à justiça necessitam ser reestruturados por meio de outra cultura, principalmente no que se refere à consulta, orientação e assistência jurídica. É imprescindível o fortalecimento e o estímulo das defensorias públicas, ao contrário, do quadro atual de precariedade das defensorias públicas federal e estaduais (estrutura deficitária, quadros reduzidos, pouca utilização de ações coletivas). Entretanto, as defensorias públicas precisam estar

voltadas para a defesa dos menos favorecidos e pautadas pelas demandas deles e não por culturas burocráticas impostas de cima para baixo.

Outro ponto é o embate desproporcional entre litigantes habituais e eventuais, principalmente entre as partes econômica e socialmente prestigiadas e os litigantes individuais que não recorrem rotineiramente ao judiciário. Não raro, as violações aos direitos da população carente são protagonizadas pelos chamados litigantes habituais, como as grandes empresas e o próprio Estado, que geralmente gozam de ponderáveis vantagens em relação aos litigantes individuais, e por estas razões o uso indevido e inadequado do sistema judicial lhes é economicamente benéfico. Entre as vantagens dos litigantes habituais em relação aos indivíduos pertencentes aos grupos sociais marginalizados é possível citar: a) a maior experiência com o direito que possibilita um melhor planejamento das condutas a serem tomadas no decorrer do litígio judicial; b) implementação de rotinas que geram economia de escala; c) oportunidade de desenvolver relações informais (nem sempre probas) com os membros da instância decisória; d) possibilidade de diluir os riscos da demanda por um maior número de casos; e) possibilidade de testar estratégias processuais para determinados casos. Não são raros os casos em que os integrantes dos grupos marginalizados sucumbem em relação as vantagens dos litigantes habituais.

Além da exclusão desses grupos da ordem social constituída pelas regras estatais que as colocam em situações menos vantajosas quando procuram um tribunal, a relação de desigualdade afasta as pessoas do sistema estatal de resolução de conflitos pela resignação ou por formas de resolução de conflito que as confortam melhor. A realidade desses grupos está divorciada da prática do direito estatal e constituem, no ainda atual dizer de Boaventura de Sousa Santos (1977), uma nova ordem, “o direito de Pasárgada”<sup>13</sup>.

Ledo engano pensar que apenas as reformas no judiciário resolveriam o problema do acesso ao direito e à justiça das classes economicamente desfavorecidas e grupos marginalizados socialmente. Transfere-se ao judiciário, ou tenta-se transferir, mais do que ele pode resolver, pois o acesso ao direito e à justiça deve se dar inicialmente no sentido geral, a partir da eliminação das profundas desigualdades sociais (Barbosa, 1983: 61-62).

---

<sup>13</sup> Santos, na década de 70, realizou uma comparação entre o direito estatal oficial e a ordem jurídica paralela não oficial de uma favela no Rio de Janeiro (chamada de “Pasárgada”) e constatou pontos de ineficiência, contradição e dominação no direito estatal e a reação das comunidades menos favorecidas e relegadas da ação estatal, ao abdicar do direito oficial e adotar práticas menos formais, contudo mais voltadas no consenso e nas contingências destas comunidades. O direito e a justiça de Pasárgada embora pareçam mais rudimentares e ilegítimos, satisfazem mais dos que as diretrizes burocráticas e institucionalizadas da justiça convencional.

É relevante mencionar que as ações para minimizar as injustiças históricas e sociais praticadas às pessoas integrantes dos grupos minoritários são recentes e ainda não foram efetivadas de modo a cumprir o seu objetivo. Carmem Lúcia Antunes Rocha (1996: 86), atualmente ministra do Supremo Tribunal Federal, escreveu que em nenhum Estado democrático, até a década de 1960, e quase nenhum até o final do século XX, se preocuparam em promover a igualação e vencer os preconceitos. Os grupos minoritários continuam em estado de desalento jurídico em grande parte do mundo e são deixados às margens da convivência social e da experiência democrática, sem ter acesso às oportunidades iguais mínimas de reconhecimento, de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, inobstante as garantias previstas nos sistemas constitucionais e nos tratados internacionais da dignidade humana e liberdade para todos.<sup>14</sup>

Somam-se a esse cenário de luta e reivindicação para equalizar as partes envolvidas num litígio, ante a desigualdade social, os “dividendos sociais da produção de ignorantes especializados nas faculdades de direito” (Santos, 2007: 60). A reprodução não crítica dos conteúdos jurídicos quase nada contribui para a redução das desigualdades sociais, ao contrário, retroalimenta o sistema excludente e marginalizador. Santos (2007: 68) considera a formação dos operadores jurídicos como uma das reformas centrais dos sistemas de justiça, que influenciam diretamente no acesso à justiça. Uma nova formação voltada para as novas concepções de justiça e de acesso. Santos, ainda arisca, ciente de que pode cometer injustiças, fazer um retrato-robô do magistrado em Portugal, e acrescenta que não seria muito diferente esse retrato no Brasil: domínio de uma “cultura normativista, técnico-burocrática” e assente em três principais ideias: “a autonomia do direito”, a ideia de que o direito é um “fenômeno totalmente diferente de tudo o resto que ocorre na sociedade” e é autônomo em relação a essa sociedade; uma “concepção restrita” do que é esse direito ou do que são os autos aos quais o direito se aplica; e uma “concepção burocrática ou administrativa do processo”.

Dentro dessa nova concepção, também a legislação processual merece acurada análise. No embate entre acesso à justiça e direito processual não são raras as críticas às formulações de que a lei processual não ajuda ou colabora para o aprimoramento do acesso. A maior parte das leis são elaboradas sem os devidos estudos prévios nem posteriores a sua aplicação. A incoerência legislativa acarreta um cenário de leis contraditórias, carentes de realismo e unidade.

---

<sup>14</sup> Um alento sobre a situação dispare de tratamento das pessoas quanto ao acesso à justiça ocorreu com um novo projeto do Ministério da Justiça ([www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br)) que pretende viabilizar o acesso à justiça aos moradores de rua de todo o país. O acesso da população de rua à justiça poderá potencializar os resultados de políticas sociais, como a Política Nacional para a População em Situação de Rua, instituída no final do mandato do presidente Luiz Inácio Lula da Silva. A defensoria pública tem um papel fundamental nessa política pública ao detectar quais são as principais demandas, além de estabelecer formas de abordagem e atendimento desse público.

A tramitação processual não pode ser reduzida à sua dimensão técnica, socialmente neutra, como comumente concebida pela teoria processualista, mas também é relevante abranger e investigar a função social por ela desempenhada, em especial, o modo como as opções técnicas no seu seio veiculam opções a favor ou contra interesses sociais convergentes ou mesmo antagonísticos (Santos *et al.*, 1996: 486).

Na experiência brasileira, o direito processual avançou (Soares, 2002: 71) da fase do sincretismo entre direito material e ação para a fase autonomista (instrumentalidade nominal ou formal) e recentemente para a fase instrumentalista (substancial, real e efetiva do processo). Contudo, a maioria dos processualistas brasileiros jamais questionou a instrumentalidade do processo e a proposta de avaliação do sistema processual pela perspectiva externa, voltada (o processo) para a preservação dos valores postos axiologicamente pela sociedade e Estado. Trata-se de inquestionáveis e subjacentes pré-compreensões (Fernandes e Pedron, 2008: 36-37). Os processualistas, em geral, veem o acesso apenas pelo lado do processo, do andamento processual, mas deixam de avaliar a paridade, a experiência, ou seja, restringem-se à abstração enquanto que a realidade é muito rica.

Há autores preocupados com questões para além da frieza e da instrumentalidade do processo. Luiz Guilherme Marinoni, com apoio em Mauro Cappelletti, refere que o tempo dos sonhos dogmáticos acabou e a modernidade exige que o processo e o direito em geral sejam instrumentos da vida real e como tal deve ser tratado e vivido (2000: 19). E continua o autor, o tema “acesso à justiça” realiza a aproximação da teoria do processo como ideal de justiça social, e traz a lume toda a problemática inserida no contexto social e econômico (técnica processual voltada à finalidade social). José Roberto dos Santos Bedaque afirma que a conscientização de que o processo vale não tanto pelo que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, tem levado estudiosos a reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva metodológica da ciência (2001: 15).

O processo, ainda que timidamente, passa a ser visto como realização efetiva do direito material e instrumento de participação política no quadro da democracia, sobretudo participativa. A adequação à nova realidade social decorre da transmigração das sociedades de cunho eminentemente patrimonialista/individualista para as sociedades de massa.<sup>15</sup> Para tanto, procura adequar os instrumentos processuais aos fatos ou situações da vida atual para minimizar os prejuízos da ação do tempo no decorrer do processo e proporcionar a tutela efetiva e adequada. São

---

<sup>15</sup> Aspecto relevante é não confundir o conceito de sociedade de massa operada pela visão liberal (considerada como grupo de indivíduos na mesma situação de mercado) com o que se entende por coletividade social que representa os anseios de um grupo social.

necessários novos tipos de provimentos jurisdicionais e a ampliação dos poderes conferidos ao juiz, na fase instrutória, para assegurar a eficácia da decisão, sem descurar da releitura dos antigos institutos de modo a extrair deles novo enfoque como em relação à coisa julgada e à legitimidade processual (Soares, 2002: 72-73).

A uniformidade de procedimentos (focada principalmente na resolução individual dos litígios), característica marcante da ideologia liberal, não se coaduna com a sociedade atual, ou ao menos, não consegue resolver os problemas atuais de índole processual. A dificuldade na universalização dos procedimentos com fundamento na litigação atomizada ocorre por “não abranger os diferentes tratamentos dispensados às diferentes realidades de direito substancial” (Marinoni, 2000: 69).

O movimento de reforma processual pela “sumarização” da jurisdição bem como pela inserção de instrumentos redutores de demandas (súmulas vinculantes e repercussão geral de recursos, exemplos brasileiros) pode ser justificado à luz de interesses de caráter extrajurídico de racionalidade do sistema, por meio de atos de gestão, principalmente influenciados pelos imperativos funcionais do mercado. Aqui, na realidade, não estão em jogo os seres humanos ou a cidadania, mas a criação de condições de defesa do grande capital internacional pela busca incessante de previsibilidade e segurança dos negócios do capital, diante de eventuais instabilidades por ventura operadas por mudanças repentinas de postura dos sistemas judiciais dos países periféricos e semi-periféricos (Fernandes e Pedron, 2008: 123).

Para além de toda a revisitação do sistema processual, Santos entende que o direito processual não comporta mais a redução as dimensões da técnica e neutralidade social, como concebidas nas teorias processualista tradicionais. A transição para a investigação das funções sociais desempenhadas pelo direito processual e o modo como as opções técnicas no seu seio veiculam opções a favor ou contra interesses sociais divergentes e antagônicos (2005: 146-147). Marinoni defende que “na ideologia do Estado Social, o juiz é obrigado a participar do processo, não estando autorizado a desconsiderar as desigualdades sociais que o próprio Estado visa eliminar” (2000: 101). E conclui o autor que na realidade, “o juiz imparcial de ontem é justamente o juiz parcial de hoje”. Também Cappelletti e Garth, desde o projeto de Florença se posicionavam de modo contrário ao modelo da neutralidade judicial (1988: 76).

Afinal, que tipo de justiça se deseja? A convencional, abstrata, impoluta, intocável ou um conceito mutante de justiça, adaptável às contingências sociais e à necessidade de convivências harmônicas em espaços que procuram o bem comum, mas não podem extirpar completamente manifestações individuais?

Em análise aprofundada, o acesso à justiça nem sempre é voltado apenas à concepção tradicional de colocar meios disponíveis ao ingresso de uma ação judicial, mas precisa ser voltado também para a pacificação dos conflitos previamente a essa fase, e principalmente trabalhar em sintonia com a prevenção de litígios. A prevenção é palavra chave no estudo do acesso à justiça. No entanto, os estudos sobre o tema negligenciam tratar sobre a prevenção e privilegiam abordar as consequências. A participação na tomada de decisão compartilhada precedida de debates democráticos para evitar a formação dos conflitos é relegada pelas instituições que privilegiam por mais reformas e ampliações com os mesmos conteúdos e matrizes.

Nesse sentido, a proposta de estudo ora analisada privilegia sobretudo a mudança de concepção de todos, principalmente dos agentes das instituições estatais responsáveis pela manutenção do sistema judicial, no intuito de avançar para uma justiça democrática de proximidade (Santos, 2007: 57). E o novo marco institucional brasileiro apresenta experiências interessantes nesse sentido: juizados itinerantes, justiça comunitária, meios alternativos de resolução de conflitos, mediação, justiça restaurativa e, sobretudo, os juizados especiais<sup>16</sup>.

A nova concepção de acesso aos direitos e à justiça avança a partir daquilo que foi sedimentado até agora a respeito do tema sem esquecer-se de fazer as devidas reflexões quanto aos excessos e opressões excludentes e marginalizadores,

---

<sup>16</sup> O CNJ é apontado como um órgão que está promovendo mudanças substanciais no judiciário brasileiro, principalmente em relação aos judiciários estaduais. Cito alguns programas e projetos mais relevantes: o cumprimento de penas controlado eletronicamente; a solução dos conflitos pela conciliação; o cadastro nacional de adolescentes em conflito com a Lei; o cadastro nacional de adoção; a promoção de mutirões que visem o registro civil de todas as crianças nascidas nos estados; o combate à grilagem de terras; o programa de modernização do judiciário; a uniformização numérica dos processos em todas as instâncias; o Bacenjud, bloqueio de valores; o Renajud - restrição de veículos; o malote digital entre órgãos do judiciário, reduzindo o tempo e o custo; a virtualização do processo judicial em todo o país; o sistema nacional de bens apreendidos; as interceptações telefônicas sob controle (mais de 20 mil linhas monitoradas no país em 2010); as inspeções que identificam eventuais deficiências nos tribunais; a resolução que determinou maior transparência do judiciário; a "Justiça em Números" que traduz o diagnóstico do judiciário. Ainda é importante destacar os seguintes pontos de ação: a instalação de Juizados Especializados em violência doméstica e familiar contra a mulher; a instalação de núcleos de atendimento multidisciplinar que integram órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social; o curso de linguagem de sinais (libras) para servidores dos tribunais com o objetivo de melhor atender pessoas com deficiência auditiva; o depoimento sem dano - ou seja, a oitiva de crianças e adolescentes vítimas de violências físicas e/ou psíquicas; o apoio à cidadania do idoso; a criação do selo que destaca as melhores práticas na promoção da cidadania; o projeto medida justa que faz o diagnóstico relativo a medida socio-educativa de internação de menores; os cursos de capacitação dos magistrados e servidores; o projeto cidadania direito de todos que objetiva o fornecimento de registro civil, carteira de identidade e outros documentos necessários ao exercício da cidadania para os povos indígenas; o programa de estímulo a doação de órgãos e o justiça plena que realiza o monitoramento dos casos de grande repercussão social que tramitam na justiça.

principalmente nos campos jurídicos, econômicos e sociais. A ideia central da nova concepção é o reconhecimento dos seres humanos como agentes centrais de todo o sistema de justiça e dos canais de acesso aos direitos e à justiça, com o objetivo de afastar as desigualdades de todo gênero para equalizá-las no contexto social e afirmar os direitos e as formas de soluções de eventuais conflitos por meios mais adequados e em tempo razoável. Independe se a melhor solução será dada por meio de procedimentos processuais ou não, pois o que importa é a satisfação ou reconhecimento do direito discutido. Para alcançar o nível de acesso referido é fundamental apurar as ausências e as emergências do acesso aos direitos e à justiça e avançar no trabalho de tradução (Santos, 2006).

Uma importante contribuição que os tribunais podem dar a democracia consiste em não negar ou omitir em oferecer uma resposta adequada aos conflitos sociais, principalmente aqueles emergentes e estruturais (Santos, 2000). Para que isso ocorra, é necessário que as partes tenham à disposição mecanismos adequados de acesso à justiça, não apenas simbólicos ou protelatórios.

A lição retirada após a revisão de literatura revela que o acesso à justiça não se reduz apenas a um programa de reformas, mas sobretudo a um método de pensamento e a mudança de concepção daqueles que estão envolvidos nas atividades do sistema judicial. Fora dele, está centrada nos espectros democráticos e participativos de todos aqueles que podem um dia utilizar o sistema de justiça.

As mudanças de método de pensamento têm ocorrido em relação à forte reação contra a dogmática jurídica formalista, contra o positivismo. O direito não se restringe apenas aos aspectos normativos, mas também aspectos sociais éticos e culturais. A igualdade formal tem sido substituída por uma igualdade efetiva. Mas é preciso avançar, pois a experiência demonstra que os problemas ainda não foram solucionados e o formato vigente não atende aos anseios e às expectativas sociais.

## REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Victor (2006). Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política. In BIRGIN, Haydée; KOHEN, Beatriz. *Acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actors y experiencias comparadas*. Buenos Aires: Editorial Bilos.
- ABREU, Pedro Manuel (2008). *Acesso à justiça e juizados especiais: O Desafio Histórico da Consolidação de uma Justiça Cidadã no Brasil* (2a ed.). Florianópolis: Conceito.
- AGUIAR, Roberto Armando Ramos de (1987). *O que é justiça - uma abordagem dialética* (2a ed.). São Paulo: Alfa Omega.
- ALEGRE, Carlos (1989). *Acesso ao direito e aos tribunais*. Coimbra: Livraria Almedina.
- ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Fariñas (2006). *Sistemas Jurídicos: elementos para un Análisis Sociológico* (2a ed.). Madrid: Universidad Carlos III de Madrid: Boletín Oficial del Estado.

- ARRUDA, Samuel Miranda (2006). *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Editora Brasília Jurídica.
- BARBOSA, Júlio César Tadeu (1983). *O que é justiça?* (3a ed.). São Paulo: LTR.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos (2001). *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*. São Paulo: Malheiros.
- BOCHENEK, Antônio César. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. Brasília: CJF, 2013.
- BOUEIRI, Sonia (2004). Una aproximación socio jurídica del acceso a la justicia. *Revista CENIPEC*, 22, 221-252.
- CAPPELLETTI, Mauro (1993). *Juizes legisladores?* Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. (1988). *Acesso à Justiça*. Ellen Gracie Northfleet (Trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- DOBROWOSKI, Sílvio (1998). Harmonização, no âmbito do Mercosul, das garantias constitucionais e processuais nos direitos fundamentais e o acesso à justiça. *Sequência: Revista do curso de pós-graduação em Direito da USFC*, 37, 76-85.
- DUARTE, Ronnie Preuss (2007). *Garantia de acesso à justiça*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ERDMAN, Fred; DE LEVAL, Georges (2004). *Les dialogues Justice. Rapport de synthèse rédigé à la demande de Laurette Onkelinx. Belgique*. In [http://www.just.fgov.be/img\\_justice/publications/pdf/1.pdf](http://www.just.fgov.be/img_justice/publications/pdf/1.pdf). Acesso em 10/01/2011.
- ESTANQUE, Elisio Guerreiro do (1999). *Classe e Comunidade num contexto em mudança: práticas e subjetividades de uma classe em recomposição – o caso do operariado do calçado de São João da Madeira*. Tese de doutorado, Universidade de Coimbra, Portugal.
- FARIA, José Eduardo (2002). *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud (2008). *O Poder Judiciário e(m) crise*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris.
- FERRAJOLI, Luigi (1995). O Direito como sistema de garantias. *Revista do Ministério Público*, 61, 19-49.
- FRIEDMAN, Lawrence M.; PERDOMO, Rogelio Pérez (2003). *Legal Culture in the age of globalization: Latin America and Latin Europe*. Stanford: Stanford University Press.
- GENRO, Tarso (2001). Orçamento Participativo e Democracia. In GENRO, Tarso; SOUZA, Ubiratan de. *Orçamento Participativo. A experiência de Porto Alegre* (4a ed., 9-44). São Paulo: Fundação Perseu Abramo.
- GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia (2002). *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*. Oxford: Oxford University Press.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho (1996). Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. *Estudos Históricos*, 18, 389-402.
- MARINONI, Luiz Guilherme (2000). *Novas Linhas do Processo Civil* (4a ed.). São Paulo: Malheiros.
- NEVES, Marcelo (2007). *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes.

PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo (2003). *Por caminhos da(s) reforma(s) da Justiça*. Coimbra: Coimbra Editora.

PIOVESAN, Flávia (2002) *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad.

PORTO, Júlia Pinto Ferreira (2007). O acesso à ordem jurídica justa em sua perspectiva sociológica. *Revista Sociologia Jurídica*, 5.

ROBLES, Diego Américo (2010). El concepto de acceso a la justicia: Evolución, vigencia y actualidad. In BASSIL, Sonia Boueiri. *El acceso a la justicia: contribuciones teórico-empíricas en y desde países latinoamericanos*. Madrid: Editorial Dykinson.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (1996). Ação Afirmativa: O conteúdo democráticos do Princípio da Igualdade Jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, 15, 85-99.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei (1994). *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica.

SADEK, Maria Tereza. (1995). A Organização do Poder Judiciário no Brasil. In SADEK Maria Tereza. *Uma Introdução ao Estudo da Justiça*. São Paulo: Editora Sumaré.

\_\_\_\_ (2005). Efetividade de direitos e acesso à justiça. In RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (Orgs.) *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva.

SANTOS, Boaventura de Sousa (1977). The Law of the Opressed: the Construction and Reproduction of Legality in Pasárgada. *Law and Society Review*, 12 (5), 5-126.

\_\_\_\_ (1983). Os conflitos urbanos no Recife: O caso do Skylab. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 11, 9-59.

\_\_\_\_ (1994). *Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*. Porto: Afrontamento.

\_\_\_\_ (2000). *A crítica da razão indolente: Contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Editora Cortez.

\_\_\_\_ (2005). *Fórum Social Mundial: Manual de uso*. São Paulo: Cortez Editora.

\_\_\_\_ (2006). *A gramática do tempo para uma nova cultura política: para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*, 4. São Paulo: Cortez Editora.

\_\_\_\_ (2007). *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez Editora.

\_\_\_\_ (2008). Epistemologias do Sul. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 80, 11-43.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes (1996). *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: O Caso Português*. Porto: Afrontamento.

SILVA, José Afonso da (2000). *Poder constituinte e poder popular: Estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros.

SILVEIRA, Alair (2004). *Sociologia Jurídica - A Percepção Social dos Direitos: Instrumento Legal ou de Justiça Social*. Curitiba: Editora Juruá.

SOARES, Fábio Costa (2002). Acesso do Hipossuficiente à Justiça. A Defensoria Pública e a Tutela dos Interesses Coletivos Lato Sensu dos Necessitados. In QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati. *Acesso à Justiça* (69-108). Rio de Janeiro: Lumen Juris.

VERONESE, Josiane Rose Petry (1994) *Acesso à justiça: a defesa dos interesses difusos da criança e do adolescente – ficção ou realidade*. Tese de doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, SC, Brasil.

VEZZULLA, Juan Carlos (1995). *Teoria e prática da mediação*. Curitiba: Instituto de Mediação.

WATANABE, Kazuo (1988). Acesso à justiça e sociedade moderna. In GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Candido Rangel, Watanabe, Kazuo. *Participação e Processo* (128-135). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

WOLKMER, Antonio Carlos (1994) *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito*. São Paulo: Editora Alfa Omega.

---

# APORTES SOBRE O PEDIDO DE CANCELAMENTO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 5

---

**Ricardo Bispo Razaboni Junior<sup>1</sup>**

**Rafael José Nadim de Lazari<sup>2</sup>**

## INTRODUÇÃO

Analisar-se-á, na presente pesquisa, a proposta de cancelamento da súmula vinculante nº 5, a qual fora rejeitada, por maioria dos votos, pelo Supremo Tribunal Federal em novembro de 2016. A alusiva proposta foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem de Advogados do Brasil, sendo distribuída por meio do instituto da prevenção para o Ministro Joaquim Barbosa em 21 de março de 2011, logo após o cancelamento da súmula 343 do STJ.

A referida súmula vinculante dispõe sobre a desnecessidade de defesa técnica em processo administrativo disciplinar, predeterminando que a falta desta não ofende a Constituição Federal.

Com isso, estabelece-se a problemática de que a falta de obrigatoriedade na constituição de defesa técnica em processos administrativos resultam em uma insegurança jurídica, bem como menosprezam, por sua vez, princípios constitucionais essenciais para um processo inquisitivo acusatório.

Deste modo, o trabalho tem por objetivo debater os efeitos do referido julgamento, apontando os aspectos negativos que este poderá acarretar. A metodologia empregada na presente pesquisa é a de cunho hipotético-dedutiva,

---

<sup>1</sup> Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário "Eurípedes Soares da Rocha", de Marília/SP. Graduado em Direito pela Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA. Membro do Grupo de Pesquisa REI (Relações Institucionais) – Todos os lados do art. 2º da Constituição Federal, cadastrado no diretório acadêmico de pesquisa do CNPQ. Advogado e Consultor Jurídico.

<sup>2</sup> Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica, de São Paulo/SP. Mestre em Teoria do Estado pelo Centro Universitário "Eurípedes Soares da Rocha", de Marília/SP. Professor do Mestrado em Direito do Centro Universitário "Eurípedes Soares da Rocha", de Marília/SP. Líder do Grupo de Pesquisa REI (Relações Institucionais) – Todos os lados do art. 2º da Constituição Federal, cadastrado no diretório acadêmico de pesquisa do CNPQ. Autor, organizador e participante de inúmeras obras jurídicas. Palestrante no Brasil e no exterior. Advogado e consultor jurídico.

onde se procura eliminar os erros, demonstrando a importância da obrigatoriedade de defesa técnica em qualquer processo acusatório, em especial, o administrativo disciplinar.

Como síntese, abordar-se-á primeiramente o papel das súmulas vinculantes, resgatando a importância destas no cenário internacional e nacional. Em segundo plano, far-se-á a análise dos principais pontos do processo administrativo disciplinar.

Após, será exposto à mudança no entendimento dos tribunais pátrios, que originaram a súmula vinculante nº 5 e acarretaram o cancelamento da súmula 343 do STJ. Por fim, serão analisados os principais pontos dos votos proferidos pelos ministros do STF, que resultou na manutenção da súmula vinculante alusiva acima.

Explica-se, enfim, que a presente pesquisa não tem por objetivo esgotar a temática, mas sim trazer informações que desafiam o debate.

## 1 O PAPEL DAS SÚMULAS VINCULANTES

Conforme extraído do direito anglo-saxônico, as súmulas se referem à compreensão jurídica extensiva ofertada pelos órgãos judiciários superiores, de feitos fáticos legalmente tipificados com base em situações casuísticas que se lhe acrescem hodierna importância na vida social, sendo possível constatar esta ocorrência desde o avanço tecnológico, como também nas variações legislativa. (BASTOS, 1997, p. 3)

De forma contínua, as súmulas para o modelo anglo-americano, tal como o anglo-saxônico, constitui a própria base e o pressuposto do direito. Como base, não há como desconhecer que as súmulas refletem os limites da lei frente aos fatos casuísticos, mas elas se consolidam mediante a continuidade jurisprudencial, que por ora, no Brasil, não se traduz a reflexão aberta, mas sim a reflexão extensiva sobre a lei aplicada *in casum*, levando, por sua vez, em consideração as semelhanças originadas perante a reincidência jurisprudencial. (BASTOS, 1997, p. 4).

Não há um conceito único de súmula, veja-se, no Brasil, país que adota modelo romano-dogmático, é fato que estas evoluíram como reduções normativas de fora de convencimento subsidiário ou secundário, assim, sendo quase sempre da movimentação da dogmática processual. Em outros países, tais como Inglaterra e

Estados Unidos da América, as súmulas se fazem a própria base do direito, a fonte primária. (BASTOS, 1997, p. 4).<sup>3</sup>

Por sua vez, no que se refere à criação de súmula vinculante, a qual será abordada adiante, tem-se que o legislador trouxe no bojo da Carta Magna a disposição que autoriza a criação destas pela Suprema Corte brasileira. Assim, dispõe o artigo 103-A da Constituição que:

Art. 103-A – O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, aprova súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Ademais, pode-se analisar que além do previsto no *caput* do artigo 103-A, o legislador previu, por meio da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, as hipóteses em que a súmula vinculadora poderá ser efetivada e se valerá. Neste sentido, as alusivas súmulas a de ter como objetivo a validade, interpretação e eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, que acarrete por sua vez grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Em outro sentido, previu também que sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula, poderá ser provocada por aqueles que detêm o poder de propor a ação direto de inconstitucionalidade, ou seja, o Presidente da República, as mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do DF, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe em âmbito nacional (artigo 103, CF).

Por fim, regula a Magna-Carta que o ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, será cabível reclamação constitucional direcionada ao Supremo Tribunal Federal, que, julgando-a precedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e

---

<sup>3</sup> Atualmente a Inglaterra tem 2 (dois) grandes flancos de organização judiciária, a Alta Justiça (Supreme Court of Judicature, High Court of Justice, Court of Appeal e Crown Court), que formam precedentes e a Baixa Corte (Magistrate's Courts, Coonty Courts e Justice of Peace, que,) não formam precedentes. A Câmara dos Lordes, embora órgão legislativo, também profere decisões de força vinculativa. (BASTOS, Aurélio Wander. **Súmula vinculante**, 1997, p. 4).

determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Pois bem, tem-se que as súmulas vinculantes representam efetivamente o exercício jurisdicional constitucional difuso-concreto pelos juízes e tribunais. Estas assinalam o crescimento democrático, já que coíbem demandas de questões idênticas preteritamente solucionadas, como muito bem retratado por Antônio Souza Prudente, ferrenho crítico as sumulas vinculantes quando a sua criação, porém que se posicionou de modo favorável após ver os efeitos positivos nascidos com este instituto:

Sempre fui contrário à ideia de criação de uma súmula vinculante, autoritária, totalmente desgarrada do tecido da jurisprudência criativa e difusa de nossos juízos singulares e tribunais de apelação, a ponto de engessá-los no engenho de sua autonomia e livre convicção. Vejo, agora, porém, que o texto normativo da súmula vinculante prestigia o Estado Democrático de Direito, enquanto brote da fermentação jurisprudencial do controle difuso, após reiteradas decisões sobre a matéria a ser sumulada, inibindo a pulverização de ações sobre questões idênticas, descongestionando, assim, os tribunais e evitando a grave insegurança jurídica no meio social. (...) A súmula vinculante, que se incorpora ao texto normativo da Constituição Federal em vigor, através da Emenda Constitucional n. 45, 2004, desenganadamente, é súmula vinculada às energias do nosso controle difuso de constitucionalidade, que afasta a arrogância de um suposto direito autoritário. (PRUDENTE, 2004, p. 656).

Assim, como disposto nestas linhas, sabe-se que os efeitos originados pela criação de súmulas vinculantes nada mais é do que a adoção de jurisprudência constitucional pela Suprema Corte brasileira, a qual se força a obrigatoriedade, assumindo papel essencial no sistema de jurisdição constitucional adotado pelo Ordenamento Jurídico do Brasil, revigorando o modelo difuso-constitucional assumido até o atual momento.

## **2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR-PAD**

O Processo Administrativo Disciplinar é o instrumento que tem como finalidade apurar a responsabilidade de servidor por transgressões funcionais e adotar medidas educativas aos agentes públicos e aos que possuem relação jurídica junto à administração pública. Em outras palavras, o referido instrumento é utilizado para apurar a responsabilidade do servido e aplicar infração a este, desde que tenha a transgressão ocorrida durante suas atribuições, ou que tenha relação ou seu cargo, conforme estabelecido na Lei 8.112/1990, que institui o Regime Jurídico dos Servidores da Administração Federal.

No que se refere à apuração da infração cometida, tem-se que a autoridade, assim que estiver ciente, deve apurar de forma imediata a transgressão, mediante o processo administrativo disciplinar, assegurando por sua vez a ampla defesa durante o tramite administrativo.

O processo é dividido em três fases, quais são: a) instauração, com a publicação do ato que constitui comissão; b) inquérito administrativo, adequadamente com a instrução, defesa e relatório; c) o julgamento, o qual é composto por três servidores estáveis, conforme o artigo 143 da Lei 8.112/1990.

No que se refere ao cargo de presidente da comissão de julgamento, o servidor a ocupar este posto presidencial, deve ter cargo efetivo superior ou de mesmo nível ao infrator, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao mesmo.

Por fim, dar-se-á ao órgão julgador o prazo de 60 dias para a conclusão do processo, que poderá ser prorrogado por igual período, caso seja necessário para a conclusão eficiente do processo disciplinar. A prescrição da Ação Disciplinar far-se-á em 5 anos, quando às infrações forem punidas com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão; em 2 anos quando somente for aplicada a suspensão, ou de 180 dias quando for aplicada a advertência.

### **3 A SÚMULA 343 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A SÚMULA VINCULANTE Nº 5.**

Em meados de 2007, o Superior Tribunal de Justiça concebeu a súmula 343, a qual acertadamente superou as discussões e obrigou presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.

Apesar de intensas discussões relacionada ao assunto, onde haviam radicais opositores e apreciadores, a súmula procurou prezar pela garantia de defesa, oportunizando a contestação ampla, a produção de provas, o acompanhamento dos atos da instrução e a utilização de recursos cabíveis. Com a exigência da atuação de defesa constituída nos processos administrativos disciplinares, pode-se dizer que fora garantido o contraditório pleno. Neste sentido, resgata-se a lição de Maria Sylvania Zanella Di Pietro que aponta a importância do instituto:

(...) o princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. Exige: 1- notificação dos atos processuais à parte interessada; 2- possibilidade

de exame das provas constantes do processo; - direito de assistir à inquirição de testemunhas; 4- direito de apresentar defesa escrita. (DI PIETRO, 2007, p. 367).

Ao se fazer obrigatória a assistência de advogado constituído ou defensor dativo ao acusado, independentemente de defesa pessoal, neste ponto assemelhando o processo administrativo ao judicial, observou-se a garantia constitucional do artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República Precedentes, onde preconiza que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes. Ademais, a segurança jurídica se mostra de essencial valor, já que a falta de defensor qualificado pode acarretar em injustiça.

Apesar dos esforços do STJ em sumular a matéria, em 2008, apenas um ano após a concepção da súmula 343 da Corte Superior, o Supremo Tribunal Federal, perante julgamento no plenário do Recurso Extraordinário 434059, na lavra do Ministro Relator Gilmar Mendes, criou a súmula vinculante nº 5, onde obteve como sua redação o seguinte texto “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Para embasar a presente criação, teve-se o seguinte precedente representativo:

Na espécie, o único elemento apontado pelo acórdão recorrido como incompatível com o direito de ampla defesa consiste na ausência de defesa técnica na instrução do processo administrativo disciplinar em questão. Ora, se devidamente garantido o direito (i) à informação, (ii) à manifestação e (iii) à consideração dos argumentos manifestados, a ampla defesa foi exercida em sua plenitude, inexistindo ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal. (...) Nesses pronunciamentos, o Tribunal reafirmou que a disposição do art. 133 da CF não é absoluta, tendo em vista que a própria Carta Maior confere o direito de postular em juízo a outras pessoas.” (RE 434059, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 7.5.2008, DJe de 12.9.2008).

Apesar do cancelamento da Súmula 343 do STJ e a farta jurisprudência posterior ao enunciado da súmula vinculante 5, a questão voltou a ser debatida, conforme se mostrará a seguir.

#### **4 O JULGAMENTO DA PROPOSTA DE CANCELAMENTO DA SUMULA VINCULANTE 5**

Em novembro de 2016, o Supremo Tribunal Federal rejeitou, por maioria dos votos, a proposta de cancelamento da Súmula Vinculante 5. A proposta fora

demandada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, onde fundamentou-se que o referido enunciado não teria observado os pressupostos estabelecidos pela Constituição Federal. Ademais, alegava vícios formais de inconstitucionalidade, bem como que a referida sumula afrontaria materialmente o conteúdo normativo axiológico da Constituição vigente, por se opor ao direito fundamental do contraditório e ampla defesa.

Apesar do pedido de cancelamento, prevaleceu-se o entendimento ofertado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, que acompanhado por Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Dias Toffoli e Gilmar Mendes asseverou que o Conselho Federal da OAB buscou refutar cada fundamento do RE 434059/DF, onde fora por unanimidade criada a sumula vinculante 5. Averiguou que durante os processos administrativos disciplinares não se proíbe a participação de advogado, porém não se requisita a presença destes. Fundamentou que para o cancelamento de sumula vinculante é necessário que seja superada a jurisprudência acerca da matéria tratada, e que haja alteração legislativa quanto ao tema ou modificação substantiva do contexto político, econômico ou social.

Em seu voto, o Ministro Roberto Barroso elenca que há certa hesitação em equiparar o processo judicial ao administrativo, pela possibilidade de revisão judicial deste último. Observou que em certos aspectos, no entanto, o processo disciplina deve seguir as cautelas inerentes ao processo penal.

Para o até então Ministro Teoria Zavascki, tanto para edição, revisão ou cancelamento de súmula deve observar os requisitos da Carta Magna. Assim, entendeu que não houve alteração jurisprudencial da Corte Suprema que ensejasse o cancelamento postulado. Salientou por fim que não houve a eliminação do direito de defesa por advogado no processo disciplinar administrativo, só não fora obrigatória a presença destes em tais procedimentos.

Estes foram os principais fundamentos que permitiram a sobrevivência do referido enunciado.

Em oposição, ao contrário da época de sua edição, onde a referida sumula fora concebida de forma unânime pelo plenário, desta vez obteve-se votos a favor do cancelamento da sumula, onde foram vencidos os ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármem Lúcia (presidente). Dentre os principais argumentos que objetivaram ao acolhimento do cancelamento do enunciado, o Ministro Marco Aurélio observou que a edição desta implicou na superação da Súmula 343 do STJ e que a proposta de cancelamento fora ajuizada pelo CFOAB dois meses e seis dias após a edição do verbete vinculante.

Averiguou que deveria haver maior observância na normativa constitucional no que se refere à edição de verbetes vinculantes, já que a referida súmula foi

motivada pela discussão no julgamento do RE 434.059/DF, que nada versou sobre o tema, ou seja, que não havia relação com processo administrativo disciplinar. Por fim, considerou que deveria ser garantida a participação de alguém que domine a ciência do Direito, para que o processo administrativo não parece inquisitorial.

O Ministro Edson Fachin, por sua vez, pontuou que o ajuste de jurisprudência parece ter acompanhado a evolução do princípio do contraditório e da ampla defesa, sobretudo pelas organizações internacionais de direito humanos. Ressaltou que como visto nos procedimentos disciplinares penitenciários, atualmente há as mesmas garantias do processo penal, onde a jurisprudência comparada e a doutrina brasileira trazem a tendência de aproximação entre o processo administrativo disciplinar e o processo penal. Evoluiu seu voto ao dizer que não atoa as sanções em caráter administrativo assumem características semelhantes às penais.<sup>4</sup>

Destaca que súmulas vinculantes acabam por colocar um selo jurídico em conquistas hermenêuticas, logo é preciso ter cautela a fim de evitar que o enunciado sumulado se torne autônomo, concluindo que:

(...) na espacialidade que se abre com o cancelamento da Súmula Vinculante 5, haveria a possibilidade de casuística de graduação sem ofensa a direitos fundamentais nem violação das prerrogativas da administração. Nesses termos, a súmula deve contribuir para a formação de uma cultura jurídica que respeite a integralidade do direito e a institucionalização de uma tradição. Por essa razão, em vista de um espaço ainda não sedimentado de conformação de um direito fundamental, o debate acerca do alcance do direito à assistência legal deve ser possível nas vias ordinárias, motivo por que a proposta de cancelamento da Súmula Vinculante 5 deveria ser acolhida.

O Ministro Luiz Fux afirmou que a expressão “aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa” (artigo 5º, LV) significa que, toda vez que puder haver invasão na esfera jurídica de um acusado, ele tem o direito de ter o contraditório e a ampla defesa assegurados. Ademais, relacionou tal fato ao artigo 156 da Lei 8.112/91, que prevê “É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial”. Asseverou que se deve respeitar a máxima efetividade dos direitos

---

<sup>4</sup> Essa proximidade se dá pelo menos à luz de três critérios pelos quais as garantias penais devem ser estendidas aos acusados administrativos: a) a qualificação dada aos fatos pelo direito interno; b) a própria natureza da infração; e c) o grau de severidade da sanção aplicável ao acusado (...) a riqueza da casuística coletada da experiência internacional está a revelar grande espaço de conformação do chamado direito à assistência legal aos procedimentos disciplinares e ao direito administrativo sancionatório.. (INFORMATIVO STF NOVEMBRO/2016).

fundamentais consagrados na Constituição Federal, tanto em âmbito administrativo, quanto judicial.

Resgatou, por fim, o entendimento da súmula 343 do STJ, onde fundamentava que a “presença obrigatória de advogado constituído ou de defensor dativo é elementar mesmo da garantia constitucional do direito à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas litigantes, mas acusados num sentido geral”.

O Ministro Celso de Mello asseverou que a observância dos direitos e garantias da Carta Magna é fato de legitimação da atividade estatal, até porque neste caso o Estado objetiva impor sanção de natureza disciplinar a seus agentes e servidores. Ademais, a prerrogativa do advogado constitui uma garantia da sociedade e das pessoas em geral, sendo que este desempenha papel fundamental na proteção e na defesa de direitos, garantias e liberdades fundamentais.

Conclui por fim que a falta de defesa técnica por advogado devidamente constituído no processo administrativo disciplinar ofende a Constituição.

Enfim, a presidente da Corte Suprema, Ministra Cármen Lúcia ponderou que o enunciado da súmula leva à interpretação equivocada de que toda e qualquer falta de defesa técnica não ofende a Carta Magna, o que muitas vezes pode de fato ocorrer.

### **CONCLUSÃO**

Portanto, conclui-se que a rejeição da proposta de cancelamento da súmula vinculante nº 5 demonstra a manutenção do retrocesso no direito administrativo, mais precisamente nos julgamentos de processo administrativo disciplinar.

A manutenção desta súmula de caráter vinculante descarta princípios basilares da Constituição Federal, quais são: o princípio do contraditório e da ampla defesa, que deveriam preponderar diante de qualquer processo inquisitivo acusatório, com base e fundamento na segurança jurídica da decisão, ou seja, na concretização da mais lúdima e cristalina justiça.

Pontua-se, por outro lado, que se faz obrigatória a defesa técnica em processos administrativos, devido ao fato de que a falta desta pode acarretar graves consequências na vida de servidores, pessoas que detêm responsabilidades pessoais, sociais e familiares. Um processo administrativo, tal como o criminal, é uma mancha na história de uma pessoa.

Ora, devemos pensar neste ponto: O que um servidor que não pode arcar com a contratação de defesa técnica faz?

Esta resposta não se pode ofertar, já que este não tem a necessidade/possibilidade de ter um defensor dativo, por mera força da súmula vinculante que descarta a necessidade de advogado, que descarta o contraditório, a ampla defesa, bem como a Constituição Federal.

Então, tem-se que a Corte Suprema brasileira, a qual deveria atuar como guardiã da Constituição Federal, descartou erroneamente os mandamentos da cláusula pétrea contida no artigo 5º, inciso LV da Carta Magna, o que corrobora em mais um fato lastimável na atuação dos poderes constitucionais.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Aurélio Wander. **Súmula vinculante**, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 20ª edição, São Paulo: Atlas, 2007.

JANSEN, Rodrigo. A Súmula Vinculante como norma jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 225-264, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43627/44704>>. Acesso em: 08 Abr. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43627>.

KISTEUMACHER, Daniel Henrique Rennó. A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA VINCULANTE Nº 5. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 9, n. 9, p.292-311, 2011.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. Instrumentos do Stare Decisis e Prática Constitucional Brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 177-208, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43370/44673>>. Acesso em: 08 Abr. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v241.2005.43370>.

PRUDENTE, Antônio Souza. Súmula vinculante e a tutela do controle difuso de constitucionalidade. Genesis. **Revista de Direito Processual Civil**, ano 9, n. 34, p. 656, out/dez. 2004.

PSV 58/DF: Proposta de cancelamento de súmula vinculante. Julgamento em 630 de novembro de 2016. Informativo 849 Plenário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/Informativomensalnovembro2016.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

---

# MAGISTRATURA DE INFLUÊNCIA

## UMA ALTERNATIVA AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRADICIONAL

---

**Kaline Ferreira Davi<sup>1</sup>**

### INTRODUÇÃO

A ideia de flexibilização do contencioso administrativo consiste numa abertura do contencioso a outras formas de solução de litígios além do juiz. O que usualmente a doutrina denomina de *modo alternativo de solução de litígios* representa um conjunto de mecanismos capazes de evitar a utilização da via judicial para a pacificação de conflitos.

O que se espera desse modos alternativos é que eles sejam capazes de melhorar a relação entre Cidadão e Estado, e que assim, seja diminuída a litigiosidade na esfera pública. Ocorre que, esse Cidadão foi banido a tempos de uma relação próxima e amigável com a Administração Pública. O guichê representa a zona limite dessa relação fria e distante entre entes públicos e privados em quase todas as relações jurídicas que travam. Necessário se torna refazer uma imagem e reconstruir uma relação a partir de novas bases.

Além dessas dificuldades, consideramos que conceber um sistema interno de solução de litígios sem intervenção judicial não é verdadeiramente suficiente. Aplicar um procedimento mais leve, ágil e eficaz no deslinde dos litígios, em muito pouco tempo, atrairia uma massa de litígios, inclusive de uma demanda represada, comparável ou até superior àquela que abarrotava o sistema Judiciário atualmente, o que inviabilizaria também essa via alternativa.

Foi a partir dessas constatações iniciais que decidimos pesquisar um mecanismo alternativo mais completo, que, além de possibilitar de forma mais eficiente, direta e imediata a solução individual do conflito, que permitisse também uma atuação mais ampla, capaz de provocar a reestruturação de políticas públicas com o intuito de inibir a geração de novos conflitos em sua origem.

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito Público pela *Université Montesquieu Bordeaux IV*. Mestre em Direito Público Universidade Federal da Bahia. Professora de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia. Advogada da União.

Nesse contexto, imperativo se afigura a compreensão da Administração Pública a partir de uma atuação proativa em relação ao apaziguamento dos conflitos entre o Estado e os particulares<sup>2</sup>. O exercício da função jurisdicional na resolução de litígios que envolvem a Administração revela-se suficiente e necessário na maioria dos casos, contudo, ela representa apenas uma forma de controle externo da atividade administrativa, enquanto a solução interna de litígios contemplará função muito mais complexa.

A partir de um sistema criado com a finalidade de incorporar a gestão das crises\conflitos como parte integrante da função administrativa, nós teremos uma Administração Pública apta a melhorar a qualidade das relações que mantem e assim reduzir o grau de litigiosidade dessas relações.

## 1 A MAGISTRATURA DE INFLUÊNCIA

A magistratura de influência se caracteriza pelo exercício de um poder político não coercitivo. Ela é exercida por várias instituições internacionais, em particular pela Organização das Nações Unidas, e, é parcialmente utilizado pelas Autoridades Administrativas Independentes Europeias, especificamente, pelo "*Médiateur Européen*" e pelo "*Défenseur des Droits*" francês. No Brasil, embora doutrinariamente não seja feita referencia direta à Magistratura de Influência, consideramos que as autoridades brasileiras legitimadas para estabelecer o Termo de Ajustamento de Conduta - TAC utilizam-se dessa técnica de pacificação para estabelecer uma solução extrajudicial a um conflito.

Essas instituições solucionam os conflitos não apenas pelo consenso, porque, como tudo acontece diante de um mediador, essas técnicas alternativas necessitam de um terceiro que intervenha no litígio, não apenas como um conciliador para obter uma solução, mas sim para pesar na resolução do litígio, sugerindo à administração, assim posta sob influência, uma solução investida de sua *autoridade moral*.<sup>3</sup>

Assim, cada uma dessas instituições que se utilizam da magistratura de influência é classificada por nós como uma instituição capaz de exercer a sua *autoridade moral* para influenciar ora a administração pública, ora entes privados, a realizar determinados comportamentos e atitudes. Essas instituições mantêm as especificações e particularidades que lhe são próprias, e, a potencialidade desse

---

<sup>2</sup> MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2. Ed. Rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2013. p. 42.

<sup>3</sup> BRISSON, Jean-François. *Bibliothèque de Droit Publique*. T. 185. *Les Recours administratifs en droit public français*, Paris : LGDJ, 1996, pp. 202 et 215

poder de influência varia a depender da sua credibilidade política e moral dentro da própria administração pública.

A importância da magistratura de influência avulta como mecanismo alternativo de resolução de conflitos entre o Estado e diversos atores sociais, porquanto esta alternativa ao contencioso jurisdicional torna possível a assimilação da complexidade da sociedade e reduz a insegurança jurídica sobre litígios através de um mecanismo de resolução de conflitos que oferece possibilidades de resolução autoconstruídas pela Administração Pública.

Na magistratura de influência, a presença da Administração no vértice do sistema torna possível uma auto referência negativa do poder: o uso do poder para aperfeiçoar o exercício do poder. Esta autor referência reforça a legitimidade das decisões resultantes desse modelo de resolução de conflitos.

Além disso, a racionalidade das operações da Administração Pública depende da capacidade dela de se auto-organizar, imunizando-se da repolitização de suas estruturas em processos jurisdicionais. Um planejamento racional da organização é possível se a organização pode estruturar seus próprios processos decisórios de modo a aprender, e aprender por si mesma<sup>4</sup>. Critérios de oportunidade deste tipo reforçam a estabilidade das organizações ao imunizá-las das ingerências do Poder Judiciário.

## **2 O TAC COMO MODELO BRASILEIRO DE MAGISTRATURA DE INFLUÊNCIA**

O TAC foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo artigo 211 da Lei 8.069 de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e pelo artigo 113 da Lei 8078 de 11 de Setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), que acrescentou um dispositivo na Lei 7.347, de 24 de Julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública).

O objetivo deste instituto é a implementação da conciliação de interesses indisponíveis antes da jurisdicionalização do litígio e, se possível, antes que o dano se torne irreversível. Na maioria dos casos, devido à natureza dos interesses em questão, a medida obtida de forma preventiva é sempre mais importante, porque o titular do direito será o beneficiário da proteção e da reparação efetiva e específica de seus bens e de seu direito em vez de uma simples reparação pecuniária insuficiente.

---

<sup>4</sup> DE GIORGI, Raffaele. A Administração Pública na Sociedade Complexa. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 256, p. 9-22, jan/abr, 2011. p. 20 e 21.

De acordo com as observações de Humberto Dalla e de Bianca Farias, para alcançar seus objetivos, o TAC tem como objetivo reconduzir o comportamento incompatível com a lei no momento da violação ou ameaça de violação do direito coletivo. Assim, o caráter preventivo do TAC define sua principal finalidade a fim de evitar o dano ou de impedir a sua continuidade através de uma aplicação negociada da lei.<sup>5</sup>

Além disso, os autores apontam ainda que após a assinatura do TAC, uma nova situação jurídica nasce proveniente de seus efeitos que podem ser classificados em quatro categorias principais: *a fixação da responsabilidade do sujeito, a formação de um título executivo, a suspensão do procedimento administrativo em andamento e o encerramento definitivo das investigações após a resolução.*<sup>6</sup>

A legitimidade ativa para celebrar o TAC foi concedida apenas às pessoas jurídicas, públicas e privadas ou entidades públicas dotadas de autonomia. Segundo o art 5º da lei 7.347 de 24 de julho de 1985 foram legitimados concorrentemente: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e a associação que, concomitantemente esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

É importante notar que o direito brasileiro dispõe de dois mecanismos para assegurar que as partes se beneficiem de um processo justo, equitativo e compatível com a ordem democrática no contexto das ações de classe ou coletivas. Trata-se da divulgação da ação, de modo a permitir a todos os interessados a participar do processo e da exclusão dos efeitos da decisão de todos aqueles que não participaram do processo.<sup>7</sup>

Finalmente, deve-se observar a possibilidade de as partes assinarem um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Por este documento qualquer entidade ou órgão público legitimado para iniciar a ação se acorda com a parte à qual é acusada de um comportamento irregular, a fim de obrigá-la a corrigir o seu comportamento.

---

<sup>5</sup> DALLA, Humberto et FARIAS, Bianca de. Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na lei de improbidade administrativa e no projeto de lei da ação civil pública. Disponível : [http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/apontamentos\\_sobre\\_o\\_compromisso\\_de\\_ajustamento\\_de\\_conduta.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/apontamentos_sobre_o_compromisso_de_ajustamento_de_conduta.pdf). Consultado em 27 fevereiro de 2011, p. 15.

<sup>6</sup> DALLA et FARIAS. Op., cit., p. 15.

<sup>7</sup>DALLA. Humberto. Ações de classe, direito comparado e aspectos processuais relevantes. Disponível :ado em [http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/acoes\\_de\\_classedireito%20comparado\\_e\\_aspectos\\_processuais\\_relevantes.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/acoes_de_classedireito%20comparado_e_aspectos_processuais_relevantes.pdf). Consultado em 27 de fevereiro de 2011.

No caso de não-cumprimento do acordo, da parte inadimplente poderá diretamente se exigir a execução sem que seja necessário instaurar qualquer recurso jurisdicional e provar os fatos anteriores.<sup>8</sup>

A discussão sobre a qualificação jurídica do TAC não é uma tarefa fácil. Em primeiro lugar, vale destacar que o TAC não possui similar em outros institutos estrangeiros. Esta autenticidade do Instituto Brasileiro endurece o debate em torno de sua qualificação jurídica. Outros mecanismos tais quais a transação penal e as ações coletivas encontram similares principalmente no direito americano, nas figuras da “*plea bargaining*”, da “*plea guilty*” e das “*class actions*”.<sup>9</sup>

A doutrina brasileira divide-se entre aqueles que consideram o TAC como uma transação, ou que consideram como o reconhecimento jurídico da demanda e outros que a veem como um ato jurídico bilateral.<sup>10</sup>

Em nossa opinião, o TAC é um modo alternativo de resolução de litígios administrativos, porque, na maioria dos casos, ele é realizado por uma autoridade administrativa ou pelo Ministério Público na defesa do patrimônio público ou interesses públicos, como um inibidor prévio de uma ação coletiva.<sup>11</sup>

Desta forma, não podemos admitir que as partes estejam em posição de horizontalidade. A pessoa jurídica ou a entidade legitimado para propor a celebração do TAC guarda uma supremacia sobre a outra parte. É ela quem vai garantir a eficácia da lei e que vai reenquadrar o comportamento lesivo às determinações legais. É ela também quem tem o poder de dizer como a lei será aplicada, não se enquadrando na posição de um mero concordante.

Não há concessão recíproca no TAC e seu objeto é sempre um interesse indisponível. Estes dois argumentos são os mais fortes para recusar a adoção de teorias de natureza jurídica transacional do TAC. Além disso, há nesta relação um organismo que ditará, de forma parcialmente autoritária, as condições capazes de liberar o que aceita o compromisso de uma persecução jurisdicional.

As concessões no TAC são, em princípio, proibidas. O TAC é um instrumento que não se destina a beneficiar terceiros que não cumprem a lei. O organismo que propõe o TAC não pode tampouco renunciar aos direitos que são objeto da sua ação, porque são direitos de natureza coletiva, cuja disponibilidade,

---

<sup>8</sup> BARROSO, Luis Roberto. La protection collective des droits au Brésil et quelques aspects de la class action américaine. Disponível : <http://www.courdecassation.fr/IMG/File/barroso-actionco-bresil.pdf>.

<sup>9</sup> DALLA et FARIAS. Op., cit., p. 20

<sup>10</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. A Ação civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

<sup>11</sup> SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. Termo de ajuste de conduta. São Paulo: LTr, 2004, p. 11.

sem autorização legal expressamente prevista, é contrária ao sistema jurídico brasileiro. No entanto, deve-se mencionar a exceção relativa a pequenas concessões concernente ao modo de cumprimento das obrigações do TAC, prazos e outros aspectos que não comprometam a indisponibilidade do direito que é objeto do TAC.<sup>12</sup>

O simples fato de se liberar dos ônus da Justiça e de não figurar como um litigante perante o Estado já é suficiente para que a celebração do TAC se torne atraente para aquele que se compromete. Além disso, quem se compromete, ao escolher esta via não jurisdicional não renuncia ao controle judicial da legalidade das normas e condições estabelecidas.

Finalmente, podemos dizer que o TAC funciona como um modo alternativo de resolução de litígios administrativos, procedimental, ágil, tendo dois objetivos: evitar o agravamento de danos aos direitos coletivos e evitar uma intervenção jurisdicional desnecessária. Estes dois objetivos se combinam e, juntos, tornam o TAC um procedimento atraente para todas as partes celebrantes.

Os objetivos visados pelo TAC são alcançados na medida da intensidade de influência exercida pelo organismo legitimado a formalizá-lo. Quem se compromete o faz convencido dos benefícios da assinatura do TAC em relação a uma ação judicial. A parte se obriga a cumprir as condições ali estabelecidas por reconhecer a autoridade moral do organismo que estabelece as condições. Assim, consideramos o TAC um autêntico exemplo de magistratura de influência praticada no Brasil.

A força da influência do organismo legitimado a propor o TAC é o fator mais importante de persuasão. O consenso é apenas secundário junto ao poder do terceiro que intervém no litígio, não como um conciliador para propor uma solução, mas sim para pesar na resolução do litígio, sugerindo uma solução investida de sua autoridade moral.

### **3 PODER DE RECOMENDAÇÃO - FATOR PREPONDERANTE DA MAGISTRATURA DE INFLUÊNCIA**

Para superar os efeitos ordinários que se espera normalmente de um mecanismo alternativo de litígio, a magistratura de influência se utiliza do poder de recomendação, poder este que é fortalecido pelo acesso a informações privilegiadas.

Esse poder de recomendação consiste na formulação de propostas gerais e impessoais visando reformas que evitarão novos conflitos. A partir do diálogo entabulado com o cidadão na tentativa de obter uma solução consensual, função

---

<sup>12</sup> DALLA et FARIAS. Op., cit., p. 24.

também exercida pela magistratura de influência, o exercício do poder de recomendação será facilitado pela obtenção de dados precisos e atualizados das diversas relações estabelecidas com o Estado, nas suas mais variadas facetas temáticas. A magistratura de influência figurará como um perfeito observatório da atividade administrativa.

É certo que esse poder de recomendação não se confunde com o poder de decisão do juiz e nem almeja qualquer semelhança. Esse poder é desprovido dos caracteres inerentes à coercitividade não apresentando qualquer força executória. A magistratura de influência é a capacidade de convencer sem constranger.

A autoridade investida da magistratura de influência desempenha uma função política, fundamentada na influência moral, e desenvolvida por duas missões básicas: a de intervenção nos conflitos e a de provocação de reformas.<sup>13</sup> A primeira de dimensão individual e concreta; e a segunda, de dimensão coletiva e difusa.

Bernard Malignier considera que esse poder de recomendação guarda uma autoridade de *coisa recomendada*. Isso vale dizer que essa recomendação, embora desprovida da força jurídica da coisa julgada, guarda um valor infra regulamentar que decorre da credibilidade política de seus agentes e da publicidade negativa dos relatórios elaborados, que denunciam as práticas de má-administração. Essa publicidade acontece na França e na Comunidade Europeia, onde o *Defenseur des droits* e o *Médiateur Européen* divulgam amplamente todas as recomendações encaminhadas aos órgãos públicos, seguidos das medidas adotadas por cada um deles para sanar o problema detectado, ou denunciando a sua omissão.<sup>14</sup>

As recomendações efetuadas pelo agente influenciador denunciam o problema e detalham o mais minuciosamente possível a solução, ou soluções que se mostram mais viáveis para o caso. Assim, a recomendação visa uma melhoria da atividade administrativa ou do serviço público, o que ultrapassa em muito os limites de um conflito entre o Cidadão e o Estado.

Um conflito gerado pela morosidade na concessão de tratamento médico pelo Estado para pacientes acometidos de tumores malignos, por exemplo, pode ser gerado por uma falha no procedimento adotado pelo Ministério de Saúde. Exigência excessiva de exames médicos, prazos dilatados na obtenção de alguns resultados, enfim, formalidades que podem representar o foco gerador das demandas judiciais. Com a implantação de um sistema de magistratura de influência, esses fatos geradores seriam revelados pela repetição do problema em conflitos individuais levados perante o mediador, e, provocariam uma recomendação para o órgão envolvido, a partir do que foi detectado, com indicação de possíveis soluções.

---

<sup>13</sup> WALINE, Jean. *Droit administratif*, 22<sup>ème</sup> Ed. Paris : Dalloz.

<sup>14</sup> MALIGNIER, Bernard. *Les fonctions du Médiateur*. Paris : PUF, 1979.

Para o demandante, uma ação dessa natureza tem um impacto muito maior do que a simples solução do conflito posto em análise. De forma imediata, a solução concreta e individual do problema é que atrai o Cidadão a se socorrer de um sistema de solução alternativa de litígios administrativos, contudo, é a partir dessa motivação pessoal de cada suposto lesado, que a Administração alcança uma posição privilegiada para realizar as reformas de abrangência coletiva. A magistratura de influencia se alimenta e se retroalimenta a partir dessas duas principais funções.<sup>15</sup>

#### 4 O CONSENSO E O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

A Administração Pública quando almeja desenvolver um sistema consensual de solução de litígios deverá se concentrar antecipadamente em adaptar as concepções adotadas pelo direito privado acerca da mediação e da conciliação.

A conciliação é tradicionalmente utilizada pelo direito privado e recentemente começou a interessar ao Direito Administrativo. Entretanto, em razão das peculiaridades e extravagâncias do sistema jurídico-administrativo, esse encontro de vontades e interesses deverá ser objeto de adaptações.

Na França Jean-François Brisson define a conciliação como o apelo das partes a um terceiro a fim de aproximar seus pontos de vista e de saber aproveitar dessa aproximação para propor uma solução de compromisso que elas serão livres para aceitar ou não. De outra parte, a mediação, para o autor francês, é a intervenção de um mediador entre as partes e um litígio, não como conciliador, para propor uma solução, mas para analisar a situação e sugerir a Administração, submetida à sua influência moral, uma solução viável para o caso.<sup>16</sup>

Essa definição coloca a mediação sob a ótica do direito administrativo. Para o autor francês, numa relação de desigualdade jurídica o consenso pura e simplesmente jamais será obtido, portanto, necessário se torna o exercício um poder de convencimento fortalecido pela credibilidade moral de um dos agentes.

Segundo o dicionário Larousse, a palavra «*mediação*» se origina do latim «*medius*», o que está ao meio; «*mediato*», como o inverso de imediato, aquilo que se faz indiretamente, a partir de um intermediário. Já o verbo «*conciliar*», ele vem do latim «*conciliare*», significando «*unir*». Esse percurso etimológico é determinante para nos conduzir a algumas deduções importantes sob a definição de mediação e conciliação. A conciliação implica que as partes estejam reunidas, e sozinhas,

---

<sup>15</sup> *Idem*, p. 118.

<sup>16</sup> BRISSON, Jean-François. Régler autrement les litiges administratifs : Les recours gracieux et hiérarchiques, voie alternative de protection des administrés ? *Revue de Droit Public*, 1996. pp.792-846.

cheguem a um acordo de vontades; o conciliador não deve buscar uma solução, mas apenas deixar que a solução sobressaia da discussão. Em relação ao mediador, ele intervém quando as partes não têm esperança de encontrar uma solução e prefere se submeter a um terceiro para que ele, investido de uma autoridade moral, oriunda de conhecimento técnico e de idoneidade moral, emita um parecer sobre a questão, propondo uma solução para por fim à controvérsia.

O projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro - PLC 8046/2010 - dispunha em seu artigo 145:

§ 1o. O conciliador poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 2o. O mediador auxiliará as pessoas em conflito a compreenderem as questões e os interesses envolvidos no conflito e posteriormente identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo.

O texto do projeto de lei demonstra uma diferença quase paradoxal entre o sentido da mediação adotado no Brasil para aquele adotado na França. Uma dissonância dessa magnitude é difícil de se explicar e de se compreender, principalmente quando tratamos de duas línguas que têm a mesma origem latina. Todavia, estamos tratando dessas definições à luz do direito administrativo, e, na França, bem como na Comunidade Europeia, a mediação apresenta-se associada à magistratura de influência no que tange as soluções alternativas ao contencioso administrativo. O *Médiateur de la République* na França - atualmente substituído pelo *Défenseurs des Droits* - e o *Médiateur Européen*, fazem prova dessa afinidade que acabamos de enunciar.

Esses duas autoridades administrativas - *Défenseurs des Droits* e *Médiateur Européen* - desempenham uma função de influenciar numa solução. O *Médiateur Européen* tem o papel inicial de por um fim no litígio entre o cidadão e a administração-comunitária de forma mais rápida e mais serena possível. Em razão de sua autoridade moral, o *Médiateur* consegue frequentemente conduzir as partes a uma solução amigável, ou seja, sem intervenção do juiz.<sup>17</sup>

O traço consensual é comum a todos os modos de configuração dos litígios extra-judiciais. É a diferença de dimensão dessa característica consensual que vai impor as particularidades deles. A melhor forma de resolver os litígios é certamente uma maneira harmonizada de colocar fim a uma disputa sem a imposição de uma decisão por um terceiro, e, graças aos esforços das próprias partes em conflito. Em

---

<sup>17</sup> MUNOZ, Frédéricque. Pour une logique de la conciliation». AJDA, 1997, p. 41.

teoria, nenhuma hierarquia entre as partes deveria existir, nem nenhuma imposição de poder ou de vontade quando a forma de resolução é consensual.

Porém, nós podemos concluir, a partir do breve enunciado sobre o TAC, sobre o *Médiateur Européen* e sobre o *Défenseur des Droits* de que a presença do consenso existe, mas, não é decisiva para atingir o objetivo almejado. Os meios amigáveis de resolver os litígios administrativos são, desse modo, trazidos para um confronto com os meios judiciais. Por outro lado, eles não representam as formas consensuais no sentido mais exato do termo.

A incapacidade do consenso em conduzir o litígio pode derivar da participação da administração pública como parte. A vontade administrativa não é da mesma natureza que a vontade humana, ela é externa e institucionalizada, enquanto que a vontade dos cidadãos é interna e pessoal. Assim, a construção do consenso que depende, nesses casos, de uma conciliação das vontades de natureza diversas, vai enfrentar dificuldades anormais, não encontradas no direito privado.<sup>18</sup>

Os procedimentos constituem as formalidades necessárias para demonstrar a legitimidade da formação da vontade pública. Logo, a complexidade da natureza de uma vontade que não é humana, exige técnicas que, para a sua formação, fogem ao senso comum.

As instituições que utilizam a persuasão estão mais adaptadas ao contencioso administrativo que os meios puramente consensuais. A autoridade moral da magistratura de influência torna o procedimento mais ágil e mais eficaz. A condução do tratamento dos conflitos por uma autoridade administrativa torna o arranjo final mais confiável do ponto de vista formal.

O resultado mais satisfatório destes procedimentos no Brasil e na França, em nossa opinião, é devido à adaptabilidade dessas técnicas às necessidades e às especialidades do contencioso administrativo. O consenso induzido representa uma tendência das formas alternativas de litígio aplicadas à realidade Administrativa. As partes encontram uma conciliação de interesses após a intervenção de alguém que é uma autoridade independente e que persegue o interesse público.

A função mais ativa desempenhada por mediador pensado em termos institucionais e publicísticos, em comparação com o conciliador, concede maior dinamismo a esses mecanismos, e os torna, ao mesmo tempo, mais eficazes que a conciliação. Em revanche, esta posição mais indutiva para o encontro de uma solução pode suscitar alguma desconfiança por parte do Cidadão que, em geral, não tem uma boa imagem da Administração. O equilíbrio entre a indução e a neutralidade é fundamental, até mesmo porque essa persuasão não poderia ultrapassar o

---

<sup>18</sup> DELAUNAY, Bénédicte. Bibliothèque de Droit Public, T.172, L'amélioration des Rapports entre l'administration et les Administrés. Paris : LGDJ, 1993.

sensível e tênue limite entre o convencer e o constranger. A parte tem que ser livre para aceitar ou não as propostas formuladas.

## **5 LEGITIMAÇÃO PARA EXERCER A MAGISTRATURA DE INFLUÊNCIA**

A pergunta central acerca da magistratura de influência é saber quem dentro da estrutura administrativa estaria mais apto para exercê-la.

Lembremos que um dos fatores responsáveis pela originalidade desse mecanismo de solução de litígio é a influência nas decisões administrativas, e a proposição de soluções para o litígio. Essa influência decorre de um poder de convencimento originado de uma credibilidade moral de quem desempenha essa função. Para tanto, o ideal é a criação de uma entidade com personalidade jurídica própria, com autonomia e independência.

Na Comunidade Europeia e na França os modelos de entidades que exercem a magistratura de influência são todos estruturados como Autoridades Administrativas Independentes.

Frequentemente qualificadas na França como novas magistraturas ou magistraturas morais, a criação das AAI - Autoridades Administrativas Independentes pode ser apresentada como a resposta a uma necessidade que a justiça não é capaz de satisfazer sozinha, por não saber ou não poder se adaptar às evoluções sociais mais complexas. Na verdade, essas organizações são dotadas de um poder autônomo de influência dentro de determinados setores.

A mediação, a conciliação e o equilíbrio entre a persuasão e a autonomia da vontade são as características determinantes do modelo administrativo que ensejou a criação das AAI na Europa. O Estado contemporâneo não é mais o imperador, mas sim, o mediador. Ele não pode mais impor suas condições, mas pode negociá-las. É desta forma que de um lado o Estado vai legitimar a sua intervenção em relações predominantemente privadas, e, por outro lado, vai conseguir bons resultados materializando o seu dever de eficiência.

Floriano Marques Neto intitula a função de regulação exercida no Brasil pela Agencias Reguladoras de “*mediação ativa de interesses*”. O que se trata aqui exatamente é de se estabelecer estruturas do Estado que irão desempenhar um papel de mediador ativo em relação aos fortes atores sociais (grandes empresários privados) e também em relação aos atores economicamente frágeis (consumidores).<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos Serviços Públicos. RDA, 2002, São Paulo, p. 17.

É exatamente na atuação das AAI e das AR que observamos a maior aptidão para desenvolver legitimamente a magistratura de influência. Essas estruturas administrativas contam com a independência política necessária, com a capacidade técnica exigida, tudo isso sem perder a pertinência e qualificação de Administração Pública.

Na França, o *Défenseur des Droits*, típica Autoridade Administrativa Independente, distingue-se das nossas Agências Reguladoras, porquanto são autoridades cuja função precípua é atrair, por si só, as demandas que normalmente seriam da única competência, em princípio, da Judiciário. Podemos, portanto, dizer que essas AAI já são projetadas pelo Estado em razão da preocupação de se estabelecer órgãos alternativos ao juiz administrativo, até então o único guardião e protetor dos direitos fundamentais em matéria administrativa.

Na maioria das vezes, estas AAI são apresentadas como parte de um movimento de desjurisdicionalização. A sua aplicação é, de fato, relacionada com a constatação dos limites e insuficiências do controle jurisdicional para resolver conflitos envolvendo a Administração Pública segundo os padrões de eficiência exigidos na contemporaneidade. Jacques Chevallier acredita que em um primeiro momento as AAI podem deixar transparecer que elas podem substituir o juiz, o que é um equívoco, na verdade, a instituição de uma autoridade administrativa independente nunca tem como efeito a eliminação da possibilidade de se recorrer ao juiz, no máximo, prevenir e, destarte, reduzir o contencioso, especialmente quando o recurso a uma dessas autoridades se impõe como um pré-requisito antes de iniciar uma ação contenciosa.<sup>20</sup>

Posta como entidade ideal para exercer a magistratura de influencia, a AAI não é a única estrutura administrativa apta a realizar essa tarefa. As instituições designadas na Constituição Federal de 1988 como sendo essenciais à Justiça - Ministério Público, Advocacia-Geral da União, Procuradorias e Defensoria Pública – são compostas por carreiras de Estado cujos membros são autônomos e independentes. No caso do Ministério Público por disposição expressa da própria Constituição art. 127 § 1, que estabelece a independência funcional de seus membros; e, em relação a AGU, Procuradorias do Estado e Defensoria Pública, a independência decorre do exercício da advocacia pelos seus membros, profissão regulamentada pela Lei 8.906/94, que exige para o seu desempenho independência e autonomia.

Assim, considerando as características apresentadas por estas instituições, acreditamos que elas também estão igualmente aptas a realizar legitimamente a magistratura de influência.

---

<sup>20</sup> CHEVALLIER, Jacques. Réflexion sur l'institution des Autorités Administratives Indépendantes. *JCP*, 1986, p.312.

## CONCLUSÃO

O uso da influência para viabilizar reformas e pacificação de conflitos é o trunfo da magistratura de influência como modo alternativo ao contencioso administrativo tradicional. Essa técnica une a eficiência ao consenso; une o individual ao coletivo; e o acesso à informação à abertura de diálogo com o cidadão.

O poder de recomendação e a mediação do conflito gerado se retroalimentam numa relação construtiva de causa e efeito. Dos conflitos se extraem as mudanças, e das mudanças se obtém a diminuição significativa da litigiosidade de forma sustentável e duradoura.

## BIBLIOGRAFIA

- BARROSO, Luis Roberto. La protection collective des droits au Brésil et quelques aspects de la class action américaine. Disponível : <http://www.courdecassation.fr/IMG/File/barroso-actionco-bresil.pdf>.
- BRISSON, Jean-François. Bibliothèque de Droit Publique. T. 185. Les Recours administratifs en droit public français, Paris : LGDJ, 1996
- CHEVALLIER, Jacques. Réflexion sur l'institution des Autorités Administratives Indépendantes. *JCP*, 1986.
- DALLA, Humberto et FARIAS, Bianca de. Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na lei de improbidade administrativa e no projeto de lei da ação civil pública. Disponível : [http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/apontamentos\\_sobre\\_o\\_compromisso\\_de\\_ajustamento\\_d\\_e\\_conduta.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/apontamentos_sobre_o_compromisso_de_ajustamento_d_e_conduta.pdf). Consultado em 27 fevereiro de 2011.
- DALLA, Humberto. Ações de classe, direito comparado e aspectos processuais relevantes. Disponível : [http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/acoes\\_de\\_classedireito%20comparado\\_e\\_aspectos\\_processuais\\_relevantes.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/acoes_de_classedireito%20comparado_e_aspectos_processuais_relevantes.pdf). Consultado em 27 de fevereiro de 2011.
- DELAUNAY, Bénédicte. Bibliothèque de Droit Public, T.172, L'amélioration des Rapports entre l'administration et les Administrés. Paris : LGDJ, 1993.
- GIORGI, Raffaele de. A Administração Pública na Sociedade Complexa. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 9-22, jan/abr, 2011. p. 20 e 21.
- MALIGNIER, Bernard. Les fonctions du Médiateur. Paris : PUF, 1979.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos Serviços Públicos. São Paulo : RDA, 2002.
- MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2. Ed. Rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2013.
- MUNOZ, Frédérique. Pour une logique de la conciliation». *AJDA*, 1997, p. 41.

RODRIGUES, Geisa de Assis. A Ação civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. Termo de ajuste de conduta. São Paulo: LTr, 2004.

WALINE, Jean. *Droit administratif*, 22<sup>ème</sup> Ed. Paris : Dalloz.

MARDIERE, Christophe. La transaction regard fiscal. Dalloz, Paris, 2006

---

# OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE:

## BREVE ABORDAGEM A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

---

Tiago Cappi Janini<sup>1</sup>

Ana Luiza Godoy Pulcinelli<sup>2</sup>

### INTRODUÇÃO

O Poder Público necessita de recursos financeiros para manter sua estrutura organizacional e desenvolver políticas públicas. Grande parte desses investimentos decorre dos tributos arrecadados pelo Estado. Por estas razões, o pagamento de tributos foi considerado um dever fundamental pelo legislador constituinte originário. Contudo, o poder de tributar do Estado também foi limitado, pois, em um Estado de Direito, não há que se falar em poderes absolutos, uma vez que isto comprometeria o sistema.

Neste contexto, o presente trabalho visa analisar os direitos fundamentais do contribuinte enquanto detentores de uma função dúplice em nosso ordenamento jurídico: seja na forma de limitações ao poder de tributar ou na de cláusula pétreia.

Assim, no primeiro item, far-se-á uma breve explanação acerca dos direitos fundamentais do contribuinte, especificando-os como necessários a não intervenção do Estado na vida do particular. Coube ao segundo item a exemplificação destes direitos.

Já o terceiro item tratará dos deveres fundamentais do contribuinte, esclarecendo a sua necessidade à manutenção do Estado.

Por fim, o quarto e quinto itens tratam da dúplice função dos direitos fundamentais do contribuinte, na forma de limitação ao poder de tributar e também como cláusula pétreia, respectivamente.

---

<sup>1</sup> Professor na Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Doutor e mestre em Direito do Estado pela PUC/SP – e-mail: tiagocappi@yahoo.com.br.

<sup>2</sup> Mestranda em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP. Especialista em Direito Tributário pela Escola Paulista de Direito. Professora de Direito Tributário na Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, *campus* Cornélio Procópio. Assistente de Magistrado no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – e-mail: luizapulcinelli@uenp.edu.br.

Utilizando-se o método dedutivo a partir de pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, pretende-se demonstrar a importância dos direitos fundamentais do contribuinte no contexto de um Estado Democrático de Direito.

## 1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE

A Administração Pública, por meio da relação jurídica tributária, busca arrecadar dinheiro aos cofres públicos, utilizando-se, para isso, de mecanismos que evitem a sonegação. Diante do alto índice de burla ao sistema tributário presente em nosso país, as autoridades fiscais, muitas vezes, realizam práticas autoritárias e, até mesmo, arbitrárias. Porém, há de se lembrar de que o Estado, para efetivar a cobrança dos tributos, não se pode valer de instrumentos que atropellem os direitos assegurados constitucionalmente ao contribuinte. As práticas evasivas não de ser coibidas sem violar leis e direitos.

Esclarecedoras as palavras de Humberto Medrano Comejo<sup>3</sup>:

No mundo contemporâneo não se discute a prerrogativa que tem o Estado de exigir aos particulares o pagamento de tributos, mas tal atribuição e o correlativo dever dos contribuintes se encontram disciplinados pelo Direito, a fim de impedir – essencialmente através de normas constitucionais – o confisco ou exação arbitrária, mediante a aplicação de determinados princípios que tendem a garantir o que, de maneira sintética, poderia se denominar justiça na tributação.

É nesse constante conflito de interesses que se sobressaem os direitos fundamentais do contribuinte.

A desigual força entre Estado e contribuinte na relação jurídica tributária enseja o surgimento de direitos cujo escopo é dar maior segurança aos cidadãos quando estiverem diante de fatos tributários. “Como todo titular de poder tende a dele abusar, é natural que o Estado, na relação tributária, esteja permanentemente ultrapassando os limites ao mesmo estabelecidos pelo Direito. Daí a necessidade de se dar destaque a certos direitos do contribuinte, considerados fundamentais, para que eles não sejam amesquinçados e possam servir como fundamento essencial da questionada relação”<sup>4</sup>.

Os direitos fundamentais podem ser classificados de diversas formas, conforme critérios eleitos pelo estudioso do direito. Desenvolve-se, portanto, por

---

<sup>3</sup> La tendencia inquisitiva en el derecho tributario, *Estudios em homenagem a Geraldo Ataliba*, p. 75-6 (tradução livre).

<sup>4</sup> Hugo de Brito MACHADO. *Direitos fundamentais do contribuinte e a efetividade da jurisdição*, p. 34.

meio de uma propriedade específica, subclasses dentro da classe dos direitos fundamentais. Uma hipótese que interessa os auspícios deste estudo é agrega-los conforme o seu titular. Utilizando-se dessa técnica, estipula-se um subconjunto que pertencem aos contribuintes, entendidos como os sujeitos passivos das relações jurídicas tributárias, tanto a principal quanto a *accessória*. Para Geraldo Ataliba, os direitos fundamentais estão relacionados com a tributação, pelo que se destacam seus dizeres:

Ora, dentre os direitos fundamentais do homem estão – universalmente reconhecidos e proclamados – o direito à liberdade e à propriedade, em posição de prestígio especial. Tais direitos são aqueles mais direta e intimamente relacionados com a tributação que, ao primeiro, importa em seus aspectos extrafiscais e, ao segundo, em sua essência tributária, propriamente dita<sup>5</sup>.

Os direitos fundamentais do contribuinte têm por finalidade iluminar a posituação das normas tributárias. Toda e qualquer produção normativa que diga respeito aos tributos só pode desenvolver-se com apoio nos valores positivados na Constituição. Roque Carrazza bem demonstra o que se quer dizer:

(...) parece certo que o Estado, ao exercer a tributação, deve observar os limites que a ordem constitucional lhe impôs, inclusive no que atina com os direitos subjetivos públicos das pessoas.

Com estes preceitos, a Constituição determinou de modo negativo, isto é, através de proibições, o *conteúdo possível* das leis tributárias e, indiretamente, dos regulamentos, das portarias, dos atos administrativos tributários etc.

Em outros termos, a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal, ao fazerem uso de suas competências tributárias, são obrigados a respeitar os direitos individuais e suas garantias<sup>6</sup>.

Em um Estado Democrático de Direito é inadmissível que os direitos fundamentais do contribuinte sejam expressões de conteúdo vago<sup>7</sup>. As atividades de

---

<sup>5</sup> Geraldo ATALIBA. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*, p. 9.

<sup>6</sup> *Curso de direito constitucional tributário*, p. 433 (grifo do original). O STF já destacou a importância dos princípios tributários como direitos fundamentais no sistema jurídico: “Os princípios constitucionais tributários, assim, sobre representarem importante conquista político-jurídica dos contribuintes, constituem expressão fundamental dos direitos individuais outorgados aos particulares pelo ordenamento estatal. Desde que existem para impor limitações ao poder de tributar do estado, esses postulados têm por destinatário exclusivo o poder estatal, que se submete a imperatividade de suas restrições”. (ADI 712 MC, Rel. Min. Celso de Mello, tribunal pleno, julgado em 07/10/1992).

instituição e cobrança dos tributos não podem vilipendiar os direitos subjetivos do contribuinte, mesmo diante de evidentes suspeitas de sonegação fiscal.

Os direitos fundamentais do contribuinte podem ser identificados como aqueles enunciados prescritivos contidos no texto constitucional cujo escopo é protegê-lo na percução tributária, possibilitando uma justa incidência das normas. São, portanto, direitos oponíveis ao Estado em seu ato de produção de normas, sejam elas gerais e abstratas ou individuais e concretas. Os direitos fundamentais do contribuinte apresentam-se como proibições ao Estado de lesar, por meio de leis, atos administrativos ou decisões judiciais, os valores prestigiados na Constituição Federal. Desse modo, pode-se dizer que pertencem à classe dos direitos de primeira geração, uma vez que representam uma resistência do contribuinte em relação ao Estado<sup>8</sup>.

Em classificação apresentada por Jellinek, os direitos fundamentais do contribuinte são enquadrados como direitos de *status negativo*<sup>9</sup>, que permitem ao contribuinte resistir diante de uma atuação ilícita do Estado, assegurando-lhe liberdade. A tributação arbitrária é ilegal, protegida pelos direitos fundamentais do contribuinte. Esses direitos possuem um status negativo, já que impedem o Estado realizar algo; é uma verdadeira proibição em intervir na esfera de liberdade do administrado constitucionalmente garantida.

Diante desses direitos e garantias constitucionalmente arrolados, qualquer atividade produtora de normas jurídicas na esfera tributária deve seguir o caminho trilhado pelo texto constitucional. Todos os poderes do Estado, ao aplicarem normas, devem dar atenção aos comandos constitucionais, em especial àqueles que garantem os direitos fundamentais, respeitando a dignidade do contribuinte. Conforme o art. 145, § 1º da CF, ao Estado só é lícito atuar *respeitados os direitos individuais e nos termos da lei*. São, portanto, barreiras intransponíveis que asseguram a justa tributação. Eduardo Arruda Alvim é enfático: “se a Carta Magna arrolou e consagrou uma série de direitos fundamentais, esses devem ser considerados e integralmente observados pelos entes públicos na atividade da tributação”<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Vicente Óscar DÍAZ, *Conceptos idóneos para conocer cómo debe desarrollar su actividad la inspección tributaria dentro del marco legal y derecho y acciones de los contribuyentes por ante la violación del tal precepto. Protección constitucional de los contribuyentes*, p. 165.

<sup>8</sup> De acordo com Paulo BONAVIDES, “os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. *Curso de direito constitucional*, p. 563-4.

<sup>9</sup> Nesse sentido, Paulo BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, p. 564.

<sup>10</sup> Apontamentos sobre o recurso hierárquico no procedimento administrativo tributário federal, *Tributos e direitos fundamentais*, p. 33.

Os direitos fundamentais do contribuinte funcionam, portanto, como critérios delimitadores do processo de positivação de normas tributárias, atuando em todo percurso normativo. Sempre que se for produzir uma norma tributária, independentemente do sujeito competente, deve-se atentar para os enunciados constitucionais veiculadores dos direitos fundamentais do contribuinte.

### 1.1 ALGUNS EXEMPLOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE

Manuseando o texto constitucional é fácil encontrar diversos direitos que garantem uma justa tributação ao contribuinte, resguardando-o contra as mazelas do poder fiscal. A partir desse rol se constrói um verdadeiro *estatuto constitucional do contribuinte*. Segundo Betina Treiger Grupenmacher, “A expressão ‘Estatuto do Contribuinte’ foi criada por Juan Carlos Luqui em 1953 e se refere ao grupo de normas constitucionais que asseguram os direitos fundamentais do cidadão em matéria tributária”<sup>11</sup>. Em suma, *estatuto do contribuinte* é o nome dado ao conjunto de normas que têm o escopo de proteger os direitos públicos subjetivos do contribuinte; são os direitos fundamentais do contribuinte organizados em um documento normativo<sup>12</sup>.

Para fazer um breve apanhado dos enunciados que integram o estatuto, basta ir diretamente ao art. 150 da Constituição Federal. Lá estão consagrados diversos princípios que visam assegurar uma tributação livre de arbitrariedades; enaltecem-se os princípios da legalidade<sup>13</sup>, da anterioridade<sup>14</sup>, da igualdade<sup>15</sup>, da vedação de confisco<sup>16</sup>, da irretroatividade<sup>17</sup>, etc.

<sup>11</sup> Tributos e direitos fundamentais, *Tributos e direitos fundamentais*, p. 13.

<sup>12</sup> Roque CARRAZZA, *Curso de direito constitucional tributário*, p. 435-6. Paulo de Barros CARVALHO alerta que a expressão *estatuto do contribuinte* deve servir aos anseios do direito brasileiro e não ser meramente importada de outros sistemas tributários. Estatuto do contribuinte, direitos, garantias individuais em matéria tributária e limitações constitucionais nas relações entre fisco e contribuinte, *Revista de direito tributário*, n. 7-8, p. 138.

<sup>13</sup> “Recurso extraordinário que se limitou a alegar usurpação de competência do Poder Legislativo, sem impugnar a tese, acolhida pelo acórdão, de que a anistia fiscal concedida por via diversa da lei, com efeitos excludentes de punibilidade pelo crime de sonegação, não afronta o princípio da legalidade, que se eleva, entre nós, a categoria de garantia fundamental, já que teve em mira beneficiar o contribuinte”. (STF, RE 118.655, Rel. Min. Ilmar Galvão, primeira turma, julgado em 30/06/1992).

<sup>14</sup> “A anterioridade da norma tributária, quando essa é gravosa, representa uma das garantias fundamentais do contribuinte, traduzindo uma limitação ao poder impositivo do Estado”. (STF, RE 587.008, Rel. Min. Dias Toffoli, tribunal pleno, julgado em 02/02/2011).

<sup>15</sup> “O princípio da isonomia – que vincula, no plano institucional, todas as instâncias de poder – tem por função precípua, consideradas as razões de ordem jurídica, social, ética e política que lhe são inerentes, a de obstar discriminações e extinguir privilégios (RDA 55/114), devendo ser examinado sob a dupla perspectiva da igualdade na lei e da igualdade perante a lei (RTJ 136/444-445). A alta significação que esse postulado assume no âmbito do Estado democrático de direito impõe, quando transgredido, o reconhecimento da absoluta desvalia jurídico-constitucional dos atos estatais que o

Todavia, os direitos fundamentais que integram o estatuto do contribuinte não ficam limitados ao Capítulo I do Título IV da Constituição Federal – Do Sistema Tributário Nacional. De acordo com Humberto Ávila, não se confunde o Sistema Tributário com o capítulo do texto constitucional “*quantitativamente* porque existem outras normas tributárias além daquelas que podem ser reconduzidas aos dispositivos contidos no capítulo do Sistema Tributário Nacional; *qualitativamente* porque as normas previstas no Sistema Tributário Nacional só ascendem a um significado normativo por meio de uma (horizontal) consideração das concatenações materiais decorrentes dos princípios e direitos fundamentais”<sup>18</sup>.

Diante de tal óptica, outros direitos fundamentais atinentes ao âmbito tributário estão positivados em distintos pontos do texto constitucional. No art. 5º, por exemplo<sup>19</sup>, estão consagrados o direito fundamental à propriedade e ao livre exercício do trabalho, importantes diretrizes no ato de instituição de tributos e da sua cobrança. São evidentes princípios constitucionais com repercussão na incidência tributária. Desse modo, as leis tributárias não podem tolher o direito de propriedade, com exações que a corroem, muito menos podem criar embaraços abusivos ao livre exercício do trabalho. Ainda são reconhecidos pelo STF como direitos fundamentais

---

tenham desrespeitado”. (STF, AI 360.461-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, segunda turma, julgamento em 06/12/2005).

<sup>16</sup> “A Constituição da República, ao consagrar o postulado da não-confiscatoriedade, vedou qualquer medida, que, adotada pelo Estado, possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, em função da insuportabilidade da carga tributária, o exercício a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita, ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde e habitação, p. ex.)”. (STF, ADI 2.551 MC-QO, Rel. Min. Celso de Mello, tribunal pleno, julgado em 02/04/2003).

<sup>17</sup> “O princípio da irretroatividade da lei tributária deve ser visto e interpretado, desse modo, como garantia constitucional instituída em favor dos sujeitos passivos da atividade estatal no campo da tributação. Trata-se, na realidade, à semelhança dos demais postulados inscritos no art. 150 da Carta Política, de princípio que – por traduzir limitação ao poder de tributar – é tão somente oponível pelo contribuinte à ação do Estado.” (STF, ADI 712-MC, Rel. Min. Celso de Mello, segunda turma, julgamento em 7/10/1992).

<sup>18</sup> *Sistema constitucional tributário*, p. 23 (grifo do original). Pensamento semelhante é encontrado em Luciano AMARO, *Direito tributário brasileiro*, p. 128 e em Paulo de Barros CARVALHO, para quem os direitos e garantias individuais em matéria tributária não são encontrados apenas em regras constitucionais que tratam do assunto. Estatuto do contribuinte, direitos, garantias individuais em matéria tributária e limitações constitucionais nas relações entre fisco e contribuinte, *Revista de direito tributário*, n. 7-8, 138-9.

<sup>19</sup> Para uma extensa relação dos direitos fundamentais do contribuinte, embora enumerados com as denominações de imunidades e princípios, ver Misabel DERZI, em suas notas de atualização da obra de Aliomar BALEIRO, *Limitações constitucionais ao poder de tributar*, p. 36 e seguintes.

do contribuinte: a inviolabilidade do domicílio fiscal<sup>20</sup>, a proteção do sigilo bancário<sup>21</sup>, e a liberdade de exercício de atividade econômica<sup>22</sup>.

Conquanto possa aparentar que os direitos fundamentais do contribuinte estejam adstritos somente ao art. 5º e ao Capítulo referente às limitações ao poder de tributar, é salutar esclarecer que eles encontram-se pulverizados por toda a Constituição Federal. Paulo Roberto Lyrio Pimenta esclarece que “a Constituição consagrou um amplo sistema de tutela ao contribuinte, que se espalha por todo o seu texto. Isto é, o constituinte adotou um sistema de valores em favor do contribuinte, os quais foram corporificados em vários setores do texto da Magna Carta, e não apenas nos arts. 5º, 150 e 151”<sup>23</sup>. Para ilustrar, pode-se citar o princípio da livre iniciativa, prescrito no art. 170 da Carta Magna, que guarda íntima relação com o direito tributário.

Apenas com os exemplos acima apontados já se observa o extenso catálogo dos direitos e garantias que protegem os contribuintes contra as arbitrariedades dos órgãos de fiscalização tributária.

Diante dessa vasta gama de princípios reconhecidos como direitos fundamentais do contribuinte, é essencial verificar que as decisões do STF vêm constatando que nenhuma medida estatal pode coibir o exercício de um direito fundamental, inviabilizando-o substancialmente, independentemente do seu motivo.

Como se observou no capítulo anterior, os direitos fundamentais são caracterizados pela amplitude semântica de seu conteúdo. Idêntico problema afeta os direitos fundamentais do contribuinte. São expressões vagas e ambíguas, dificultando, sobremaneira, uma definição que satisfaça o anseio de todos. Especificar o quantum que transforma um tributo em ato confiscatório é trabalho extenuante, que não resulta em consenso. Apenas diante de um caso concreto se consegue identificar com melhor destreza se uma alíquota gera ou não o efeito de

<sup>20</sup> “Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de ‘casa’ revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, ‘embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita’”. (STF, HC 82.788, Rel. Min. Celso de Mello, segunda turma, julgado em 12/04/2005).

<sup>21</sup> Recentemente o STF decidiu ser inconstitucional lei que determine à Receita Federal do Brasil a quebra do sigilo bancário do contribuinte sem prévia autorização judicial: “Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte”. (RE 389.808, Rel. Min. Marco Aurélio, tribunal pleno, julgado em 15/12/2010).

<sup>22</sup> “Norma local que condiciona a concessão de regime especial de tributação à apresentação de CND. Meio indireto de cobrança de tributo. Ofensa ao princípio da livre atividade econômica”. (STF, AI 798.210 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, segunda turma, julgado em 08/05/2012).

<sup>23</sup> Cláusulas pétreas tributárias, *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 92, p. 42.

confisco<sup>24</sup>. Dessa feita, o aspecto pragmático dos direitos fundamentais do contribuinte merece especial atenção. Em uma situação especificamente contextualizada é que se torna mais evidente se houve ou não afronta aos dizeres constitucionais que asseguram garantias para uma justa tributação.

## 2 DEVERES FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE

Até o momento, salientou-se com afincos os inúmeros direitos e garantias que protegem os seres humanos, principalmente contra ingerências abusivas e arbitrárias do Estado. Do mesmo modo que existem esses mecanismos de defesa, o texto constitucional atribui deveres fundamentais aos indivíduos. Em face de as modernas constituições darem maior atenção aos direitos fundamentais, principalmente por advirem da queda de regimes totalitários e arbitrários, elas não se descuidam por completo dos deveres dos cidadãos<sup>25</sup>. A Constituição de 1988, fruto de uma abertura democrática com o fim de uma época de ditaduras, elencou obrigações dirigidas aos indivíduos que constituem verdadeiros deveres fundamentais, como o dever de pagar tributo, o dever de votar, o dever de alistamento militar.

Esclarece Jorge Miranda que os deveres, em sentido amplo, são

[...] as situações jurídicas de necessidade ou de adstrição de comportamentos impostas constitucionalmente às pessoas, aos membros da comunidade política. Não são deveres do homem em geral; são apenas aqueles que o homem tem perante o Estado (ou perante outros homens, defronte do Estado), enquanto cidadão e que derivam do seu estatuto básico, a Constituição, em conformidade com os princípios que a enformam<sup>26</sup>.

Em um primeiro momento, deve-se esclarecer que os deveres fundamentais não são vistos como o contraponto dos direitos fundamentais; deve-se observar o princípio da *assinalagmaticidade* ou da *assimetria* entre os direitos e os

---

<sup>24</sup> “1. A caracterização do efeito confiscatório pressupõe a análise de dados concretos e de peculiaridades de cada operação ou situação, tomando-se em conta custos, carga tributária global, margens de lucro e condições pontuais do mercado e de conjuntura social e econômica (art. 150, IV da Constituição). 2. O isolado aumento da alíquota do tributo é insuficiente para comprovar a absorção total ou demasiada do produto econômico da atividade privada, de modo a torná-la inviável ou excessivamente onerosa”. (RE 448.432 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, segunda turma, julgado em 20/04/2010 – grifo nosso).

<sup>25</sup> Esse caráter secundário dos deveres fundamentais não desperta a atenção dos constitucionalistas. José Casalta NABAIS lembra que o estudo dos deveres fundamentais é considerado um dos temas mais esquecidos da doutrina constitucional contemporânea. *O dever fundamental de pagar impostos*, p. 15.

<sup>26</sup> *Manual de direito constitucional*, tomo IV, p. 72.

deveres fundamentais<sup>27</sup>. Esse princípio garante a autonomia dos deveres em face aos direitos fundamentais. O gozo de um direito fundamental não implica na obrigação de existir um dever correlato, e vice-versa.

Pois bem, é sabido que existem enunciados prescritivos constitucionais que impõem direitos e outros que inserem deveres aos indivíduos. É certo que tais direitos e deveres não de convivem no sistema jurídico. Essa coexistência, todavia, não é sempre pacífica. Há conflitos, colisões entre eles que precisam ser resolvidos, principalmente no plano pragmático do direito. Observe-se que o dever de pagar tributos afronta o direito de propriedade.

Desses possíveis conflitos decorrem duas constatações: (i) os deveres fundamentais devem ser exigidos com respeito aos direitos e garantias fundamentais; e (ii) os direitos fundamentais não servem de amparo para obstar o cumprimento dos deveres fundamentais. Tais assertivas têm ampla repercussão na esfera tributária: (i) a fiscalização tributária e os tributos devem ser exigidos obedecendo ao estatuto do contribuinte; e (ii) os direitos fundamentais do contribuinte não devem ser usados como escudo para evitar o pagamento de tributos ou obstar a fiscalização tributária, mas apenas como mecanismos de defesa contra uma tributação arbitrária e abusiva.

No prisma do direito tributário, o contribuinte tem de cumprir, basicamente, dois deveres junto ao fisco. O primeiro deles, que não interessa profundamente a este estudo, é o dever fundamental de pagar tributos, implicitamente previsto no texto constitucional. Já o segundo, intimamente relacionado com os deveres instrumentais, expresso no § 1º do art. 145 da CF, consiste não somente na obrigação de apresentar as declarações e demais documentos exigidos pela administração fazendária, mas também no dever de os cidadãos suportarem a fiscalização tributária. No âmbito constitucional, geral e abstrato, esses deveres convivem com os direitos fundamentais do contribuinte. A partir do instante em que se inicia a positivação normativa aparecem os conflitos<sup>28</sup>; afirma-se, por isso, que a harmonia entre direitos e deveres deve estar presente em toda cadeia normativa. Em momento algum pode haver sobreposição, a ponto de aniquilar seus efeitos jurídicos.

---

<sup>27</sup> José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 493. Essa característica de autonomia dos deveres instrumentais não afasta a possibilidade de existirem deveres conexos com direitos fundamentais, conforme atesta o próprio autor português. O que importa é que para existirem deveres fundamentais não é preciso que lhe seja retribuído um direito fundamental correlato. Podem existir deveres sem direitos, e direitos sem deveres.

<sup>28</sup> Conforme Reginaldo de FRANÇA, o conflito entre contribuinte e Estado-Administração decorre da compulsoriedade dos tributos, não ficando adstrito aos seus aspectos qualitativo e quantitativo: “Projetam-se também nas atividades de controle que o Estado realiza quanto aos atos negociais dos cidadãos na conferência dos valores declarados, enfim, na inspeção e na fiscalização tributária”. *Fiscalização tributária*, p. 201.

Por isso, utilizar-se do estatuto do contribuinte com a finalidade de fugir da tributação ou da fiscalização é forma de ruptura do sistema jurídico. A real finalidade dos direitos fundamentais do contribuinte é possibilitar uma justa tributação e fiscalização, e não as evitar. Do mesmo modo, os deveres, embora acarretem a restrição de direitos, não supõem normas permissivas de intervenção do Estado<sup>29</sup>, atropelando as garantias fundamentais.

É amplamente divulgado, na doutrina<sup>30</sup> e jurisprudência<sup>31</sup>, que os direitos fundamentais não são absolutos. São direitos relativos. Relativos porque admitem restrições, advindas de outros direitos e dos deveres fundamentais<sup>32</sup>. A aplicação absoluta dos direitos fundamentais impediria o cumprimento dos deveres impostos aos cidadãos, ruindo com todo o sistema jurídico. A Constituição assim como garante direito de propriedade, o tolhe ao determinar a cobrança de tributos. Há, na verdade, a necessidade de ambos conviverem pacificamente.

### 3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE COMO LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR

O poder de tributar consiste na instituição de tributos pelo legislador infraconstitucional. Em um sentido mais amplo, inclui-se como poder de tributar a formalização da cobrança do crédito tributário pela norma individual e concreta. É visto como um sinônimo de competência, tanto a legislativa como a administrativa. Seria, portanto, a aptidão para produzir normas jurídicas tributárias, cujo escopo seja o pagamento de tributos.

Nesse aspecto, o poder de tributar ou o exercício da competência tributária não é livre; deve respeitar a hierarquia das normas, isto é, o aplicador do direito tem de obedecer rigorosamente ao disposto na norma superior. Pondera Betina Treiger Grupenmacher que “Os princípios constitucionais tributários e as imunidades são formas de limitações impostas ao Estado no exercício do poder de tributar, razão

---

<sup>29</sup> Jorge MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo IV, p. 72.

<sup>30</sup> André Ramos TAVARES assevera: “Não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada aos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais”. *Curso de direito constitucional*, p. 375.

<sup>31</sup> A título de ilustração, menciona-se o seguinte trecho de decisão proferida pelo STF: “Inexistem garantias e direitos absolutos. As razões de relevante interesse público ou as exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades permitem, ainda que excepcionalmente, a restrição de prerrogativas individuais ou coletivas. Não há, portanto, violação do princípio da supremacia do interesse público”. (RE 455.283 AgR, Rel. Min. Eros Grau, segunda turma, julgado em 28/03/2006).

<sup>32</sup> J. J. Gomes CANOTILHO não enxerga o ‘efeito negativo’ dos deveres fundamentais como ‘restrições’ ou ‘limites imanentes’, pois tal imposição desqualificaria a autonomia dos deveres fundamentais. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 494.

pela qual são reconhecidos como direitos individuais da pessoa humana contra a atividade tributária arbitrária do Poder Público<sup>33</sup>. Em outras palavras, o poder de tributar é limitado pelo próprio direito, principalmente pelas normas contidas no texto constitucional, dentre as quais se incluem, especialmente, os direitos fundamentais dos contribuintes, como critério limitador da norma de competência.

Dessa feita, encontra-se no sistema jurídico verdadeiras restrições ao poder de tributar. Esses limites consistem em “freios e amortecedores”<sup>34</sup> que condicionam o exercício da competência tributária. Aliás, é o que ensina Regina Helena Costa: “A expressão *limitações constitucionais ao poder de tributar* é abrangente do conjunto de princípios e demais normas disciplinadoras da *definição e do exercício da competência tributária*”<sup>35</sup>. Na verdade, são normas que auxiliam a fixação do campo de competência.

Pode-se afirmar, portanto, que os direitos fundamentais são verdadeiros limites ao poder de tributar<sup>36</sup>. A competência tributária não significa uma autorização plena para os Poderes estatais produzirem as normas como quiserem e com o conteúdo que desejarem, sejam elas de que classe for. Há diversos limites dispostos no sistema jurídico, balizadores da atividade produtora de normas. O legislador não pode instituir tributo, bem com a Administração Pública não pode cobrá-los sem respeitar os direitos fundamentais do contribuinte.

Roque Carrazza, um entusiasta defensor dos direitos e garantias dos contribuintes, demonstra a importância que exercem na produção normativa: “As pessoas políticas, enquanto tributam, não podem agir de maneira arbitrária e sem

<sup>33</sup> Tributos e direitos fundamentais, *Tributos e direitos fundamentais*, p.13.

<sup>34</sup> Aliomar BALEEIRO, *Limitações ao poder de tributar*, p. 02.

<sup>35</sup> *Curso de direito tributário*, p. 51. (grifo do original). Luciano AMARO traça linhas parecidas: “as chamadas ‘limitações ao poder de tributar’ integram o conjunto de traços que demarcam o campo, o modo, a forma e a intensidade de atuação do poder de tributar (ou seja, do poder, que emana da Constituição, de os entes políticos criarem tributos)”. *Direito tributário brasileiro*, p. 129 (grifo do original).

<sup>36</sup> Essa ideia é amplamente aceita no STF, conforme se pode observar do seguinte trecho colhido da ementa do HC 82.788: “Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional. - A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar, ‘respeitados os direitos individuais e nos termos da lei’ (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cuja eficácia - que prepondera sobre todos os órgãos e agentes fazendários - restringe-lhes o alcance do poder de que se acham investidos, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado”. (HC 82.788, Rel. Min. Celso de Mello, segunda turma, julgado em 12/04/2005 – grifo não consta no original).

obstáculo algum, diante dos contribuintes. Muito pelo contrário: em suas relações com eles, submetem-se a um rígido regime jurídico. Assim, regem suas condutas de acordo com as regras que veiculam os direitos fundamentais e que colimam, também, limitar o exercício da competência tributária, subordinando-o à ordem jurídica<sup>37</sup>.

Ressalta-se que os direitos fundamentais do contribuinte funcionam como critérios na norma de competência que limitam o ato de produção de normas; limitam, nesse sentido, o poder de tributar.

É importante consignar que a restrição ao poder de tributar também dever ser estendida à atividade fiscalizatória da Administração. Não é admitido pelo sistema jurídico, que o Fisco concentre poderes ilimitados para investigar a vida dos particulares sem a proteção dos direitos e garantidas fundamentais.

#### **4 O ALCANCE DO ART. 60, § 4º, IV DA CF E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE**

É cediço que a Constituição Federal pode ser modificada desde que siga rigorosamente o disposto no seu art. 60. Aí se encontram prescritos o procedimento e o conteúdo da norma de competência que possibilita a alteração do texto constitucional. Não observadas essas regras, a emenda é inconstitucional<sup>38</sup>. Esse *poder de reforma* é cercado por certas restrições, que traçam a norma de competência reformadora: (i) limites circunstanciais, que impedem a alteração da Constituição em situações anômalas, isto é, quando houver intervenção federal, estado de sítio ou estado de defesa; (ii) limitações temporais, que vedam a atuação do órgão revisor até o transcurso de certo tempo; e (iii) limitações materiais,

<sup>37</sup> *Curso de direito constitucional tributário*, p. 438-9. Interessante consignar trecho do voto do Min. Celso de Mello no julgamento da Pet. 1.466 (informativo STF, nº 125): "O exercício do poder impositivo, por parte das entidades políticas investidas da prerrogativa de tributar, não deve converter-se em instrumento, que, arbitrariamente manipulado pelas pessoas estatais, venha a conduzir à destruição ou ao comprometimento da própria ordem constitucional.

A necessidade de preservação da incolumidade do sistema consagrado pela Constituição Federal não se revela compatível com pretensões fiscais contestáveis do Poder Público, que, divorciando-se dos parâmetros estabelecidos pela Lei Magna, busca impor ao contribuinte um estado de submissão tributária inconvincente com os princípios que informam e condicionam, no âmbito do Estado Democrático de Direito, a ação das instâncias governamentais.

O fundamento do poder de tributar, por isso mesmo, reside no dever jurídico de essencial e estrita fidelidade dos entes tributantes ao que imperativamente dispõe a Constituição da República".

<sup>38</sup> É tranquilo o entendimento no sentido da possibilidade de uma Emenda Constitucional que viole o art. 60 da CF ser declarada inconstitucional pelo STF. "Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.)." (ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, tribunal pleno, julgado em 15/12/1993).

conhecidas como *cláusulas pétreas*, pois fazem imutável determinada matéria constitucional.

No que diz respeito às limitações materiais, o §4º do art. 60 é taxativo ao determinar quais propostas de emenda não serão objeto de deliberação. Consagra, nos dizeres de Paulo Bonavides, “as vedações materiais perpétuas do nosso ordenamento constitucional ao exercício do poder de reforma”<sup>39</sup>. Em outras palavras, há determinados dispositivos constitucionais que não podem ser objeto de alteração, por representarem os valores fundamentais da Constituição. Assim, a Emenda Constitucional não poderá 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. Quando um enunciado prescritivo constitucional versar acerca de um desses assuntos, ele não poderá ser retirado do sistema jurídico.

Nesse rol desses direitos *eternos* incluem-se os direitos fundamentais do contribuinte. Paulo Roberto Lyrio Pimenta identifica como cláusula pétrea as limitações constitucionais dos arts. 150 ao 152, sem exceção, bem como os direitos fundamentais enunciados no art. 5º. Ainda, de acordo com o mesmo autor, existem direitos e garantias que alcancem o contribuinte em outros setores do texto constitucional<sup>40</sup>.

Já se mencionou a extrema dificuldade de apresentar uma definição para os direitos fundamentais, inclusive para aqueles que protegem o contribuinte. Esse problema se reflete na identificação das cláusulas pétreas. Assim, ao transpor essa barreira e assegurar a classificação de um enunciado prescritivo constitucional como direito fundamental do contribuinte, o resultado é a sua inserção no núcleo irreformável do Texto Maior, o que traz como consequência a impossibilidade de ser objeto de exclusão do sistema jurídico, quer direta ou indiretamente, inclusive por emenda constitucional.

## CONCLUSÃO

No contexto de um Estado de Direito atribui-se à lei o limite para impor restrições à atividade estatal e, em específico neste trabalho, à atividade de tributar.

---

<sup>39</sup> *Curso de direito constitucional*, p. 200.

<sup>40</sup> Cláusulas pétreas tributárias, *Revista Dialética de Direito Tributário* n° 92, P. 43 e seguintes. Posição semelhante encontra-se em Humberto ÁVILA: “(...) mesmo que os direitos não estejam previstos no Título II da Constituição, que regula os direitos e garantias individuais, eles estão incluídos na proibição de modificação se forem decorrentes do regime dos princípios adotados pela Constituição ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º, CF). Isso vale não apenas para as limitações ao poder de tributar previstas no artigo 150 e denominadas ‘garantias’, mas também para os direitos fundamentais garantidos pela Constituição como um todo, como é o caso da proteção da família, da propriedade e da liberdade”. *Sistema constitucional tributário*, p. 110.

É certo que a vida em sociedade exige, *ab initio*, a restrição de certas liberdades individuais e a retirada de parte do patrimônio do contribuinte em favor do Estado. Assim, pagar tributos é um dever considerado fundamental para a existência e manutenção da máquina estatal, não importando a finalidade a que ele se presta: individualista ou supra-individualista.

Contudo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 nasce em um contexto histórico no qual a imposição de limites ao Estado era de extrema necessidade, a fim de evitar o regresso ao uma fase totalitária. O poder então era devolvido ao povo, estando ele ciente de que tão necessário quanto um Estado, era a existência de limites à sua atuação.

Assim surgem os direitos fundamentais do contribuinte, classificados em direitos de *status negativo*, como que permitem ao contribuinte resistir diante de uma atuação ilícita do Estado, assegurando-lhe liberdade. Neste contexto, eles atuam como limitação ao poder de tributar, descritos, principalmente nos incisos do artigo 150, da CF/88.

Os direitos fundamentais do contribuinte ainda são tidos como cláusula pética, pois, na forma de direitos e garantias individuais, eles estão abrangidos pelo artigo 60, § 4º, IV, da CF/88, adquirindo o status de imutáveis e eternos enquanto a presente Constituição existir.

Assim, para que a Constituição Federal seja cumprida desde o seu art. 1º, a expressão Estado Democrático de Direito deve ser analisada sob a ótica de uma limitação legal à atuação do Estado, incluindo o respeito irretratável a direitos fundamentais individuais, como é o caso dos direitos fundamentais do contribuinte.

## REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- \_\_\_\_\_. Lei complementar em matéria tributária. **Revista de direito tributário**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 48, p. 84-106, abr./jun. 1989.
- ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. **Da prova no processo administrativo tributário**. São Paulo: LTr, 1992.
- BORGES, José Souto Maior. **Obrigação tributária: uma introdução metodológica**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- \_\_\_\_\_. Estatuto do contribuinte, direitos, garantias individuais em matéria tributária e limitações constitucionais nas relações entre fisco e contribuinte. **Revista de direito tributário**. São Paulo, n. 7-8, p. 135-151, jan./jun. 1979.
- \_\_\_\_\_. O emprego de documentos eletrônicos na constituição do fato jurídico tributário. In: FERRAGUT, Maria Rita (coord.). **Direito tributário eletrônico**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 11-24.
- \_\_\_\_\_. Que cabe ao jurista fazer? Notas sobre as relações de derivação e positivação no sistema do direito. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ROSSET, Patrícia; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (coords.). **Estudos: direito público: homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso**. São Paulo: LexMagister, 2012, p. 815-831.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Manual de direito tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CORNEJO, Humberto Medrano. La tendencia inquisitiva en el derecho tributario. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 74-88.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- FERREIRO LAPATZA, José Juan. **Direito tributário: teoria geral do tributo**. Barueri: Manole; Espanha: Marcial Pons, 2007.
- GRUPENMACHER, Betina Treiger. Tributação e direitos fundamentais. In: FISCHER, Octavio Campos. **Tributos e direitos fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 09-17.
- HORVATH, Estevão.  **Lançamento tributário e "autolancamento"**. São Paulo: Dialética, 1997.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 28. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais do contribuinte e a efetividade da jurisdição**. São Paulo: Atlas, 2009.

MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**: administrativo e judicial. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. tomo IV – Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário**: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 15. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2013.

PEIXOTO, Daniel Monteiro. **Competência administrativa na aplicação o direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Cláusulas pétreas tributárias. **Revista dialética de direito tributário**. São Paulo, n. 92, p. 40-46, maio. 2003.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 1999.

\_\_\_\_\_. **Decadência e prescrição no direito tributário**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomao (coord.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008, p. 155- 187.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: \_\_\_\_\_ (org.). **Interpretação constitucional**. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 115-143.

\_\_\_\_\_. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2005.

VIEIRA, José Roberto. Legalidade tributária e medida provisória: mel e veneno. In: FISCHER, Octavio Campos. **Tributos e direitos fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 175-216.

XAVIER, Alberto. **Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978.

ZOCKUN, Maurício. **Regime jurídico da obrigação tributária acessória**. São Paulo: Malheiros, 2005.

---

# REVISITANDO A INTERRUPÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS FACE AO INADIMPLENTO DO USUFRUIDOR E O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

---

Rafael José Nadim de Lazari<sup>1</sup>

Ricardo Bispo Razaboni Junior<sup>2</sup>

## 1 LINHAS PROLEGOMINAIS

A Constituição Federal dispôs, em 1988, no art. 175, sobre a incumbência do Poder Público, de maneira direta ou descentralizada, de prestar serviços públicos em consonância com o axiológico art. 37, *caput*, da aludida Carta. Do modo descentralizado, germinam a descentralização por outorga e a por colaboração, de modo que, por critério de afunilamento do tema, restringir-se-á, nesta obra, a este último meio de descentralização.

Sendo assim, diante da improficuidade do Estado em atender às necessidades coletivas com qualidade ímpar, o que era exceção virou regra, e o que se viu foram contratos de concessões, permissões etc., sobejando o universo administrativista pátrio e sua relação com os administrados - aqui, nesta obra, adjetivados como usuários de serviços públicos -, transferindo para a iniciativa privada benesses, obrigações e ônus, originalmente cabíveis à Administração Pública.

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica, de São Paulo/SP. Mestre em Teoria do Estado pelo Centro Universitário "Eurípides Soares da Rocha", de Marília/SP. Professor do Mestrado em Direito do Centro Universitário "Eurípides Soares da Rocha", de Marília/SP. Líder do Grupo de Pesquisa REI (Relações Institucionais) - Todos os lados do art. 2º da Constituição Federal, cadastrado no diretório acadêmico de pesquisa do CNPQ. Autor, organizador e participante de inúmeras obras jurídicas. Palestrante no Brasil e no exterior. Advogado e consultor jurídico

<sup>2</sup> Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário "Eurípides Soares da Rocha", de Marília/SP. Graduado em Direito pela Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA. Membro do Grupo de Pesquisa REI (Relações Institucionais) - Todos os lados do art. 2º da Constituição Federal, cadastrado no diretório acadêmico de pesquisa do CNPQ. Advogado e Consultor Jurídico.

Mas, para a prestação de um serviço público adequado, mister se faz a contraprestação pecuniária por taxa ou, como no caso do problema apresentado alhures, por tarifa. Nem todo usuário quita suas obrigações, entretanto, e a inadimplência, tal qual nas relações privadas, gera problemas.

Posto o esclarecimento preliminar, traz-se à roda de discussões os serviços públicos e a possibilidade de sua interrupção frente ao inadimplemento do usuário. Trata-se de tema em voga na doutrina administrativista brasileira, conseqüente ao superado entrave da tratativa do usuário de serviço público singular, remunerado por preço público, como consumidor e, portanto, tutelado, também, pela codificação de mesmo nome<sup>3</sup>.

Isto posto, sem circunlóquios, é ampla a gama de dispositivos legais que remetem à questão do serviço público e seu usuário, podendo-se destacar, a título ilustrativo, o art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987/95, no qual se afirma ser “serviço adequado” aquele que satisfaça condições de regularidade, *continuidade*, eficiência, segurança etc.; o §3º, do mesmo artigo e da mesma Lei, que pondera não caracterizar “descontinuidade do serviço público” interrupções por emergência ou após prévio aviso em caso de ordem técnica ou segurança das instalações (inciso I), ou por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade (inciso II); o art. 22, da Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor -, que exige dos órgãos públicos (ou de suas empresas, concessionárias e permissionárias) o fornecimento de serviços adequados, eficientes, seguros e, *quanto aos essenciais*, contínuos; e o art. 10, da Lei nº 7.783/89, que por falar em serviços essenciais, considera, em rol exemplificativo, o tratamento e abastecimento de água, a produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis (inciso I), a assistência médica e hospitalar (inciso II), o transporte coletivo (inciso V), a captação e o tratamento de esgoto e lixo (inciso VI), o controle de tráfego aéreo (inciso X), dentre outros.

Observa-se, neste diapasão, que enquanto a Lei nº 8.987/95 traz a continuidade com possíveis exceções, a Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do

<sup>3</sup> Neste sentido, convém a opinião de Fabrício Bolzan (2010, p. 237): “O usuário do serviço público é o destinatário fático e econômico dessa atividade desenvolvida. Como exemplos podemos citar o passageiro do transporte coletivo quando se vale do ônibus para conduzi-lo ao trabalho, a pessoa que utiliza o serviço de telefonia para realizar uma chamada de emergência e salvar um familiar em risco de morte, e também o usuário do serviço de energia elétrica quando usufrui o conforto necessário representado por um banho quente numa madrugada fria de inverno. Ainda que fosse uma pessoa jurídica a usuária do serviço de energia elétrica com o objetivo de concretizar seus meios de produção, poderia sim ser considerada consumidora destinatária final, caso comprovasse sua vulnerabilidade diante do caso concreto (posicionamento do STJ – teoria finalista atenuada). Entretanto, adverte o autor, “[...] por mais que defendamos a incidência do CDC para o serviço público *uti singuli*, tal aplicação não recairá sobre todos os serviços individualizados, mas somente sobre aqueles cuja contraprestação pecuniária seja feita por meio de tarifa, quer em razão de se tratar de uma remuneração facultativa, quer em razão da natureza contratual onde impera a vontade e a possibilidade da interrupção deste contrato a qualquer tempo pelo consumidor-usuário” (BOLZAN, 2010, p. 248).

Consumidor - confere o caráter de absoluto ao continuísmo em caso de serviços públicos essenciais.

Resta diferenciar, então, em primeiro momento, o que é serviço público geral e o que é serviço público individual, e dentre os individuais o que é, afinal, essencial, para enfim chegar ao ponto nevrálgico do trabalho, que é o entendimento doutrinário partilhado e a posição jurisprudencial em constante mutação, acerca da possibilidade de interrupção do serviço público em caso de inadimplemento do usuário.

## **2 BREVE DISTINÇÃO ENTRE SERVIÇOS PÚBLICOS GERAIS E INDIVIDUAIS**

São os serviços públicos gerais e individuais também chamados de “*uti universi*” e “*uti singuli*”, respectivamente, de modo que cabem a Hely Lopes Meirelles (2002, p. 319) as primeiras palavras:

Serviços “*uti universi*” ou gerais são aqueles que a Administração presta sem ter usuários determinados, para atender à coletividade no seu todo, como os de polícia, iluminação pública, calçamento e outros dessa espécie. Esses serviços satisfazem indiscriminadamente a população, sem que se erijam em direito subjetivo de qualquer administrado à sua obtenção para seu domicílio, para sua rua ou para seu bairro. Estes serviços são indivisíveis, isto é, não mensuráveis na sua utilização. Dai por que, normalmente, os serviços *uti universi* devem ser mantidos por *imposto* (tributo geral), e não por taxa ou tarifa, que é remuneração mensurável e proporcional ao uso individual do serviço. Serviços “*uti singuli*” ou individuais são os que têm usuários determinados e utilização particular e mensurável para cada destinatário, como ocorre com o telefone, a água e a energia elétrica domiciliares. Esses serviços, desde que implantados, geram direito subjetivo à sua obtenção para todos os administrados que se encontrem na área de sua prestação ou fornecimento e satisfaçam as exigências regulamentares. São sempre serviços de utilização individual, facultativa e mensurável, pelo que devem ser remunerados por *taxa* (tributo) ou *tarifa* (preço público), e não por imposto.

Observa-se, à primeira vista, a questão tributária aplicada aos serviços públicos, porque enquanto gerais são remunerados por impostos (art. 145, I, CF/88), e enquanto individuais o são por taxas (art. 145, II, CF/88) ou por preços públicos.

Mais uma vez descartam-se discussões quanto aos serviços públicos gerais, para debruçar-se, tão-somente, sobre os individuais, quais sejam, aqueles que, dentro de um universo de atividades prestadas pelo Estado-Administrador, podem ser isolados, detectando-se sua fatia a cada administrado.

Sobre os individuais, então, estes são remunerados por taxas ou tarifas valendo, atualmente, o critério do arbítrio do legislador para se definir qual a natureza

da contrapartida pelo serviço prestado. Isto porque, a taxa pode ser decorrente do exercício regular do poder de polícia ou da prestação de um serviço público. A tarifa também é decorrente da prestação de um serviço público. Então, mais uma vez afirmando, tem-se um serviço público individual, que pode ser remunerado por taxa ou tarifa.

Acontece que tarifa é preço e, como tal, receita originária, submetendo-se a regime contratual (e não tributário), cobrada mediante ação de cobrança (e não execução fiscal). Desta análise preliminar infere-se que a proteção do consumidor do serviço remunerado por tarifa é muito menor, o que pode ser perigoso, se considerada a “moda” que vem em constante crescente no país, desde o final da década de 70, em remunerar serviços por tarifa, inclusive para permitir maior praticidade em caso de eventual inadimplemento do usuário.

Pelo exposto, pode-se pensar em uma proteção diferenciada para determinados serviços públicos, reservando-lhes remuneração por taxa como medida protecionista do usuário (critério da natureza do serviço). Isso já foi pensado, entretanto, e se revelou improficuo, pois remunerando serviços de água e luz por taxa, por exemplo, se está afirmando, por consequência, que a cobrança de tais deve obedecer a princípios tributários, como o da legalidade, o que vai em sentido contrário ao já propalado movimento de se conceder a prestação destes serviços à iniciativa privada, as quais visam ao lucro. Mais prático, dinâmico e fácil remunerar por tarifa, então, que não se submete a regime tributário, como já dito alhures.

Então, convém recapitular o que foi visto até agora: o Estado deve prestar serviços públicos de maneira direta ou descentralizada, se dedicando esta obra à descentralização por colaboração, devido às concessionárias e permissionárias de serviços públicos. Dentre os serviços públicos prestados, existem os gerais e os individuais, sendo aqueles remunerados por impostos, e estes por taxas ou tarifas. O regime tarifário é preferível pelos prestadores de serviços, por ter maior dinamicidade e, principalmente, por ser mais suscetível à interrupção em caso de inadimplemento do usuário.

Mas as coisas não podem ser tão “simples” assim.

Dando prosseguimento ocorre, todavia, que o processo *supramencionado* ainda não é o fim do percurso, fazendo-se imprescindível outra divisão, dentro destes serviços singularizados, em essenciais e não-essenciais.

E o que seriam, afinal, serviços públicos individuais essenciais? Na ânsia por uma resposta, além dos exemplificativamente dispostos no art. 10, da Lei nº 7.783/89, pode-se considerar aqueles correlatos à ideia de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88). Em outras palavras, esmiuçando, seria tudo aquilo que compete ao Estado fornecer, direta ou indiretamente, dentro de uma filosofia de bem-

estar social, e que a população não pode prescindir, ainda que parcialmente, por importar perda de qualidade de vida, sobretudo em analisando os direitos e garantias constitucionais fundamentais, explícitos e implícitos, espalhados na Lei Maior pátria<sup>4</sup>.

Entretanto, reforça-se a dúvida: frente ao inadimplemento do usuário do serviço público individual, seja essencial ou não, pode haver sua interrupção?

Isso já é tema para o capítulo seguinte.

### **3 O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE E A POSSIBILIDADE DE INTERRUÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO ANTE A INADIMPLÊNCIA DE SEU USUÁRIO**

A ideia de um serviço público singular (e essencial) prestado de maneira contínua é tema de ampla discussão na doutrina administrativista brasileira, como já dito. Com efeito, três são as principais posições doutrinárias que acenam, sinteticamente, pela possibilidade irrestrita de interrupção do serviço público ante o inadimplemento do usuário (Luiz Alberto Blanchet, José Geraldo Brito Filomeno, Eduardo Lima Matos, Zelmo Denari e Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a título ilustrativo); pela impossibilidade irrestrita de interrupção (Rizzato Nunes); e pela possibilidade de interrupção, frente ao inadimplemento, somente dos serviços públicos ditos não-essenciais (Marçal Justen Filho, Hely Lopes Meirelles e José dos Santos Carvalho Filho).

Melhor expliquemo-las.

Adepto da possibilidade irrestrita de interrupção frente ao inadimplemento do usuário, afirma Luiz Alberto Blanchet:

O princípio da permanência do serviço público protege exclusivamente aqueles que se encontram em situação juridicamente protegida, e o consumidor inadimplente

---

<sup>4</sup> Neste sentido, oportuno o entendimento de Maria José Galleno de Souza Oliveira (2003, p. 124): “Quanto aos serviços essenciais pode-se dizer que são aqueles de vital importância para a sociedade, pois afetam diretamente a saúde, a liberdade ou a vida da população, tendo em vista a natureza dos interesses a cuja satisfação a prestação se endereça. Há aqueles serviços que pela sua própria natureza são ditos essenciais, são os serviços de segurança nacional, segurança pública e os judiciários. Esses não são serviços de consumo, haja vista que não são remunerados. Somente o Estado pode prestá-los diretamente. São, portanto, indelegáveis”. Em outro momento de sua obra, afirma a autora: “O Tribunal Constitucional espanhol na STC 53/1986, ao se manifestar sobre serviço essencial, entendeu ser este um conceito jurídico indeterminado, existindo dois conceitos: um amplo e um estrito. No sentido amplo serviços essenciais são aquelas atividades industriais e mercantis das quais derivam prestações vitais ou necessárias para a vida da comunidade [...]. No sentido estrito um serviço não é essencial tendo em vista a natureza da atividade que se desdobra e o resultado que se pretende alcançar com dita atividade, mas, concretamente, pela natureza dos interesses a cuja satisfação a prestação se endereça. Para que o serviço seja essencial devem ser considerados os bens e os interesses satisfeitos, considerando como bens e interesses satisfeitos os direitos fundamentais, as liberdades públicas e os bens constitucionalmente protegidos” (OLIVEIRA, 2003, p. 86).

evidentemente não se encontra em tal situação, inclusive em função do princípio da igualdade dos usuários perante o prestador do serviço. Além do que, até por motivos de natureza material e não apenas jurídica, não pode prevalecer aquele paradoxal entendimento, pois basta que o inadimplemento seja maciço ou apenas considerável para se inviabilizar qualquer prestador de serviço público resultando, daí sim, na interrupção do serviço, e não apenas em relação ao inadimplente, mas também para o usuário que sempre cumpriu sua contraprestação. Esta regra é válida para todo serviço público cuja remuneração (paga pelo usuário) represente uma contraprestação, ou contrapartida, de caráter contratual, pela prestação do serviço, ou seja, é aplicável a todo serviço remunerado por *tarifa* (preço público), e não por *taxa*, e tampouco por *preço político* [...] (BLANCHET, 1999, p. 52).

Em mesma frequência, cabíveis as palavras de Ruth Helena Pimentel de Oliveira:

Os usuários têm direito à prestação dos serviços públicos sempre que deles precisarem, sejam as necessidades ininterruptas ou não, e sem qualquer distinção de caráter pessoal, desde que atendam às exigências legais para poderem usufruir desse direito. Conseqüentemente, o concessionário não poderá negar a prestação desses serviços, salvo nas situações expressamente autorizadas pela lei e pelas cláusulas regulamentares do serviço público concedido. (OLIVEIRA, 2003, p. 93).

Por fim, acrescenta argumentos ao posicionamento Zelmo Denari *apud* Fabrício Bolzan:

Pacificase, na doutrina, o entendimento de que a gratuidade não se presume e que as concessionárias de serviço público não podem ser compelidas a prestar serviços ininterruptos se o usuário deixa de satisfazer suas obrigações relativas ao pagamento. Assim como o particular, no contrato *facio ut des*, pode recusar o cumprimento da obrigação de fazer, na ausência do correspectivo, assim também não há negar às concessionárias a mesma faculdade, nos contratos de Direito Público. Do contrário, seria admitir, de um lado, o enriquecimento sem causa do usuário e, de outro, o desvio de recursos públicos por mera inatividade da concessionária, sem prejuízo da ofensa ao princípio da igualdade de tratamento entre os destinatários do serviço público. (BOLZAN, 2010, p. 251).

Em palavras reduzidas, observa-se neste entendimento a preferência pela coletividade em detrimento do aspecto individual. É uma questão de isonomia (leia-se Princípio da Igualdade) e, acima de tudo, de política social (leia-se Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado), em não permitir que o inadimplente continue com o serviço operante, para que isso não lhe pareça um prêmio nem se traduza num sentimento de impunidade, e também num chamariz

para que os adimplentes, vendo a ausência de consequências ao não-pagamento, optem, também, por não quitar suas obrigações. Ademais, há a alegação de que a “gratuidade não se presume”, o que denota um legalismo tanto quanto à ausência de previsão acerca de eventual benefício de não-cobrança do serviço, como da textualização, na Lei nº 8.987/95, do art. 6º, §3º, II, quando prevê a possibilidade de interrupção por inadimplemento do usuário após prévio aviso, fato que, por si só, já legitimaria uma conduta neste sentido.

Em posição diametralmente oposta, por sua vez, mas não sem menor contundência argumentativa, cabe a Rizzatto Nunes o papel de questionar o art. 6º, §3º, II, da Lei nº 8.987/95:

Infelizmente alguns juristas, de forma equivocada, têm se manifestado no sentido contrário à norma (e mesmo com sua clara letra expressa), admitindo que o prestador do serviço público corte o fornecimento do serviço essencial em caso de inadimplemento. (NUNES, 2005, p. 310).

Isto porque, conforme o autor:

Teria sido melhor a Lei n. 8.987 não ter tratado do assunto, porque: a) seria inconstitucional, como veremos, a lei ordinária admitir o corte por mera inadimplência; b) para dizer o que disse, bastavam as disposições já vigentes da Lei n. 8.078/90, que dão cabal solução à questão. (NUNES, 2005, p. 311)

Não bastando tais fatos, dá-se ainda uma série de argumentos contrários à interrupção:

a) O principal argumento contra essa “tese” da possibilidade do corte do fornecimento dos serviços essenciais no caso de inadimplemento é não só o do exposto texto legal, mas simplesmente o da lógica mais simplória. [...] b) Por outro lado, se o legislador escreveu apenas para dizer que os serviços públicos são essenciais e contínuos, não precisava, porque não é o art. 22 que faz esse tipo de prestação ser essencial, mas sua própria natureza. c) Lembre-se que, antes de tudo, a determinação de garantia da dignidade, vida sadia, meio ambiente equilibrado etc. é constitucional, como já visto. É direito inexpugnável a favor do cidadão-consumidor. d) Existem, além disso, outros argumentos jurídicos menos relevantes, mas que também são aplicáveis ao caso: d.1) Há milhares de cidadãos isentos de pagamentos de tributos e taxas sem que isso implique a descontinuidade dos serviços ou qualquer problema para a administração do Estado. d.2) Um bem maior como a vida, a saúde e a dignidade não pode ser sacrificado em função do direito de crédito (um bem menor). d.3) É plenamente aceitável que seja fornecido ao cidadão um serviço público gratuito. Aliás, em última

instância é essa a função do Estado, que deve distribuir serviços de qualidade e gratuitos a partir dos tributos arrecadados. d.4) Aliás, se quem mais pode mais paga tributo, não há qualquer inconveniente em que aquele que não pode pagar pelo serviço público o receba gratuitamente, como já ocorre no atendimento hospitalar, na segurança pública, na educação etc. (NUNES, 2005, p. 312)

Sinteticamente, consoante tal posicionamento a previsão, no Código de Defesa do Consumidor, pela continuidade dos serviços essenciais deve prevalecer sobre a Lei nº 8.987/95, o que afastaria o critério legalista do entendimento anterior. Também, o Princípio Constitucional da Dignidade Humana (e suas implicações na vida, na saúde e na segurança) é norte a ser observado antes mesmo de se pensar no direito da concessionária ao crédito. Por fim, entende-se que há outros meios legais e hábeis de cobrança que recaem sobre o patrimônio do devedor sem afetar sua sobrevivência ou a de sua família, ou mesmo se traduzir em cobrança vexatória (art. 42, do CDC, neste último caso).

Trata-se, desde já consignando, de entendimento minoritário, contudo.

Já num terceiro enfoque, intermediário, faz-se a distinção entre serviços públicos individuais essenciais e não-essenciais, de modo que a interrupção em face do inadimplemento somente atingiria estes, jamais aqueles.

Neste diapasão, para começar, interessantes são as palavras de Marçal Justen Filho:

Quando o usuário descumprir deveres que lhe incumbem, autoriza-se a cessação da prestação do serviço. A hipótese conduz à interrupção personalizada, que não afeta senão ao usuário inadimplente. Assim, o usuário do serviço de telefonia que deixa de pagar a tarifa devida poderá ser sancionado com a suspensão do funcionamento de sua linha. (FILHO, 2003, p. 310).

Entretanto, pondera o autor:

A hipótese do inc. II não autoriza, porém, a suspensão de serviços obrigatórios, cuja prestação se faz no interesse público ou é essencial à dignidade da pessoa humana. Essa é a situação específica do fornecimento de água tratada e de coleta de esgotos. A instalação de rede de distribuição de água tratada e de coleta de esgotos não se faz como meio de satisfação do interesse individual dos usuários. Trata-se de instrumento de controle à saúde pública [...]. Algo similar pode ser afirmado no tocante ao fornecimento de energia elétrica para fins residenciais, em situação que possa colocar em risco sua sobrevivência. Em suma, quando a Constituição Federal assegurou a dignidade da pessoa humana e reconheceu o direito de todos à seguridade, introduziu obstáculo invencível à suspensão de serviços públicos essenciais. Nesses casos, o

Estado dispõe de duas escolhas. A primeira é promover a cobrança compulsória do valor correspondente à tarifa, para haver do usuário o montante correspondente aos serviços que continuam a ser prestados. A segunda é, verificando a carência de recursos, custear a manutenção da prestação dos serviços (inclusive e se for o caso, por meio da elevação das tarifas cobradas dos demais usuários). Nesta última alternativa, a comunidade arcará com o curso dos serviços. A carência de recursos não autoriza a supressão da existência e da dignidade da pessoa humana. (FILHO, 2003, p. 310).

Em mesma sintonia, adequado o entendimento de Hely Lopes Meirelles, quando trata da impossibilidade de interrupção dos serviços públicos “*uti singuli*” essenciais:

Há que distinguir entre o serviço obrigatório e o facultativo. Naquele, a suspensão do fornecimento é ilegal, pois, se a Administração o considera essencial, impondo-o coercitivamente ao usuário (como é a ligação domiciliar à rede de esgoto e da água e a limpeza urbana), não pode suprimi-lo por falta de pagamento; neste, é legítima, porque, sendo livre sua fruição, entende-se não essencial, e, portanto, suprimível quando o usuário deixar de remunerá-lo, sendo, entretanto, indispensável aviso prévio. Ocorre, ainda, que, se o serviço é obrigatório, sua remuneração é por taxa (tributo) e não por tarifa (preço), e a falta de pagamento de tributo não autoriza outras sanções além de sua cobrança executiva com os gravames legais (correção monetária, multa, juros, despesas judiciais). (MEIRELLES, 2002, p. 319).

Com base nas palavras postas acima infere-se que, em havendo o caráter de não-essencialidade do serviço singular, e desde que haja prévio aviso (visa-se eliminar a surpresa bem como eventuais constrangimentos daquele que se viu sem o serviço, além de possibilitá-lo um momento derradeiro para quitar suas obrigações), não há porque deslegitimar a adoção de medidas interruptivas.

Postos os argumentos doutrinários, convém obter-se que a jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça perfilha-se ao entendimento pela possibilidade de interrupção irrestrita - inclusive, dos serviços públicos individuais essenciais, portanto. Vejamos:

ADMINISTRATIVO - SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO - ENERGIA ELÉTRICA - INADIMPLÊNCIA - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535, I e II, DO CPC - INEXISTÊNCIA - DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO - INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DOS ARTS. 255 DO RISTJ E 541, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. 1. Não há falar em violação do art. 535, I e II, do CPC, quando o Tribunal de origem bem fundamenta seu entendimento, rejeitando, ainda que implicitamente, as teses defendidas pelo recorrente. 2. Inviável, da mesma forma, esse recurso, pela alínea “c” quando não observados os requisitos dos arts. 255 e parágrafos do RISTJ e 541,

parágrafo único, do CPC, na caracterização do dissídio jurisprudencial, já que não demonstrada a similitude de suporte fático mediante cotejo analítico. 3. Os serviços públicos podem ser próprios e gerais, sem possibilidade de identificação dos destinatários. São financiados pelos tributos e prestados pelo próprio Estado, tais como segurança pública, saúde, educação, etc. Podem ser também impróprios e individuais, com destinatários determinados ou determináveis. Neste caso, têm uso específico e mensurável, tais como os serviços de telefone, água e energia elétrica. 4. Os serviços públicos impróprios podem ser prestados por órgãos da administração pública indireta ou, modernamente, por delegação, como previsto na CF (art. 175). São regulados pela Lei 8.987/95, que dispõe sobre a concessão e permissão dos serviços públicos. 5. Os serviços prestados por concessionárias são remunerados por tarifa, sendo facultativa a sua utilização, que é regida pelo CDC, o que a diferencia da taxa, esta, remuneração do serviço público próprio. 6. Os serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, porque prestados por concessionárias do serviço, podem sofrer interrupção quando há inadimplência, como previsto no art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95. Exige-se, entretanto, que a interrupção seja antecedida por aviso, existindo na Lei 9.427/97, que criou a ANEEL, idêntica previsão. 7. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da igualdade das partes e ocasiona o enriquecimento sem causa, repudiado pelo Direito (arts. 42 e 71 do CDC, em interpretação conjunta). 8. Recurso especial conhecido parcialmente e, nessa parte, provido (REsp 1062975/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 29/10/2008) (grifei).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUÇÃO. POSSIBILIDADE. USUÁRIO INADIMPLENTE EM RELAÇÃO A FATURAS ATUAIS. 1. Da exegese da matéria inserta no art. 6º, § 3º, da Lei 8.987/95, verifica-se a possibilidade de interrupção de serviços públicos essenciais em hipóteses em que há necessidade de se preservar a continuidade e a qualidade da prestação dos serviços à coletividade. 2. A continuidade dos serviços públicos essenciais, assegurada pelo art. 22 do CDC, é limitada pelas disposições contidas na Lei 8.987/95, não havendo falar em ilicitude na interrupção do fornecimento de energia elétrica, nos casos de inadimplência do usuário. 3. Agravo regimental desprovido (AgRg no Ag 742.398/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2006, DJ 14/09/2006 p. 268) (grifei).

Uma exceção à interrupção reside nas chamadas “unidades públicas cuja paralisação é inadmissível”, nas quais, a despeito do corte vir de encontro ao interesse lucrativo e protetivo da concessionária/permissionária, prejudicaria um bem maior, que é a necessidade coletiva (e não individual) de continuidade de funcionamento do serviço. É o que se extrai, mais uma vez, da jurisprudência do STJ:

ADMINISTRATIVO - FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - FALTA DE PAGAMENTO - CORTE - MUNICÍPIO COMO CONSUMIDOR. 1. A Primeira Seção já formulou entendimento uniforme, no sentido de que o não pagamento das contas de consumo de energia elétrica pode levar ao corte no fornecimento. 2. Quando o

consumidor é pessoa jurídica de direito público, a mesma regra deve lhe ser estendida, *com a preservação apenas das unidades públicas cuja paralisação é inadmissível*. 3. Legalidade do corte para as praças, ruas, ginásios de esporte, repartições públicas, etc. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido parcialmente (REsp 588.763/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/08/2005, DJ 05/09/2005 p. 350) (grifei).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ENERGIA ELÉTRICA. UNIDADES PÚBLICAS ESSENCIAIS, COMO SOEM SER HOSPITAIS; PRONTO-SOCORROS; ESCOLAS; CRECHES; FONTES DE ABASTECIMENTO D'ÁGUA E ILUMINAÇÃO PÚBLICA; E SERVIÇOS DE SEGURANÇA PÚBLICA. INADIMPLÊNCIA. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO. SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. 1. A suspensão do serviço de energia elétrica, por empresa concessionária, em razão de inadimplemento de unidades públicas essenciais - hospitais; pronto-socorros; escolas; creches; fontes de abastecimento d'água e iluminação pública; e serviços de segurança pública -, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, despreza o interesse da coletividade. 2. É que resta assente nesta Corte que: "O princípio da continuidade do serviço público assegurado pelo art. 22 do Código de Defesa do Consumidor deve ser obtemperado, ante a exegese do art. 6º, § 3º, II da Lei nº 8.987/95 que prevê a possibilidade de interrupção do fornecimento de energia elétrica quando, após aviso, permanecer inadimplente o usuário, considerado o interesse da coletividade. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público (...)". RESP 845.982/RJ. 3. Deveras, não se concebe a aplicação da legislação infraconstitucional, in casu, art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95, sem o crivo dos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República como previsto na Constituição Federal. 4. *In casu, o acórdão recorrido (RESP 845.982/RJ), de relatoria do Ministro Castro Meira, Segunda Turma, decidiu pela impossibilidade de interrupção no fornecimento de energia elétrica das unidades de ensino do Colégio Pedro II, autarquia federal que presta serviço educacional, situado na Cidade do Rio de Janeiro, consoante se infere do voto-condutor: "(...) Entretanto, in casu, a concessionária pretende interromper o fornecimento de energia elétrica das unidades de ensino do Colégio Pedro II, autarquia federal que presta serviço educacional a "aproximadamente quinze mil alunos". Ainda que a falta de pagamento por pelos entes públicos deva ser repudiada, neste caso, a Corte regional que, ao tempo em que proibiu o corte da energia, também determinou que a verba seja afetada para o pagamento do valor devido, se for o caso, pela requisição de complementação orçamentária. Nas hipóteses em que o consumidor seja pessoa jurídica de direito público, prevalece nesta Turma a tese de que o corte de energia é possível, desde que não aconteça de forma indiscriminada, preservando-se as unidades públicas essenciais (...) Ressalto que a interrupção de fornecimento de energia elétrica de ente público somente é considerada ilegítima quando atinge necessidades inadiáveis da comunidade, entendidas essas - por analogia à Lei de Greve - como "aquelas que, não atendidas, colocam em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população" (art. 11, parágrafo único, da Lei n.º 7.783/89), aí incluídos, hospitais, prontos-socorros, centros de saúde, escolas e creches (...)". O acórdão paradigma (RESP 619.610/RS), de relatoria do Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, examinando hipótese análoga, decidiu pela possibilidade de corte no fornecimento de energia elétrica, em razão de inadimplência, em se tratando de Estado-consumidor, mesmo no caso de prestação de serviços públicos essenciais, como a educação, verbis: "(...) Com efeito, ainda que se trate o consumidor de ente público, é cabível realizar-se o corte no fornecimento de energia elétrica, mesmo no caso de prestação*

*de serviços públicos essenciais, como a educação, desde que antecedido de comunicação prévia por parte da empresa concessionária, a teor do art. 17 da Lei nº 9.427/96. Tal entendimento se justifica em atendimento aos interesses da coletividade, na medida em que outros usuários sofrerão os efeitos da inadimplência do Poder Público, podendo gerar uma mora continuada, assim como um mau funcionamento do sistema de fornecimento de energia (...)*". 5. Embargos de Divergência rejeitados (EREsp 845.982/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2009, DJe 03/08/2009) (grifei).

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO REGIONAL. INADIMPLÊNCIA. PRÉDIO PÚBLICO. SERVIÇO ESSENCIAL. INTERRUÇÃO. FORMA DE COMPELIR O MUNICÍPIO AO PAGAMENTO DO DÉBITO. INTERESSE DE TODA A COLETIVIDADE. ILEGITIMIDADE. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 568/STJ. 1. Não cabe falar em ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão colocada nos autos. 2. Verifica-se que o Tribunal a quo decidiu de acordo com jurisprudência desta Corte, no sentido de que é ilegítimo a suspensão do fornecimento de energia elétrica como forma de compelir o Município ao pagamento do débito e em prejuízo do interesse da coletividade. Súmula 568/STJ. Agravo interno improvido. (AREsp 893273/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/08/2016, DJe 17/08/2016).

Outra exceção abarcada pelo Tribunal da Cidadania contempla hipótese de miserabilidade comprovada do usuário do serviço, o que denotaria sua impossibilidade de pagar dado um estado de carência geral, sobrepujante mesmo ao mínimo necessário para uma sobrevivência digna:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CORTE DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INADIMPLÊNCIA DO CONSUMIDOR. LEGALIDADE. 1. A 1ª Seção, no julgamento do RESP nº 363.943/MG, assentou o entendimento de que é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (Lei 8.987/95, art. 6º, § 3º, II). 2. Ademais, a 2ª Turma desta Corte, no julgamento do RESP nº 337.965/MG concluiu que o corte no fornecimento de água, em decorrência de mora, além de não malferir o Código do Consumidor, é permitido pela Lei nº 8.987/95. 3. Não obstante, ressalvo o entendimento de que o corte do fornecimento de serviços essenciais - água e energia elétrica - como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos posto essenciais para a sua vida, curvo-me ao posicionamento majoritário da Seção. 4. Hodiernamente, inviabiliza-se a aplicação da legislação infraconstitucional impermeável aos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República, por isso que inaugura o texto constitucional, que revela o nosso ideário como nação. 5. *In casu*, o litígio não gravita em torno de uma empresa que necessita da energia para insumo, tampouco de pessoas jurídicas portentosas, mas de uma pessoa física miserável e desempregada, de sorte que a ótica tem que ser outra. Como

*afirmou o Ministro Francisco Peçanha Martins noutra ocasião, temos que enunciar o direito aplicável ao caso concreto, não o direito em tese. Forçoso, distinguir, em primeiro lugar, o inadimplemento perpetrado por uma pessoa jurídica portentosa e aquele inerente a uma pessoa física que está vivendo no limite da sobrevivência biológica.*

6. Em segundo lugar, a Lei de Concessões estabelece que é possível o corte considerado o interesse da coletividade, que significa interditar o corte de energia de um hospital ou de uma universidade, bem como o de uma pessoa que não possui condições financeiras para pagar conta de luz de valor módico, máxime quando a concessionária tem os meios jurídicos legais da ação de cobrança. A responsabilidade patrimonial no direito brasileiro incide sobre o patrimônio do devedor e, neste caso, está incidindo sobre a própria pessoa. 7. Outrossim, é voz corrente que o 'interesse da coletividade' refere-se aos municípios, às universidades, hospitais, onde se atingem interesses plurissubjetivos. 8. Destarte, mister analisar que as empresas concessionárias ressalvam evidentemente um percentual de inadimplemento na sua avaliação de perdas, e os fatos notórios não dependem de prova (*notoria nom egent probationem*), por isso que a empresa recebe mais do que experimenta inadimplementos. 9. *Esses fatos conduzem a conclusão contrária à possibilidade de corte do fornecimento de serviços essenciais de pessoa física em situação de miserabilidade, em contrapartida ao corte de pessoa jurídica portentosa, que pode pagar e protela a prestação da sua obrigação, aproveitando-se dos meios judiciais cabíveis.* 10. Recurso especial provido, ante a função uniformizadora desta Corte (REsp 647.853/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/09/2004, DJ 06/06/2005 p. 194) (grifei).

Somente a título de nota explicativa, atualmente, encontra-se em julgamento, perante a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, o recurso repetitivo em que se decidirá a licitude ou não do corte de energia elétrica por falta de pagamento de dívidas antigas. Ademais, a Seção irá decidir qual o período em que as concessionárias de energia elétrica serão permitidas em efetuar a cobrança administrativa, com a possibilidade de suspensão do fornecimento de seu produto. Relevante afirmar que, por ora, o STJ possibilita o corte de energia nos casos de contas recentes.

Em suma, observa-se que a posição majoritariamente consolidada no STJ perflha-se ao primeiro entendimento doutrinário aduzido no início do capítulo, pelo qual o serviço público pode ser interrompido frente ao inadimplemento do usuário, seja ele essencial ou não, com a ressalva de que não diga respeito às “unidades públicas cuja paralisação é inadmissível”, como o são creches, hospitais e repartições públicas, nem se esteja diante de miserabilidade comprovada do usuário inadimplente.

Dissecada a atualidade doutrinária e jurisprudencial, convém a elaboração de uma quarta corrente doutrinária (ou a criação de uma variação daquela que pende pela não-interrupção dos serviços individuais essenciais, apenas).

Com efeito, em que pese permissivo legal autorizador, bem como o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, não é medida mais acertada a interrupção indiscriminada, sem considerar casuísticas. Por outro lado, defender a vedação irrestrita à possibilidade de interrupção pode, de fato, deslegitimar o concessionário/permissionário como ente representativo e colaborador de funções que originariamente caberiam ao Estado, o que contrariaria seu interesse-fim de obter lucro por intermédio da cobrança de preço público e poderia, inclusive, afugentá-lo da candidatura a prestador, dada a excessiva proteção do inadimplente. Vale lembrar que a Dignidade Humana não pode ser o lugar comum a que se recorre ante a derrocada de argumentos antecedentes. É preciso cuidar para não promiscuir o princípio.

Por fim, defender a interrupção tão-somente para serviços públicos ditos “não-essenciais” pode levar à criação de “fórmula fria”, que desconsidera aspectos peculiares como a renda, o consumo e a boa-fé do usuário. Interpretando a *contrariu sensu*, ainda assim se estaria diante de incentivo para que o usuário inadimplente do serviço singular essencial não cumprisse suas obrigações, afinal, de um fenômeno tal não seria aberração afirmar, então, que os serviços essenciais são de “gratuidade indireta” já que, pagando-os ou não, tanto faz, nada autorizaria sua interrupção.

É exatamente aqui que reside a proposta central deste trabalho: que não se crie um mecanismo fixo, um entendimento fossilizado, que permita concluir “sim, aqui pode interromper” ou “não, aqui não pode interromper”.

Dá-se o exemplo, a título ilustrativo, daquele que reside em um pequeno imóvel e, entre pagar a energia e comprar alimentos para a família opta pela segunda possibilidade. Seguindo a posição que entende pela interrupção irrestrita, de nada importariam as necessidades pelas quais passaria a família cujo fornecimento de energia elétrica foi interrompido. Adotando o entendimento da interrupção impossível, provavelmente a concessionária nunca se veria ressarcida, pois dificilmente uma ação de cobrança lograria êxito no seu intento de satisfazer ou, ao menos, garantir a prestação: do salário se alegaria impenhorabilidade, da casa se acenaria pelo bem de família. Por fim, valendo-se da corrente da interrupção apenas do que é não-essencial, se incentivaria família em condição análoga a não pagar a energia também, ainda que isso coubesse em seu apertado orçamento mensal.

Agora, utilizemos outro exemplo, de um proprietário de uma mansão, que entre perder-se em futilidades consumistas e pagar a energia opta pela primeira. Ora, utilizando a segunda e terceira correntes doutrinárias, neste caso imperaria a injustiça, pois trata-se de serviço essencial, que o proprietário até poderia quitar, mas simplesmente não fá-lo. Por outro lado, aqui, o primeiro posicionamento, refutado no parágrafo anterior, “cairia como uma luva”.

Por isso o entendimento pela impossibilidade de criação de uma fórmula fria.

Convém reafirmar, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça entende pela impossibilidade de interrupção em caso de serviço de impossível paralisação ou na hipótese de miserabilidade comprovada. Trata-se de um posicionamento louvável, porém insuficiente.

As propostas deste trabalho consistem, portanto: 1 - Em refutar o entendimento doutrinário pela interrupção ampla; 2 - Em rechaçar o posicionamento pela interrupção impossível; 3 - Em concordar com a interrupção dos serviços públicos não-essenciais; e 4 - Em defender a interrupção de serviços públicos individuais essenciais, frente ao inadimplemento, desde que se comprove não se tratar de “unidade pública cuja paralisação é inadmissível”, de usuário miserável ou, ainda que presente alguma das hipóteses anteriores, que não esteja o usuário inadimplente de má-fé. Enfatiza-se: a boa-fé objetiva é elemento central no posicionamento aqui tomado.

Trata-se, indubitavelmente, de forma mais justa de equacionar todos os entendimentos doutrinários *supramencionados*, bem como os dispositivos legais que “autorizam” e “desautorizam” a interrupção do serviço público.

Assim, caberia ao usuário o dever de boa-fé (bem como seus deveres anexos) quando da quitação do preço público, e em contrapartida ficaria protegido com a incumbência do ônus da prova à parte contrária, qual seja, a concessionária/permissionária.

Isto posto, nesta linha de raciocínio convém enfatizar que, intencionalmente ou não, o Superior Tribunal de Justiça já agiu desta maneira, se observada jurisprudência de fevereiro de 2010:

Administrativo. Suspensão do fornecimento de energia elétrica. Hospital particular inadimplente. Corte no fornecimento de energia elétrica. Possibilidade. Dano moral inexistente. *1. De acordo com a jurisprudência da Primeira Seção não se admite a suspensão do fornecimento de energia elétrica em hospitais inadimplentes, diante da supremacia do interesse da coletividade (EREsp 845.982/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Julgado em 24.06.2009, DJe 03.08.2009). 2. Hipótese diversa nestes autos em que se cuida de inadimplência de hospital particular, o qual funciona como empresa, com a finalidade de auferir lucros, embutindo nos preços cobrados o valor de seus custos, inclusive de energia elétrica. 3. Indenização por dano moral indevida porque o corte no fornecimento do serviço foi precedido de todas as cautelas legais, restabelecendo-se o fornecimento após, mesmo com a inadimplência de elevado valor. 4. Recurso especial conhecido e provido (STJ – Resp 771.853 – (2005/0128721-8) – 2ª T. – Rel. Min. Eliana Calmon – DJe 10.02.2010 – p. 986) (grifei).*

Conforme observado no caso acima, aquele Tribunal de Superposição estava diante de hospital particular inadimplente, em cujo processo alegou-se, inclusive, a impossibilidade de interrupção por se tratar de serviço de paralisação impossível. Contudo, bem lembrou-se que trata-se de instituição particular, e cujo objetivo-fim é obter renda. Neste caso, agiu de maneira acertada o STJ, não por coadunar-se a uma ou outra corrente doutrinária, mas por considerar as casuísticas da grandiosidade do estabelecimento comercial e de sua finalidade lucrativa, em detrimento do seu não-pagamento de energia elétrica, sendo que o valor pertinente a este preço público já deveria ser incluído na remuneração de seus serviços. Em outras palavras, mesmo estando diante de serviço público essencial, não agiu de boa-fé o usuário do serviço (no caso, o hospital). Logo, o que deve autorizar a interrupção não é a inadimplência em si, mas a má-fé do usuário acoplada a ela.

#### **4 LINHAS DERRADEIRAS: PROPOSTA EM PROL DE UM ENTENDIMENTO**

Chegando a um finalmente, mas sem o propósito - desde já consignando - de exaurir o debate proposto nessa obra - até porque trata-se de tema longe de petrificar-se -, convém concluir que, em que pese o entendimento pela possibilidade irrestrita de interrupção, pela impossibilidade da interrupção, e pela possibilidade da interrupção somente dos serviços não-essenciais; bem como o entendimento majoritário do STJ pela interrupção possível, ressalvadas duas exceções analisadas ao longo do artigo - uma em caso de miserabilidade e outra na hipótese de se tratar de unidade pública cuja paralisação é inviável -, parece mais acertada a proposta pela qual cada caso deve ser analisado isoladamente, de acordo com a boa-fé objetiva do usuário inadimplente, sem a criação de uma fórmula fria, portanto.

Toma-se, então, o posicionamento que rechaça a possibilidade ou a impossibilidade irrestrita de interrupção, que coaduna com a interrupção de serviços públicos não-essenciais, e que concorda com a interrupção de serviços públicos essenciais em havendo má-fé do usuário inadimplente.

Trata-se de entendimento que, mais que desejar a consolidação de uma tratativa fidedigna entre contratantes, quais sejam, o concessionário/permissionário e o usuário, ainda que se escape à previsão legal, visa à perfeita harmonia da “Lei de Concessão e Permissão de Serviços Públicos” e do Código de Proteção e Defesa do Consumidor com a Constituição Federal e sua previsão interna de Dignidade Humana, que, nunca é demais lembrar, deve valer para *ambas* as partes numa relação contratual.

## REFERÊNCIAS

- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessões de serviços públicos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999.
- BOLZAN, Fabrício. Serviço público e a incidência do código de defesa do consumidor *In Leituras complementares de direito civil*. 2. ed. Salvador: JusPODIUM, 2010.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.
- CUNHA, Renato Alves Bernardo da. **Serviços públicos essenciais: o princípio da continuidade e o inadimplemento do consumidor**. Porto Alegre: Fabris, 2004.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Manual de direitos do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.
- MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício (org.). **Leituras complementares de direito administrativo**. 2. ed. Salvador: JusPODIUM, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.
- MUKAI, Toshio. **Concessões e permissões de serviços públicos: comentários a Lei n.8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e a Medida Provisória n.1.017, de 1995, das concessões no setor elétrico**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- NUNES, Rizzatto. **O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de defesa do consumidor interpretado: doutrina e jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OLIVEIRA, Maria José Galleno de Souza. **A defesa dos usuários de serviços públicos concedidos no Brasil**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.
- OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. **Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual**. São Paulo: Atlas, 2003.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SOARES, Paulo Brasil Dill. **Princípios básicos de defesa do consumidor: institutos de proteção ao hipossuficiente**. Leme: LED, 2001.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp). Acesso em 19 de novembro de 2016.

\_\_\_\_\_. [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Primeira-Se%C3%A7%C3%A3o-discute-corte-de-energia-ei%C3%A9trica-por-d%C3%ADvida-antiga-do-consumidor](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Primeira-Se%C3%A7%C3%A3o-discute-corte-de-energia-ei%C3%A9trica-por-d%C3%ADvida-antiga-do-consumidor). Acesso em 02 de fevereiro de 2017.

VADE MECUM RT. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvania. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo In **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 48. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

---

# DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS:

## SÍNTESIS MAGISTRAL Y EQUILIBRADA DEL DERECHO NATURAL Y POSITIVO

---

Edgardo Torres López<sup>1</sup>

Si las leyes fueran constituidas solo por los hombres o por las sentencias de los jueces, sería derecho matar, robar, adulterar, etc.

Marco Tulio Cicerón. (106-43 .DC)

Filósofo, escritor, orador y político romano.

### 1 MARCO GENERAL

El jus-naturalismo y el positivismo son dos grandes concepciones de pensamiento, que sustentan los ordenamientos jurídicos de las naciones en nuestro planeta. Dichas concepciones han generado diversa escuelas y doctrinas con algunas diferencias entre sí; sin embargo las concepciones primigenias en esencia se mantienen incólumes.

### 2 EL JUSNATURALISMO

El jusnaturalismo considera que existen leyes naturales, inherentes y superiores al ser humano; dichas leyes según ésta concepción, se basan en la vida y en la forma natural como están hechas las cosas, en sentido de causa y efecto. Ejemplo: En el mundo físico, por la ley de gravedad caen los cuerpos. En el mundo espiritual, por la comisión de un delito se genera un castigo.<sup>2</sup>

Las leyes espirituales, indica el jusnaturalismo, provienen de Dios; del Decálogo recibido por Moisés, que ordena:

1. Amarás a Dios sobre todas las cosas y al prójimo como a ti mismo.

---

<sup>1</sup> Juez de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte.

<sup>2</sup> En la novela Crimen y Castigo de Fedor Dostoyesky, con maestría literaria, se narra la historia de una persona joven que cometió un asesinato. La justicia humana, nunca lo supo; sin embargo, el crimen no dejó de tener castigo, en su propia conciencia.

2. No invocarás el santo nombre de Dios en vano.
3. Respetarás las celebraciones religiosas.
4. Honrarás a tu padre y a tu madre.
5. No matarás.
6. No robarás.
7. No cometerás adulterio.
8. No dirás falsos testimonios.
9. No consentirás pensamientos ni deseos impuros.
10. No codiciarás bienes ajenos.<sup>3</sup>

De dichos mandatos, al paso de miles de años, nacen principios fundamentales como la defensa de la dignidad de la persona humana; libertad de creencia; el derecho penal; el derecho civil, el derecho de familia, etc.

Es decir el orden jurídico, según el jusnaturalismo, tiene una base en un orden moral, entendido éste último como un conjunto de principios, valores y creencias, que provienen de una instancia superior a la humana, llámese universal, divina o natural.

### 3 JUSNATURALISMO EXTREMO

La concepción jusnaturalista llevada a extremo, ha generado y puede generar hasta la fecha, posibles situaciones de fanatismo, fundamentalismo y opresión, con la ideología que el ordenamiento jurídico depende de la voluntad de Dios o sus mensajeros.

Si en verdad fuese la voluntad de Dios, entonces debería primar los valores del bien, paz, justicia, perdón; pero como no lo es, prevalecen los caprichos humanos, las ideologías y la sed de venganza; que en el fondo buscan la dominación política, social y económica, generando gravísimas consecuencias. Ejemplo:

- Guerras religiosas invocando el nombre de Dios.
- Vulneración al derecho a la libertad de conciencia, con métodos inquisitivos, de tortura y muerte.

<sup>3</sup> Catecismo. Gran Misión Jubilar. Lima Camino al Jubileo 2000. Pág.456

- Concesión de privilegios extremos a unos en perjuicio de otros.
- Inmolación por causas de supuesta redención, venganzas, promesas de una vida futura en el cielo, etc.
- Mezcla y confusión total entre normas morales, políticas y jurídicas.
- Invasión al derecho de la intimidad, y la autodeterminación de la persona y de los pueblos.
- Falta de tolerancia, pluralismo y democracia.
- Regimenes opresivos contra la mujer, minorías y sojuzgamientos a personas de cultura diferente.
- Persecución contra las Iglesias.

#### **4 EL POSITIVISMO**

El positivismo recusa el jusnaturalismo; no acepta en forma categórica órdenes legales divinos. El máximo exponente de dicha concepción es el filósofo austriaco Hans Kelsen, quien sostuvo que el ordenamiento jurídico, debe basarse en las normas que los propios seres humanos brindan, prescindiendo de consideraciones morales o religiosas.

Hans Kelsen propugnó una teoría pura del derecho. Un derecho que se justifique a sí mismo, que sea una ciencia; que no tenga necesidad de recurrir a consideraciones éticas, sociales, económicas o políticas.

La validez del ordenamiento jurídico, según el referido autor, reside en una norma fundamental superior; no en el hombre, ni en Dios, sino en la ley de leyes, es decir en la Constitución Política del Estado, formal y válidamente constituida y promulgada; que se entiende en parte se fundamenta en la realidad social.

La intención de Kelsen al construir una teoría pura del derecho, se basó en la búsqueda de la razón y la justicia, en épocas en las que con la concepción jus naturalista extrema se vivía expresiones de gran desigualdad y opresión, propiciadas por los poderes económico, político, militar y religioso.

El positivismo con el ideal de justicia razonada o pura, brindó un gran impulso al desarrollo jurídico, y a la ciencia del Derecho; asimismo impulsó la creación de Tribunales Constitucionales, como órganos contralores del respeto a la Constitución.

El positivismo al paso de los años sufrió la revisión del propio Kelsen. El autor reconoció en la edad madura, que el ordenamiento jurídico, no puede prescindir del orden moral, es decir de ciertos límites éticos en la conducta humana.

Esto lo experimentó en carne propia, cuando vio la aplicación de normas positivas aparentemente legales, basadas en una Constitución Política y creadas por el régimen Nazi, que propugnaba la supremacía de la autodenominada raza aria, sin límite alguno con las consecuencias de muerte, opresión y terror que se conocen.

## 5 POSITIVISMO EXTREMO

A toda aplicación de la ley escrita, comúnmente se denomina positivismo; sin embargo dicho nombre ha sido y sigue siendo mal utilizado en los hechos, para justificar por parte de algunos gobiernos y grupos de poder, cualquier tipo de norma, prescindiendo consideraciones morales.

Así como la sal es buena en una justa medida, en un extremo se convierte en dañina; el positivismo extremo puede ser muy perjudicial, para las naciones.

El ordenamiento jurídico, que se basa en la Constitución de un país, es decir en normas escritas concebidas por personas falibles. Prescindiendo principios éticos y consideraciones morales, puede llegar a producir, consecuencias funestas; tales como:

1. Extremar la desigualdad, creando un ordenamiento privilegiado para una cultura, raza, o clase supuestamente superior.
2. Promulgar normas de segregación racial, *aparthei*, o segregación social y económica ( para los inmigrantes llamados ilegales).
3. Proscribir la libertad política, social, cultural, económica, o religiosa imponiendo regimenes jurídicos con apariencia democrática, pero en realidad dictatoriales.
4. Despenalizar el aborto; atentando la vida de los concebidos.
5. Despenalizar abiertamente el tráfico ilícito y consumo de drogas, vulnerando la salud, por las graves consecuencias adictivas que conlleva.
6. Legalizar el matrimonio civil entre personas del mismo sexo, resintiendo la organización natural de la familia y los fines de procreación, equilibrio e identidad sexual de los niños.

7. Aplicación arbitraria de la eutanasia, brindando a los médicos, el poder de decidir qué enfermo vive y quien no.<sup>4</sup>
8. Expropiar la propiedad privada, caso de medios de comunicación, empresas y viviendas; actos lesivos al bien común, en razón que desalienta la inversión de capitales, y crea ciudadanos pasivos al régimen de turno<sup>5</sup>.
9. Sustraer la patria potestad de los hijos, que corresponde a los padres naturales, brindándosela a instituciones del Estado.
10. Promover la guerra, por razones que se indican preventivas; atentando contra los derechos humanos; propugnando la justicia por mano propia.
11. Legalizar experimentos con armas químicas, de destrucción masiva. atentando contra la vida y los derechos humanos del medio ambiente.
12. Legalizar experimentos de clonación de seres humanos. (Proyecto de Ley presentado en Rusia); con consecuencias imprevisibles para el futuro de la humanidad.
13. Despenalizar actividades de pedofilia, posibilitando relaciones sexuales de mayores de edad con niños de 12 años. (Proyecto presentado en Inglaterra);<sup>6</sup> asimismo con consecuencias lesivas, para la integridad física, moral y psicológica de niños y adolescentes.

## **6 JUSNATURALISMO Y POSITIVISMO RACIONALES**

Entre jusnaturalismo y positivismo, siguiendo la concepción de Aristóteles, de buscar un límite prudente, (justo medio o término racional), la positivización de los derechos naturales o morales, es una alternativa para no incurrir en extremos negativos, reconociendo los derechos y deberes humanos, con base en la dignidad de todas las personas. Asimismo con base de las virtudes cardinales, desarrolladas magistralmente hace aproximadamente 2,500 años por Aristóteles: Prudencia,

---

<sup>4</sup> En CNN en español, recientemente se brindó una noticia, que una persona parapléjica, técnicamente con muerte cerebral, después de 20 años de estar postrado en cama, estaba empezando a recuperar en su domicilio en Estados Unidos.

<sup>5</sup> Abraham Lincoln, decía: No se puede producir riqueza, descorazonando al ahorro. No se puede fortalecer al débil, debilitando al fuerte. No se puede ayudar al asalariado, empobreciendo al empresario. No se puede fomentar la hermandad, incitando al odio de clases. No se puede favorecer al pobre destruyendo al rico. No se puede solucionar los problemas económicos, si se gasta más de lo que se tiene. No se puede crear personalidad y coraje, quitando a los hombres la iniciativa e independencia. No se puede ayudar permanentemente a los hombres, haciendo por ellos lo que ellos deben hacer por si mismos.

<sup>6</sup> Información propalada recientemente, por los medios de comunicación.

Justicia, Fortaleza y Templanza. El jusnaturalismo y positivismo relacionados en su justa medida, han generado una concepción racional de Derechos Humanos.

## 7 CONCEPCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos en sentido genérico son facultades y atributos consustanciales a la vida; requisitos para un desarrollo pleno de la persona, reconocidos por escrito en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El filósofo francés Alexis Carrel, decía que es necesario reconocer las necesidades y requisitos esenciales de las personas, para comprender los derechos; estos últimos son principios filosóficos y aquellas realidades, que se pueden medir, cuantificar, y demostrar.

Los derechos humanos son universales, indivisibles y conforme a la doctrina del derecho natural, no son otorgados por la sociedad ni el Estado, sino que nacen desde la concepción de la persona humana; los gobiernos únicamente los reconocen. Los ciudadanos tienen que actuar, para que se respeten y hagan efectivos.

La comunidad internacional, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, promulgada por la Organización de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, por primera vez en la historia, ha reconocido formalmente y por escrito, es decir en sentido positivo, la responsabilidad de velar por la protección y cumplimiento de los derechos naturales.

1. El preámbulo de dicha declaración considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen **por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,**

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

Es esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión.

Los artículos 1 y 2 son de índole general y en ellos se expone que " todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos" y tienen " todos los derechos y libertades proclamados en la declaración sin distinción alguna de raza

color, sexo, idioma o religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición."

Los derechos civiles y políticos, que se contemplan en los artículos 3 al 20 son la vida, la libertad y la seguridad de la persona; la libertad para no ser sometido a esclavitud o servidumbre; la libertad de no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; el reconocimiento de la personalidad jurídica; la igual protección ante la ley; el derecho a un recurso de defensa efectivo; la libertad de no ser arbitrariamente detenido preso ni desterrado; el derecho a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial; el derecho a que se presuma la inocencia mientras no se pruebe la culpabilidad; el derecho de no ser objeto de injerencias arbitrarias en la vida privada, en la familia, domicilio o correspondencia; la libertad de circulación; el derecho a casarse y fundar una familia; el derecho a la propiedad; el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; la libertad de opinión y de expresión; derecho a la libertad de reunión y asociación; el derecho al sufragio.

Los artículos 22 al 27 tratan sobre los derechos sociales y culturales; el derecho a la seguridad social; al trabajo; al descanso y al disfrute del tiempo libre; a alcanzar un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar; el derecho a la educación y a participar en la vida cultural de la comunidad.

### 8 IMPORTANCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Existe un gran avance de la sociedad en cuanto al desarrollo de la ciencia y la tecnología; sin embargo en lo cultural y jurídico no ocurre lo mismo. En realidad en pocos países, se respetan a plenitud los derechos humanos. <sup>7</sup>

El hombre en ciertos aspectos, como dijo hace más de 200 años el filósofo Thomas Hobbes, sigue siendo el lobo del hombre. ¿Por qué es así? Una de las razones es que no se conocen, ni se cumplen los valores morales que sustentan la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Erick Fromm decía: **Si el hombre no cambia de conducta, sino cumple los valores morales, si no respeta los deberes y derechos humanos, no existirá cambio posible.** <sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Es conocida la tesis de Norberto Bobbio en el sentido que el problema relativo a los derechos humanos, no es tanto como justificarlos, como el de protegerlos. Es un problema no filosófico sino político. N. Bobbio. "Sobre el fundamento de los derechos del hombre en el Tiempo de los Derechos Humanos. ( Traducción de Rafael de Asis Roig) Madrid. Sistema. 1991. Pág. 53-62

<sup>8</sup> Erick Fromm. El arte de amar. Fondo Editorial de El Comercio. Lima Perú Año 2005

El problema son los valores imperantes. Un gran número de personas han fijado como valores máximos en la vida, el dinero, el poder y la fama, cuando estos sólo deben ser instrumentos temporales para lograr el bien común. Los valores esenciales para la sociedad deben ser otros: Paz, justicia, libertad, a solidaridad, familia, realización integral de la persona humana, orientada a la felicidad individual y social, y el respeto al derecho de los demás.

**¿Por qué son importantes los derechos humanos?** Porque son un instrumento fundamental, para la preservación de la vida, la libertad, la convivencia pacífica y el desarrollo de la humanidad. Asimismo porque son base y garantía del reconocimiento de la dignidad del ser humano; su cumplimiento posibilita el desarrollo, la libertad, seguridad jurídica, paz, democracia y el bienestar de cada persona y de la comunidad; respetar los derechos humanos, es respetar al prójimo, como cada uno desea ser respetado.

La violación de los derechos humanos, genera conflictos, sufrimientos y guerras; sin derechos humanos imperan las armas, el abuso y la violencia, en lugar de la razón y la justicia. Sin respeto a la dignidad de las personas ni a los derechos humanos, florece la irracionalidad, el poder de la fuerza, el fanatismo, el oscurantismo la anarquía, y con estos el terror, la inseguridad, la desesperación y la muerte.

El cumplimiento de los deberes, con el consiguiente respeto a los derechos humanos, da lugar al florecimiento de la civilidad, la justicia, la seguridad, el orden, el desarrollo y el progreso; caso de las sociedades que han logrado reconocidos niveles de democracia social, económica y política.

El respeto a los derechos y deberes es la paz; y la paz es el respeto a la dignidad humana.

El trabajo por la paz es importante, porque sin paz, no existiría seguridad, libertad política; bien común, desarrollo ni bienestar posible. Sin promoción de la paz, ni respeto a los derechos humanos por parte de los gobiernos, germina la dictadura, la corrupción y la opresión; y con estos la rebelión de los pueblos.

Al haberse positivizado los derechos naturales, se ha logrado un gran avance, en las ciencias jurídicas. El ordenamiento jurídico ya no solo se justifica por la Constitución de los Estados, sino por un ordenamiento supranacional compuesto por la Declaración Universal de los Derechos Humanos; asimismo tratados y convenios internacionales que establecen los límites y parámetros fundamentales a las normas, como la Dignidad de las personas, la libertad y la solidaridad.

## 9 DEBER DE DIFUSIÓN LOS DERECHOS Y DEBERES HUMANOS

Es necesario como lo indica la Declaración Universal, avanzar en forma progresiva y constante en el efectivo cumplimiento de los derechos y deberes humanos. Que cada ciudadano, sea un promotor y defensor de la dignidad humana, la libertad, igualdad y fraternidad. Que todos cumplamos nuestros deberes y respetemos los derechos.

Una forma de promover y difundir los valores que sustentan la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es la promoción y difusión intensiva de la educación ciudadana, en todos los niveles educativos y en todas las formas legales posibles, para lograr la paz, la justicia, sobre la base de la ética, la razón y el derecho.

### CONCLUSIONES

El jusnaturalismo y positivismo enfocados desde concepciones excluyentes irracionales y extremas, han generado y generan realidades que afectan la dignidad, paz, libertad, equilibrio, desarrollo y seguridad jurídica de las personas y los pueblos.

Para evitar interpretaciones y aplicaciones extremas entre jusnaturalismo y positivismo; la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ha logrado una síntesis magistral, equilibrada y armoniosa: La positivización de los derechos naturales.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. **Dichos principios son característicos del derecho natural y han sido plasmados por la comunidad internacional en forma positiva.**

La positivización de los derechos naturales, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es un marco de referencia obligatorio, en el ordenamiento jurídico de todos los estados, al brindar la posibilidad de un justo medio, un equilibrio entre los derechos y deberes naturales, intereses legítimos y razones humanas.

Es necesario seguir avanzando en la promulgación de normas internacionales de desarrollo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que respondan a las nuevas realidades, producto del avance de la ciencia, la integración, el pluralismo, equilibrio que caracteriza a las sociedades que se basan en el respeto al Estado Constitucional de Derecho y fundamentalmente para evitar nuevas formas masivas de violaciones a los derechos humanos; caso de tendencias

sociales irracionales como fanatismos políticos y religiosos, o los nacionalismos, socialismos y liberalismos extremos.

## **ANEXO**

### **Declaración de los Derechos Humanos.**

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

#### **Preámbulo**

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,

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

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión,

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones,

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y

Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso,

La Asamblea General

Proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

### **Artículo 1**

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

### **Artículo 2**

1. Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónoma o sometida a cualquier otra limitación de soberanía.

### **Artículo 3**

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

### **Artículo 4**

Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

### **Artículo 5**

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

### **Artículo 6**

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

**Artículo 7**

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

**Artículo 8**

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

**Artículo 9**

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

**Artículo 10**

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

**Artículo 11**

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

**Artículo 12**

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

**Artículo 13**

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país.

#### **Artículo 14**

1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.

2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

#### **Artículo 15**

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

#### **Artículo 16**

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

#### **Artículo 17**

1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.

2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

#### **Artículo 18**

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

#### **Artículo 19**

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y

recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

### **Artículo 20**

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

2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

### **Artículo 21**

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.

2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

### **Artículo 22**

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

### **Artículo 23**

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

#### **Artículo 24**

Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

#### **Artículo 25**

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

#### **Artículo 26**

Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

#### **Artículo 27**

Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

**Artículo 28**

Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

**Artículo 29**

Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

**Artículo 30**

Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.



SEÇÃO III

ESCRITOS DE  
AUTORIA DO  
HOMENAGEADO



---

# ¿EN EL PERÚ LA JUSTICIA SE SUBASTA?<sup>1</sup>

---

**Melitón Torres Tovar**

Con motivo de millonarios intereses en conflicto, por la administración de "Panamericana Televisión" por dos "bandas empresariales" que usaron al "Poder Judicial"; mejor a 2 jueces de su entorno; se han vertido calificativos lapidarios contra el "poder jurisdiccional" en su conjunto.

El señor Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima afirmó: "En el Perú la justicia se subasta", el jurista Javier Valle Riestra: "El Poder Judicial se encuentra en escombros" y la prensa limeña denunció la existencia de 'Jueces delibery' sin que ningún magistrado del Órgano de Gobierno del Poder Judicial, haya rechazado dichos denigrantes calificativos.

El Poder Judicial, es cierto; está en proceso de "recomposición" del dominio destructivo que lo anuló, es decir, la corrupción organizada en el régimen del decenio, que pretendía la consecución de un proyecto autocrático basado en poder político de todas las instituciones.

Si bien, estos hechos arrinconaron y desprestigiaron al Poder Judicial, por la fuerza negra del poder político y económico y una falsa reforma onerosa y sin logros, cuyos responsables se encuentran encarcelados; también, es cierto, que ahora se esbozan nuevas soluciones en un programa de "Reforma" para llegar al ideal de la justicia valorativa con mecanismos de celeridad y de control para el justiciable. Por ello, los adjetivos calificativos generales, en lugar de colaborar y aportar para la "Refundación definitiva del Poder Judicial", dañan temerariamente la imagen de la justicia.

No se puede generalizar la existencia de corrupción en el Poder Judicial, encargado de administrar justicia, por algunos jueces que seguramente proceden dolosamente para su beneficio; por esto, ninguna persona humanamente sensata puede sostener que los jueces capitalinos Adriana Villanueva, Jorge Ramírez y otros, actuaron correctamente; no cabe duda, que su corrupta gestión en el caso Panamericana, obedece a motivaciones extra justicia y por ello deben ser destituidos como deben serlo los jueces de cualquier nivel que en sus funciones procedan motivados por afanes mercantilistas o políticos.

---

<sup>1</sup> Artículo escrito el año 2002, en defensa del Poder Judicial Peruano.

Se afirma que en el Poder Judicial, sus componentes incurren en desviaciones graves en su función, que justifica la investigación y sanción respectiva; pero decir, "que en el Perú la justicia se subasta" constituye un grave desatino, frente a un poder del Estado que se esfuerza por erradicar, los virus que lo aquejan y mejorar su imagen en el contexto nacional e internacional, en resguardo del desarrollo, la seguridad jurídica y la paz. Por eso en igual lucha deberían orientarse los poderes Ejecutivo y Legislativo, de quien depende en gran parte la sanidad del Poder Judicial.

En el Perú la corrupción en parte reina, entre otros factores, por ausencia de paradigmas, de modelos éticos, o finalmente líderes que generen corrientes de cambio moral definitivo en las esferas del quehacer humano.

De otro lado, las expresiones de los señores, Anchorena, Schütz, Viaña y otros en extremo lesivas a la majestad de la Presidencia de la República que personifica a la Nación, corrobora el grado de quiebra de sus valores de una comunidad civilizada; que debe esclarecerse por urgencia de la reconstrucción democrática, cuyas herramientas sólo pueden ser el Derecho y la Justicia; libres de injerencias del poder político o económico.

# LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS<sup>1</sup>

---

**Melitón Torres Tovar**



Sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos se ha escrito insistentemente en libros, revistas y folletos; sin embargo aún no es suficiente: El pueblo sigue sin estar debidamente informado sobre el tema.

En la teoría constitucional, los conceptos Derechos Humanos Fundamentales y Derechos Constitucionales, constituyen términos similares, relativos al conjunto de atributos y necesidades con que la persona viene al mundo y que los Estados reconocen; es decir que los derechos humanos son anteriores a la ley, que se limita a reconocerlos y organizarlos; dicha concepción es aceptada universalmente.

La noción de derechos humanos no es estática, por el contrario, se ha desarrollado y continúa en proceso, al surgir nuevas formas de violación en contra de la dignidad y derechos fundamentales de las personas, especialmente en América, África y Asia, de acuerdo a las estadísticas.

El fin de la II Guerra Mundial y la necesidad de preservar en la paz generó la "Declaración Universal de los Derechos Humanos" suscrita y proclamada en París el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 217, aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa 13286 de 15 de diciembre de 1959.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos se origina en la defensa de la libertad, la justicia y la paz, de los ciudadanos del mundo contra el autoritarismo y despotismo. Asimismo, los derechos constitucionales surgen como respuesta contra el menosprecio de los derechos humanos y actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, como lo expresan los considerando sublimes de la Declaración Universal.

En el Perú, el Código Político de 1979 reconoció y legisló sobre los Derechos Humanos en el Título I, con el nombre de "Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona", aprobado en sesión de 9 de abril de 1979 y cuyo

---

<sup>1</sup> Artículo publicado en el Diario El Pueblo de Arequipa, año 2004.

numeral 1 textualmente prescribe: **La persona es el fin supremo de la Sociedad y del Estado. Todos tienen a obligación de respetarla y protegerla.**

El artículo 2 de dicho código, en 19 incisos, describe los derechos que corresponden a los ciudadanos en general y a partir del inciso 20, en 13 puntos, establece otro conjunto de derechos.

Los derechos descritos no sólo son aplicables a la persona humana, sino también en determinados casos a la persona jurídica; además constituyen derechos humanos los demás atributos y normas a favor de la persona, reconocidos en un sentido amplio en el texto constitucional.

La Constitución de 1993, sigue en materia de derechos humanos los lineamientos generales de la de 1979. En efecto, los artículos 1 y 2 legislan los derechos de las personas, que no sólo corresponden a las personas naturales, sino a las personas jurídicas, al sector público y privado.

---

# EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL PERÚ<sup>1</sup>

---

Melitón Torres Tovar

El mundo de la juridicidad aspiró y aspira lograr el pleno "Imperio de la Ley" en las relaciones entre estados, entre estos y entes colectivos, derechos humanos, económicos, laborales, sistema financiero, empresa, acceso a la justicia y políticos, entre otros; estableciéndose para tal fin garantías constitucionales y controles constitucional y difuso, finalmente la institución del Ministerio Público como defensora de la legalidad.

¿Pero qué debe entenderse por "Imperio de la ley" o "Principio de legalidad"? Debe entenderse, de acuerdo a la doctrina, la aplicación de la ley o sistema de derecho en forma regular y justa, por los organismos encargados de su aplicabilidad: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial conforme a sus atribuciones para el bienestar social y paz permanentes; pero implica, asimismo, el control de la aplicación de normas positivas y consiguiente reparación del derecho conculcado.

Los congresos o equivalentes en el concierto internacional, son organismos de "creación del derecho", es decir la ley como acto legislativo supremo del mandato otorgado por el soberano; sistema de derecho que deviene mandamiento y expresión de la legalidad.

La noción que el Poder Judicial es el órgano de aplicación del derecho, es acertada, pero la aplicabilidad de la ley, corresponde al Poder Ejecutivo y Poder Legislativo, el primero para la realización de los objetivos prioritarios del Estado y el segundo en su misión inmaculada de fiscalización del Ejecutivo; correspondiendo al Poder Judicial la valoración y distribución del derecho y la justicia, aspecto que en el mundo jurídico contemporáneo representa la "**seguridad jurídica**".

Existe otro rango constitucional de creación del derecho, por delegación del Poder Legislativo al Ejecutivo, para legislar actos de naturaleza especial pero sujetos, indudablemente, a fiscalización de resultados y consecuencias; por esto, los Decretos Legislativos requieren control permanente por parte del órgano delegante, respecto a su legalidad y corrección o sanción de irregularidades, sobre todo en

---

<sup>1</sup> Brillante, breve y valiente artículo de Melitón Torres, cuando el gobierno central promovía masivamente las privatizaciones de los servicios públicos. Año 2003.

etapas de desvíos autocráticos o posteriores en que el Poder Legislativo es sumiso a la voluntad del Poder Ejecutivo, otorgándole facultades para legislar prioritariamente aspectos económicos, sociales y políticos.

El Ejecutivo promulga extraordinariamente también "Decretos de Urgencia" en materia económica y presupuestaria; pero la validez de esta forma legislativa, requiere de fiscalización permanente para su corrección o sanción de irregularidades o abusos.

El Poder Jurisdiccional al expedir sentencias las fundamenta o debe fundamentarlas en los hechos jurídicos y el derecho; jamás puede torcer la aplicación sabia y honesta del derecho; menos pretender interpretar la ley cuando el mandato es claro e imperativo; contrariamente, no existirían sentencias predecibles; menos jurisprudencia de carácter obligatorio.

Aspecto sustantivo de la aplicabilidad de la ley es el control de su validez, especialmente en forma posterior a sistemas autocráticos caracterizados "por anteponer la voluntad de los autócratas a la ley; que como norma suprema queda "relegada" al capricho del dictador de turno; alteraciones que deben ser corregidas por un régimen democrático para restaurar la legalidad.

Las anomalías o transgresiones del "Imperio de la ley", en sociedades democráticas, inevitablemente deben generar la restauración respectiva por jueces constitucionales, con esperanza de crecimiento económico social y paz en los pueblos comprometidos.

En el Perú, con motivo de los procesos económicos de privatización, presencia de inversores en sectores claves y estratégicos de la economía; por presunción y denuncias de ilegalidades, la comunidad jurídica postula la "revisión urgente" de tales actos; cuyas consecuencias no conllevan el cambio o procesos de "modernización " como se postula; sino podrían generar en parte al desempleo, subempleo, recesión y pobreza.

El departamento del Cusco; exige la revisión del proceso de privatización del "Gas de Camisea". Arequipa exige la revisión de la privatización del "Puerto de Matarani"; más aún el sentir nacional es la revisión de parte de las privatizaciones de los sectores: mineros, telefónicos, energía eléctrica y servicios y rechazo de anunciados procesos de privatización del servicio de agua potable; porque el agua, no debería ser un objeto de lucro.

Se señala que las acciones de revisión atentarían contra la "seguridad jurídica" y consecuentemente, surgiría el decaimiento de inversiones. El señalamiento carece de lógica pues, si el proceso responde a legalidad en cuanto a su contenido, forma y buena fe; no existiría alarma ni temor algunos; contrariamente, en defensa del "principio universal de legalidad" la revisión procesal resulta necesaria para el correctivo de errores, distribución de justicia y finalmente bienestar social y paz colectiva, razón de ser de la Ley, en las sociedades democráticas del mundo entero.

---

# USURPACIÓN AGRAVADA<sup>1</sup>

---

## Melitón Torres Tovar

Es correcto expresar que el "cordón marginal" o de "miseria" existente en diferentes ciudades del país, tiene como partida de origen la "usurpación" de terrenos públicos o de propiedad particular para fines de vivienda.

En el Perú existieron usurpaciones graves, como en Villa El Salvador, que enfrentó seriamente al Ministerio del Interior, de ese entonces. General Armando Artola y a Monseñor Luis Bambarén, "Obispo de los Pueblos Jóvenes".

En Arequipa, también, se produjeron usurpaciones para el recuerdo, como aquella de las Pampas de Polanco, cuyos dirigentes ordenaron la invasión y al mismo tiempo, dieron aviso a la autoridad policial de tal hecho, a fin de evadir responsabilidades. Asimismo en el sector de Porongoche, en ocasión que se iban a entregar los títulos definitivos de propiedad, un día antes los dirigentes ordenaron la invasión de terrenos.

La sociología ha establecido que esta tipología de invasiones, tuvieron y tienen padrinos en busca de clientela política y, grandes ganancias ilícitas en favor de los organizadores.

En la etapa pre-electoral reinante, nuevamente las usurpaciones proliferan en sectores importantes ya sean de terrenos públicos o privados con los daños e intranquilidad que ocasionan.

Como se sabe, el delito de usurpación, esta tipificado en los Arts. 203 y siguientes del Código Penal Peruanos y se tramita conforme a las normas del D.L. 124 modificado por la Ley 26140, o sea, en proceso sumario, cuyo término es de 60 días, prorrogable por 30 días más.

Sustantivamente la "usurpación" está tipificada en el Art. 203, como se indicó y su estructura comprende los siguientes aspectos:

- 1 Actos posesorios ciertos y probados del titular o poseedor;
- 2 Despojo violento por los agentes activos del delito;
- 3 Existencia de intencionalidad y voluntad dolosa; y
- 4 Contenido económico.

---

<sup>1</sup> Artículo de la especialidad de Melitón Torres Tovar relacionado al Derecho Urbano. Año 2000

De otro lado, la reiterada presencia de este delito grave, en las actuales circunstancias, recomienda legislación diferente para que se simplifique el trámite, aumente la penalidad y disponga el cumplimiento de los objetivos de las instituciones llamadas a adjudicar terrenos para fines de vivienda u otros.

Para este cambio procesal es digno citarse el D.L. 14495 que tipifica la usurpación "Por la sola negativa de desocupar el bien usurpado" de suerte que la resistencia o negativa de devolver el inmueble constituye a la persona en autor del delito de usurpación, independientemente que se incurre, también, en delito "Contra la Tranquilidad Pública"

La nueva legislación debe promulgarse en forma urgente, si se quiere un crecimiento planificado, armónico y equilibrado de las ciudades en cuanto a zonificación, servicios, paz, desarrollo y bien común.

Debe considerarse que el país está organizándose; que los "gobiernos locales aspiran al orden democrático y al desarrollo urbano planificado, por lo que las usurpaciones simples y agravadas deben proibirse definitivamente.

---

# CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA

---

Melitón Torres Tovar<sup>1</sup>

La conciliación conforme la Ley 26872 y su Reglamento, constituye método alternativo de resolución de conflictos, mediante el cual una tercera persona neutral e imparcial "El conciliador\*" ayuda a las partes en conflicto a encontrar una solución consensual y satisfactoria, proponiéndoles si fuera necesario, fórmulas de arreglo que las partes pueden aceptar o rechazar.

Sobre esta importante "Institución" existe variada bibliografía descriptiva como: Negociaciones Eficaces de Pinkas Flint; Conciliación Extrajudicial de Oscar Peña Gonzales; Conciliación Judicial y Extrajudicial de Iván Ormachea Choque; Técnicas de conciliación de A. Gatica y otros.

Los autores citados estudian descriptivamente y con acierto, la teoría de los conflictos; los medios alternativos de resolución de conflictos; las técnicas de resolución; la negociación en los conflictos y etapas de la negociación o secuencia lógica de la conciliación exitosa: "Preparación", "Presentación", "Discurso de apertura", "Relato de las partes", "Resúmenes", "Agenda", "Negociación misma", "Sesiones privadas", "Acuerdos" y "Conclusión". Asimismo, las técnicas de comunicación; Paráfrasis, Discurso reportaje, Alivio de la tensión, Lluvia de ideas, Mensaje del yo y otras herramientas para una eficaz comunicación y conciliación.

¿Pero cuál es el estado de la conciliación, en el momento actual?. Infortunadamente, este excelente medio de resolución de conflictos, exitoso en EEUU y Europa no prospera o prospera mínimamente en el Perú, al extremo que el Dr. Juan Monroy Gálvez coautor del Código Procesal Civil vigente, ha dicho: "**La conciliación en el país se ha convertido en una industria**" por los resultados económicos en la formación de conciliadores, agregando a ello la rémora que significa el Ministerio de Justicia para la acreditación de los conciliadores y licencia de funcionamiento de los Centros de Conciliación.

De otro lado, la conciliación evoluciona lentamente por ahora y lo que es serio sólo para alcanzar un acta negativa de conciliación, como requisito que permite acudir al Poder Judicial.

---

<sup>1</sup> Artículos publicados en 1992, que promueven la conciliación como medio alternativo y eficaz de justicia.

Asimismo, encarece la conciliación los impuestos que deben abonar los centros, o sea, el impuesto a la renta y el LG.V independientemente el pago por licencia de funcionamiento municipal.

En consecuencia, es oportuno proponer correctivos, para que la conciliación generadora de "Paz, Celeridad y Economía" ascienda a los niveles que corresponde como medio alternativo de solución de conflictos.

En efecto, sea que se promulgue una nueva Constitución o se modifique la vigente, en ella debe darse sustento constitucional a la conciliación y ser obligatoria en asuntos conciliables cuyo monto no exceda de 2 U.I.T.

(S/. 6.000.00) de suerte que el conflicto concluya y los acuerdos de ejecutan, de ser el caso, vía ejecución de sentencia.

Asimismo, la formación de conciliadores debe ser potestad exclusiva de las Facultades de Derecho de las Universidades, quienes luego de dos ciclos entregarían "Títulos de Conciliador a nombre de la Nación".

Los Colegio de Abogados de la República, en esta propuesta, deben ser autorizados para otorgar las resoluciones de funcionamiento de Centros de Conciliación y en general desempeñar las funciones que ahora corresponden al Ministerio de Justicia.

De otro lado, debe darse cumplimiento al Art. 1 de la Ley 26872, que prescribe "Declárase de interés nacional la institucionalización y desarrollo de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos" prescripción que autoriza a dictar medidas especiales para la promoción del acto conciliatorio, como las señaladas, pero principalmente, la exoneración de impuestos a la renta y el I.G.V. según finalidad de doctrina administrativa para contribuir a la paz y la justicia, en los sectores menos favorecidos.

Finalmente, saludamos al Centro **Servicios de Conciliación "SERVICON"** que preside el Economista Jaime Márquez Mares, por la invitación cursada para el ciclo de capacitación de sus conciliadores que realizó exitosamente, en su sede institucional de la Calle Santa Marta N° 104 en la ciudad de Arequipa.

Abogado Mat. N° 0325

---

# CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS MEDIOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS<sup>1</sup>

---

**Melitón Torres Tovar**

En el "Estado de Derecho" la legislación e instituciones jurídicas necesariamente se originan o desprenden de la Constitución o Código Político respectivo; caso contrario aparece la "Inconstitucionalidad" que los congresos constituyentes o procesos de reforma, deben evitar para el establecimiento de auténtica legalidad de los sistemas de derecho e instituciones pilares bases del Estado del Estado Constitucional de Derecho.

Esta situación ocurre con la denominada "Conciliación Extrajudicial" o sistema alternativo de solución de conflictos, que no se fundamenta en el texto constitucional, aspecto que en el proceso de reforma de la Constitución vigente debe resolverse, para que la legislación inspirada en la reforma, reformule la conciliación para el éxito de sus metas e incluya, también la "Mediación".

En efecto la Ley 26872 organizó la "Conciliación Extrajudicial" como medio alterno de solución de conflictos con metas elogiables y precisas: Establecimiento de cultura de Paz; ahorro de tiempo y costos; disminución de la carga procesal existente, entre otras.

Esta forma de solución de conflictos está a cargo de "Conciliadores", que previa formación, especialización y acreditación, operan en "Centros de Conciliación" reconocidos por el Ministerio de Justicia, existiendo por ahora, centros de conciliación en las ciudades de Lima, Arequipa y Trujillo; habiéndose publicado más de 10 títulos sobre el tema, por el considerable mercado de trabajo que generó.

¿Pero la conciliación cumple a cabalidad sus objetivos? La respuesta es negativa, en tanto los centros de conciliación públicos y privados han aumentado desmesuradamente en las capitales indicadas y están ausentes en el resto de la República y grave, presencia de distorsiones: Cobros extra arancelarios, facción de actas sin presencia de uno de los interesados, desprofesionalización y comercialización; anomalías que deben remediarse en forma prioritaria.

---

<sup>1</sup> Importante propuesta para la constitucionalización de la conciliación como modo alternativo para lograr la justicia. Año 1998.

Asimismo, conforme a estadísticas del Poder Judicial, la carga procesal no ha disminuido y el noble propósito de cultura de Paz, sigue ausente. Estas deficiencias requieren soluciones urgentes, que corrijan radicalmente los problemas anotados y reformulen la "conciliación" en forma permanente y definitiva, como promotora de cultura la de Paz.

Para ello se propone la reforma del numeral 139 de la Constitución vigente, en el sentido que las formas de solución alterna de conflictos formen parte del texto constitucional, con carácter voluntario, o sea, similar al arbitraje y con similar fundamentación que le corresponde, así como la "Mediación".

Consiguientemente, se suprimiría la conciliación como "Requisito de procedibilidad", como actualmente ocurre, es decir se obliga a que previamente se asista al centro de conciliación y de no existir resultados satisfactorios, recién se puede recurrir al Poder Judicial, para alcanzar solución a las pretensiones propuestas en demanda en forma; considero que debe dejarse a los justiciables el derecho de acudir libre y voluntariamente a la justicia ordinaria; la conciliación, mediación o el arbitraje debe tener un modo selectivo.

Finalmente, la "Conciliación" para conseguir metas superiores, debe estar a cargo de operadores del derecho debidamente formados en técnicas de medios alternos de solución de conflictos, que garanticen, confianza, honestidad y correcta facilitación de solución de pretensiones propuestas.

---

# EDUCACIÓN Y SALUD, COMPETENCIAS MUNICIPALES FUNDAMENTALES

---

**Melitón Torres Tovar**

El Perú, víctima de la última dictadura, por la lucha del pueblo, reconquistó su libertad e inició su reconstrucción democrática; pero este tránsito generó la derogación de la excelente constitución nacional de 1979 y la vigencia de la de 1993, para la conservación del dominio y vigencia de sus actores.

El Gobierno Central con motivo del mensaje presidencial previsto en el Art. 118 de la Constitución, ha anunciado la transferencia a los "Gobiernos Locales", de aspectos administrativos correspondientes a los sectores "SALUD y EDUCACIÓN", concretamente, relativo a "SUELDOS Y SALARIOS" presupuestados en dos mil seiscientos millones de soles, según anunció del Primer Ministro y del Ministro de la Presidencia.

La transferencia de "Educación" no es nueva; **ésta obtuvo rango municipal** de acuerdo a los Decretos Leyes: 26.011 "DE PARTICIPACIÓN COMUNAL EN LA GESTIÓN Y ADMINISTRACIÓN EDUCATIVAS"; 26.012 "DE FINANCIAMIENTO EDUCATIVO"; 26.013 "LEY DE MEJORAMIENTO DE CALIDAD Y AMPLIACIÓN DE LA COBERTURA DE LA EDUCACIÓN PERUANA".

El primer Decreto Ley estableció que la transferencia se efectuaba en favor del "CONSEJO COMUNAL DE EDUCACIÓN O COMUNED" persona jurídica de derecho privado presidida por el correspondiente alcalde.

Asimismo, se legisló sobre los objetivos de la transferencia, la administración educativa, el Consejo Comunal de Educación y sobre los centros y programas educativos; o sea, que la transferencia era total y no sólo administrativa.

El Decreto Ley 26.012, legisló sobre el financiamiento de los servicios educativos, constituido por aportes del Ministerio de Economía en favor de los COMUNED y los ingresos propios.

El Decreto Ley 26.013 legisló sobre el mejoramiento de la calidad y ampliación de la cobertura de la educación peruana, declarándola de necesidad y utilidad públicas. Esta legislación fue derogada por inoperante.

En "SALUD" los gobiernos locales conforme a la Ley 23853, tienen competencia sólo para objetivos puntuales.

Se expresa que el Poder Central al presente, no ha diseñado un "Modelo Educativo" que continua siendo "**BANCARIO O DE DEPOSITO Y MEMORISTA**" modelo estudiado por Paulo Freiré en su importante libro "**PEDAGOGÍA DEL OPRIMIDO**", por lo que la transferencia debe ser planificada en profundidad, en tanto, sólo puede existir transferencia integral del sector, lo contrario significaría que el rubro sueldos y salarios se transfiera a otra entidad.

En SALUD existe gama de programas: ATENCIÓN PRIMARIA, HOSPITALES, CENTROS DE SALUD, POSTAS MEDICAS A PARTE DE LA PREVENCIÓN Y GENERACIÓN DE TECNOLOGÍA, entre otros.

La respuesta, al PLAN de transferencia propuesto, por políticos y alcaldes, ha sido diversa; en tanto, unos la aprueban y otros sostienen que se trata sólo de un "**CAMBIO DE CAJA O VENTANILLA**".

En la actual Ley de Municipalidades, está disciplinada la competencia, objetivos, que fueron integrales en la Ley de Municipalidades de 1890, pues, Educación, Salud y Justicia fueron funciones heredados por ella, de los CABILDOS de la Colonia

**DESCENTRALIZACIÓN Y DESCONCENTRACION**, son conceptos diferentes y constitutivos de los procesos de REGIONALIZACION por lo que **si se quiere REGIONALIZAR DEBE PROCEDERSE EN CUMPLIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE, con el poder político** que ello conlleva.

La Transferencia es necesaria, pero no politizada ni menos apresurada. Lo ideal sería el **CONSENSO** entre el Gobierno Central y los **GOBIERNOS LOCALES**, en tanto la ausencia de consenso podría devenir en grave daño para los titulares de los servicios.

Mas que transferencia, debe operarse un proceso de desconcentración integral de los servicios de salud, educación y para ello urge de la concertación y consenso de ambos gobiernos: Central y Municipal; así como la promulgación de la Ley de Desarrollo Municipal que posibilite la descentralización y desconcentración en los términos establecido en las disposiciones transitorias del Proyecto de nueva Ley Municipal.

Arequipa, 02 de Agosto de 1999

Abogado MAT. 0352

---

# EL PODER REGLAMENTO DEL EJECUTIVO

---

**Melitón Torres Tovar**

La Constitución democrática del Perú de 1979, estableció que El "Presidente de la República es el jefe del Estado y personifica la nación. De igual modo la Constitución de 1993, prescribe "El Presidente de la República es el jefe del Estado y personifica la nación; en otros términos, presidente representa a la nación y su mandato obedece al voto libre del pueblo soberano".

Corresponde en virtud de lo expresado al Jefe del Estado o Presidente, gobernar el país con los derechos, obligaciones, atribuciones, facultades y responsabilidades que le corresponde constitucionalmente para impulsar el bienestar general del pueblo, es decir el "BIEN COMÚN".

Esta doctrina no es nueva; la Constitución de 1933, avanzada para su época, legisló en el mismo sentido, hecho constitucional que significa, la orientación universal del bienestar del "ente social, o ente colectivo".

De otro lado, el jefe del ejecutivo, como autoridad máxima del poder político, tiene que cumplir estrictamente el mandato del numeral 43 del código político de 1993, que establece: "La República del Perú es Democrática, Social, Independiente y Soberana. El estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado y se organiza según la separación de poderes". Esta disposición tomada de la Constitución de 1979, define categóricamente en su contenido la esencia ideológica del Estado; Económico, Social y Político.

En otros términos, se organiza la razón de ser del estado como "Constructor de la Justicia Social".

La estructura del estado, poderes que lo conforman mecanismos administrativos, no está organizado a cabalidad en las dos últimas constituciones nacionales, sostiene el constitucionalista doctor Marcial Rubio Correa, catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En efecto, la Constitución no hace el distingo ni establece atribuciones del "Jefe de Estado" y del "Jefe de Gobierno", que debe considerarse en una reforma constitucional para que éste último dirija asuntos relacionados con la prestación de los servicios públicos, razón del ser administrativo del Estado, de manera que el jefe

del Estado, asuma la alta dirección política y las necesarias coordinaciones para lograr el "Bien Común".

Conforme a la Constitución vigente, la organización del "Ejecutivo" comprende al "Consejo de Ministros", cuyo presidente carece de funciones de gobierno, correspondiéndole, sólo las de carácter administrativo. Dicho funcionario es nombrado por el presidente y en cualquier momento puede prescindir de él, u otros ministros, por su mandato de confianza, por lo que es necesaria la modificación que propone el jurista Rubio Correa, por ser efectiva y de mayor amplitud para las labores de gobierno.

Para el cumplimiento de sus objetivo el "Ejecutivo", asume un conjunto riguroso de potestades, siendo las principales: Cumplir y Hacer Cumplir la Constitución, tratados, leyes y demás disposiciones legales; Representar al Estado, dentro y fuera de la República; dirigir la política general de gobierno; ejercer la potestad de reglamentar las leyes, sin transgredirlas ni desnaturalizarlas, y dentro de tales límites dictar decretos y resoluciones; y demás atribuciones que aparecen del texto constitucional.

En el cúmulo de facultades sobresale la actividad positiva del "Ejecutivo", de reglamentar o el derecho positivo, conforme al texto de la ley, es decir, sin variar ni cambiar su sentido, o modificarlas, como ocurrió en el decenio anterior.

Este poder reglamentario del "Ejecutivo", es lo que se conoce como la facultad legislativa del Estado, con las limitaciones que establece el ordenamiento jurídico.

Cuando éste se excede en su facultad reglamentaria, procede lo que se conoce como "Acción Popular" prevista en ley del Congreso; pero que sin embargo resulta lata para asuntos o acciones urgentes; por lo que la acción de nulidad debe ser materia de un mecanismo administrativo sobre todo ahora en que los "Comités Consultivos", se instalan incurriendo algunas veces en exceso de poder.

Abogado;

Mat. 0325.

---

# HOMENAJE POSTUMO A UN MAESTRO

---

Melitón Torres Tovar<sup>1</sup>

Ha muerto Sergio Nieves Núñez, dejando un manto de dolor en su familia, colega, alumnos y amigos. **Que la Divinidad le dé el descanso eterno en la mansión de los seres buenos.**

Conocimos a Sergio Nieves Núñez, el año 1953 cuando cursábamos el segundo año de Derecho en la Universidad Nacional del Cusco, conjuntamente con distinguidos compañeros y destacados maestros. Sergio brillaba por su vocación al estudio, su clara inteligencia, singular memoria y humanismo sin par.

Sergio Nieves Núñez, hace pocos días ha pasado a la **"Mansión Eterna" donde seguramente continúa estudiando y creando la Doctrina Penal.** Deja un vacío profundo muy triste en su querida familia, sus alumnos, colegas y amigos.

La muerte lo sorprendió cuando había dejado su querida cátedra de Derecho Penal, para dedicarse a la exégesis de las ciencias penales y a brillantes defensas jurídicas.

En esta colaboración le rendimos nuestro sentido homenaje póstumo, por su profundo estudio de las Ciencias Penales; por la realización, esclarecimiento y elevación de su "ser", como entrega sincera a sus alumnos y colegas.

Sergio Nieves Núñez, si bien inicio sus estudios de Derecho en la Universidad Nacional del Cuzco, alma mater en la que por su aguerrida lucha fue elegido Presidente del FUC (Federación Universitaria Cuzco) también lo es, que se trasladó a la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, alma mater que honra al Gran Padre de la Iglesia Católica. Allí fue dónde culminó su carrera profesional, destacando por la defensa y promoción de los derechos humanos de los estudiantes. Por tales motivos fue elegido Presidente de la Federación Universitaria de Arequipa (FUA).

Sus grados académicos de Bachiller y Profesional de Abogado fueron brillantes y con justicia fue llamado a la Facultad de Derecho de San Agustín para dictar el curso de Derecho Penal; cátedra que desempeñó con singular maestría, dedicación y honestidad.

---

<sup>1</sup> Sergio Nieves Nuñez, colega amigo y compañero de promoción de Melitón Torres Tovar. Año 98. Las líneas de respeto y cariño que escribí, también las merece él.

Al jurista Sergio Nieve Núñez, sus numerosos discípulos, colegas y amigos, en más de 30 años de docencia universitaria y también generaciones posteriores de juristas lo recordarán por su espíritu de paz, de justicia y trabajo en defensa de los derechos humanos.

---

# INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL<sup>1</sup>

---

Melitón Torres Tovar

Las sociedades libres del mundo organizadas bajo el "Imperio de la ley" luchan persistentemente por la vigencia de un **"Poder Judicial independiente y autónomo"** como suprema garantía de los derechos de sus comunidades que les permita alcanzar paz y felicidad.

¿Qué debe entenderse por independencia del Poder Judicial?

Conceptualmente constituye la presencia de "Jueces" y "Magistrados" independientes y jerarquizados que en su misión de distribuir el valor justicia, estén libres de presiones e interferencias de otros poderes del Estado como el Legislativo y Ejecutivo.

La justicia como aspiración suprema debe necesariamente fundamentarse sólo en la aplicación de la ley; la interpretación jurídica en caso necesario y finalmente en la "conciencia del juez o magistrado".

El Poder Judicial nacional, en la época del decenio, estuvo oprimido por actos de corrupción e intervención permanente de otros poderes del Estado, y endeble actuación de jueces y magistrados "provisionales", que especialmente en la capital de la República, fueron usados como elementos de presión o intimidación para el logro de proyectos políticos y económicos repulsivos.

En otro contexto, las transgresiones a la independencia del Poder Judicial, existieron desde inicios de la República y fue tan notoria dicha realidad que hizo exclamar al ilustre poeta y político peruano Gonzales Prada **"La justicia nacional esta carcomida por una costra de incredulidad e inseguridad"**, estigma que al parecer, hasta el momento no ha sido superado.

Es cierto que los gobiernos del mundo establecieron "mecanismos de control" pero, también lo es, que por razones políticas optaron por otras soluciones, como en los EE.UU. que aumentó el número de magistrados para el control constitucional.

---

<sup>1</sup> Premonitorio y brillante artículo de Melitón Torres Tovar, escrito en el año 2000.

Contemporáneamente la "Universalización de los Derechos Humanos", el "Imperio de la Ley", "Globalización" y aportes de juristas internacionales están superando el "subdesarrollo de la justicia dependiente" especialmente en los países pobres o tercermundistas, con meta la autonomía plena.

Del análisis aparece otra interrogante ¿Se puede construir la plena independencia del Poder Judicial? La respuesta es positiva y urgente para evitar el retorno a formas primitivas de justicia como el **"Ojo por Ojo"** **"Diente por diente"** o **"Justicia por propia mano"** o **"Justicia del más fuerte"**.

La construcción del Poder Judicial pasa por medidas que van desde prohibiciones constitucionales que garanticen la autonomía y evite intromisiones de otros poderes del Estado. Así como la vigencia de "Códigos Éticos" que normen derechos, obligaciones y responsabilidades superiores de jueces y magistrados, independientemente de la selección democrática, inamovilidad en el cargo, régimen remunerativo y pensionario adecuado, información, capacitación y especialización permanentes. Asimismo evaluaciones periódicas, con énfasis en los aspectos ético-morales y profesionales.

La Constitución vigente organizó el "Consejo Nacional de la Magistratura" con poderes perfectibles para el nombramiento de jueces en general, evaluaciones, ratificación destitución y cese; pero su retardo y lentitud, contradice objetivos tan dinámicos.

Como signo de vigorización de la autonomía judicial, se han creado la **"Oficina de Control de la Magistratura - OCMA"** en la capital de la República y las Oficinas distritales a nivel nacional "ODICMA" competentes para investigar la conducta funcional de jueces y magistrados, como posibles casos de demoras, corrupción o negligencia; pero innecesariamente se les exige pronunciamientos sobre asuntos jurisdiccionales, que no les compete.

El Reglamento de estas oficinas contempla el debido proceso administrativo, especialidad y recursos impugnativos; pero hasta la fecha su organización y funcionamiento no son los más apropiados ni aseguran estabilidad ni especialidad en Derecho Disciplinario.

Sería ideal será que los controles sean perfeccionados y reformulados y también se estudie la posibilidad de crear órganos de control externo.

---

# DESARROLLO URBANO SUSTENTABLE<sup>1</sup>

---

**Melitón Torres Tovar**

**Edgardo Torres López**

## **1 CONCEPCIONES DE DESARROLLO URBANO**

Para aproximarnos al tema, es necesario conocer las concepciones vigentes de desarrollo urbano.

### **1.1 MODERNIZACIÓN MATERIAL CENTRALISTA**

El desarrollo urbano según ésta concepción es la libre construcción de edificios, centros comerciales, amplias pistas, grandes obras que privilegian el centralismo, comercio, turismo y recreación. El encargado de realizarlas es el sector privado, con las facilidades del Estado, la Región y el Municipio.

Este modelo basa su enfoque en construir obras y edificios que satisfagan la demanda inmediata de servicios y consumo generando ganancias económicas; sin tomar en cuenta una visión de futuro; solo una visión de corto plazo.

No prevé por ejemplo los riesgos que significa construir en forma masiva, altos edificios en zonas sísmicas; sin suficientes servicios de agua potable y desagüe; sin previsión de fuentes de alimentación, seguridad y salubridad.

La modernización material derrumba casonas coloniales para construir masivamente edificios. Es así que inmuebles que albergaban por ejemplo una familia con 7 personas; actualmente hospedan a más de 300 o 400 personas, en módulos verticales, generando sobre densidad, escases de agua, hiper centralismo, sobre excesiva concentración, y multiplicidad de problemas urbanos.

Por otro lado, por la ausencia de regulación o incumplimiento de normas existentes y el afán de lograr recursos económicos a cualquier precio, se disminuye o depreda, gran parte de la campiña y zonas naturales que pertenecen a la naturaleza, tierra agrícola y los aires.

El proceso de urbanización acelerada es intenso y sin ningún control efectivo.

---

<sup>1</sup> Diciembre de 2016.

En la ciudad se anulan áreas verdes, se retiran árboles, para convertirlas en patios o cocheras.

En el campo, extensas zonas agrícolas se convierten en selvas de asfalto y cemento; ello es un gravísimo error de s fatales consecuencias, porque se afecta el ambiente natural para la producción de alimentos y el equilibrio en el eco sistema.

Los árboles, la vegetación y los espacios públicos libres, deben ser parte integrante de la ciudad; en caso contrario se afecta la calidad de vida.

La modernización material centralizada produce desorden urbano, sobre masificación, inseguridad ciudadana, contaminación ambiental, escases y encarecimiento de servicios.

Al modelo material centralista, en la práctica, poco o nada le interesa los problemas de gravea contaminación ambiental, carencia de servicios y calidad de vida de las personas en las zonas urbanas y descentralizadas; su interés principal es que los ciudadanos compren y paguen pisos para vivienda o comercio en edificios y construcciones masificadas, en los centros urbanos.

Así se genera la migración a la capital de los distritos y provincias del interior de los países, y el abandono y desatención de las zonas rurales y extensivamente de los distritos alejados de los centros urbanos en toda Latinoamérica.

El modelo de modernización centralista considera que el Estado, no debe orientar ni planificar el desarrollo urbano; que se debe dejar a plena libertad de la iniciativa privada que construya de acuerdo a criterios de oferta y demanda; que la ciudad debe ser dejada al libre albedrío de las empresas constructoras y financieras; por lo que el rol del municipio y del Estado, con mínima regulación, debe ser facilitar la actividad constructora y comercial.

Todo ello en apariencia es atractivo, novedoso, fuente de inversiones y de empleo; sin embargo genera profundos contrastes y conflictos; se construyen edificios y grandes centros comerciales, generando un excesivo centralismo; y a la vez se genera zonas abandonadas, barrios de extrema pobreza; contaminación ambiental, sobre densidad en capitales de provincias, y bajísima población en algunas zonas, lo que genera múltiples problemas. Por un lado hacinamiento, falta de servicios públicos inseguridad ciudadana y violencia; por otro abandono, deserción y olvido de las zonas que podrían servir para la agricultura.

La ciudad en su conjunto poco a poco se convierte en un centro sobre saturado de personas, comercios, vehículos automotores y contaminación; de conflictos urbanos constantes, de caos, stress y violencia.

Si a esto le agregamos la posibilidad de sufrir movimientos telúricos, desabastecimiento de agua, o como algunos lugares ya se aprecia erupción de volcanes; desastres de la naturaleza por el calentamiento global; o conflictos por la necesidad de recursos vitales; las amenazas y los peligros que se cierne son grandes, por falta de previsión y planificación, y principalmente por sobrevalorar el interés económico y la modernización de corto plazo, sin fijar las bases para un desarrollo humano sostenible.

Por ello consideramos que es una falta de visión grave, la política urbanística de dejar hacer y dejar pasar; consintiendo que prevalezcan los intereses privados y ganancias monopólicas, antes que la armonización de los intereses públicos y privados, que orienta el bien común.

Si continúa creciendo la ciudad sin planificación, sin respeto al derecho urbano y al derecho al medio ambiente sano, que son base del desarrollo sustentable; se generan amenazas y problemas sociales de gran complejidad.

De otro lado, la modernización material centralista, sin visión de futuro, genera nuevas y masivas invasiones de migrantes del interior del país a los centros urbanos, migrantes que buscan bienestar y progreso; porque sus pueblos y ciudades, están abandonados por el Estado y el sector privado.

En síntesis: La modernización material centralista no tiene base sustentable por los siguientes motivos:

1. La ciudad se densifica y masifica; más de lo que puede soportar generando caos y escases de servicios públicos elementales; por hiper centralismo.

2. Existe riesgo de desabastecimiento de agua, falta de alimentos, de servicios básicos y posibilidad de no poder afrontar desastres naturales; por la excesiva densificación de las zonas urbanas y concentración de personas.

3. El parque automotor se incrementa a niveles que llegan a hacer colapsar las pistas; aumentando los congestionamientos; riesgos de accidentes y conflictos viales.

4. Se depreda el ambiente natural, y se eleva los niveles de contaminación, generando stress y enfermedades urbanas.

5. Se incrementa gravemente los niveles de inseguridad ciudadana, corrupción, delitos, niños abandonados, mendicidad, problemas de salud mental y otros.

## 1.2 DESARROLLO URBANO SUSTENTABLE

El desarrollo urbano sustentable, según este modelo, es la posibilidad de planificar y lograr que la población satisfaga sus derechos y necesidades básicas en

forma racional: Alimentación, salud, trabajo, vivienda, educación, cultura, y recreación.

Es crear ciudades campiñas, en un ambiente armónico, en el que se cumplan deberes de atención al medio ambiente, y respeten los derechos humanos de las personas.

Es promover ciudades descentralizadas y desconcentradas en las que no exista sobre masificación de personas; tugurios, niños abandonados, mendigos, excesiva contaminación ambiental, ni inseguridad ciudadana; metas que han sido logradas por diversos países desarrollados respetando el Estado Constitucional de Derecho y aplicando la planificación, educación ciudadana, derecho urbano y derecho ambiental.

Es decir promover ciudades sostenibles en el tiempo; espacios racionales y equilibrados en las que se respete la dignidad, la vida y salud de las personas; asimismo la ecología; seguridad y bien común; solucionando los conflictos sociales por medios pacíficos; valores superiores a las meras consideraciones de lucro y acumulación económica.

Según esta concepción, importan más el desarrollo humano en un ambiente sano, descentralizado, equilibrado, con el cuidado del ambiente; que la construcción de grandes edificios con fines de lucro.

El objetivo del desarrollo sustentable, se puede lograr en base a una planificación estratégica armonizando el interés público y el interés privado; con formulación y ejecución de planes urbanos con base en el respeto del ambiente ecológico, a corto, mediano y largo plazo; cumpliendo principios de equidad, previsión de servicios básicos en todos los distritos, generación de fuentes de trabajo, inversiones descentralizadas y concertación con los agentes sociales, económicos y culturales.

La clave para este modelo, es el conocimiento y respeto al derecho urbano; una planificación indicativa y democrática; descentralización y desconcentración; desarrollo equilibrado y racional de las ciudades en forma armónica, evitando la excesiva masificación de personas en ciudades, a la fecha sobre pobladas, como ocurre en Sao Paulo, ciudad de México, Bogotá, o Lima.

Para ello es fundamental la formulación y ejecución de políticas públicas de descentralización urbana; creación de ciudades campiña; con base a la coordinación entre el Gobierno Nacional, Regional y Local. Asimismo, gestión orientada por el Gobierno Local, con la participación de los sectores públicos y privados.

El planificador en este caso no impone; propone, convoca, coordina con las instituciones públicas y privadas; y al decide. El estado incentiva el desarrollo racional y equilibrado de todos los pueblos y ciudades

El desarrollo urbano se determina en objetivos de carácter social, ecológico, cívico, cultural, jurídico y económico.

En lo que se refiere a la armonización de los factores urbanos (población, construcciones, zonificación, ecología), es necesario el apoyo de la tecnología informática; utilizar programas denominados sistemas de información urbanística y geográfica, que orientan la densidad racional de una ciudad, capacidad de vivienda, servicios, transporte, trabajo, salud y otros.

La tecnología informática, para proyectar el desarrollo sustentable, es un instrumento imprescindible.

Actualmente es posible con sistemas de modelística informática, contribuir a planificar y simular diversas opciones de desarrollo urbano sustentable, con información de costos y beneficios, desde un ordenador. Los sistemas de multimedia, o realidad virtual, son instrumentos básicos, para realizar una planificación indicativa.

Asimismo, para la construcción de viviendas inteligentes; que posibiliten el reciclado del agua; y de residuos sólidos; el ahorro y uso racional de energía; la seguridad urbana; el control del parque automotor; el fomento a las actividades culturales, recreativas

Algunos centros urbanos en el mundo, reciben el nombre de E-ciudades; es decir, ciudades éticas, ecológicas, con eco desarrollo.

El desarrollo urbano sustentable puede orientarse en estudios y pruebas realizadas en laboratorios de urbanismo e informática, con los objetivos de:

- Descentralizar la ciudad, construir ciudades - campañas autónomas, en las provincias y distritos.
- Diseñar vías, edificios, áreas de educación, salud, recreación, turismo y servicios, en forma racional y armónica a lo largo y ancho del país; no solo en las capitales de provincias.

El desarrollo sustentable, debe orientarse sobre la base de políticas de descentralización racional y protección del medio ambiente en el campo y la ciudad, en todos los distritos del Perú y América Latina.

La autoridad urbana, es decir los Gobiernos Locales tiene que prever, planificar, dirigir, coordinar esfuerzos; en suma gobernar; en concertación legal, con los sectores públicos y privados.

## 2 GUÍA BÁSICA PARA UN DESARROLLO URBANO SUSTENTABLE

Para lograr un crecimiento urbano, armónico, ordenado y con respeto al medio ambiente es necesario considerar los siguientes requisitos.

- Respeto al derecho al medio ambiente sano y equilibrado
- Crecimiento Urbano Ordenado.
- Uso de tecnología actual y adecuada.
- Cuidado del patrimonio monumental.

El gobernante local para ello, debe hilvanar intereses, recursos y necesidades; ser un director de orquesta, que sintonice las voluntades, expectativas y requerimientos del grupo social, en base a un plan urbano, que debe ser una verdadera constitución respetada y cumplida por todos.

### 2.1 RESPETO AL DERECHO AL AMBIENTE SANO Y EQUILIBRADO

El deterioro progresivo del ambiente por acción humana, ha hecho surgir el derecho ambiental, constituido por un conjunto de preceptos que tienen como finalidad la protección del ecosistema, evitando la contaminación, destrucción, y desequilibrio de la naturaleza; procurando la armonía entre los intereses públicos y privados.

El derecho al medio ambiente tiene como objeto la protección de la ecología, la fauna, la flora, los recursos naturales y el desarrollo equilibrado de la vida humana en hábitats saludable; asimismo evitar la destrucción progresiva de nuestro planeta.

El derecho al medio ambiente proporciona los mecanismos legales para la protección del ambiente.

Los Gobiernos Locales, Regionales y Nacionales, de acuerdo a la legislación vigente, son los encargados de dirigir, supervisar y controlar el derecho al medio ambiente; para el cumplimiento de los objetivos urbanos, los Gobiernos Locales, deben formular planes reguladores y de control en materia urbanística y ambiental, en caso contrario la contaminación y el deterioro de la calidad de vida en las ciudades, cada vez será mayor.

## 2.2 CRECIMIENTO URBANO ORDENADO

Una de las razones del desorden existente en algunas ciudades latinoamericanas, es que ni las autoridades, ni la mayoría de ciudadanos respetan ni cumplen, ni hacen respetar el Derecho Urbano.

El Derecho Urbano, es un elemento esencial de regulación, planificación y desarrollo de las ciudades.

A la fecha existe un gran número de normas que forman parte del derecho urbano, sin embargo algunas se contradicen; son confusas, sobreabundantes; y las que son valiosas como el mandato de intangibilidad de los terrenos agrícolas, no se cumplen, ni controlan a cabalidad.

El respeto a la disciplina del derecho urbano, en los países desarrollados, ha demostrado que puede ser un instrumento vital para el crecimiento ordenado.

No es por la violencia, la tenencia de grandes capitales, ni por la improvisación, que se va a lograr un crecimiento urbano ordenado, sino en base a una democracia colaborativa, planificación, respeto a ley, educación de los ciudadanos; actitud positiva; uso de tecnología actual y adecuada; buen manejo de los recursos disponibles.

Asimismo la solución progresiva y racional de variables que afectan al desarrollo, como la constante migración, el centralismo, la falta de empleo y lo que es más grave la escases de recursos hídricos.

## 2.3 USO RACIONAL DEL SUELO

La política urbana de los gobiernos locales, así como en general a nivel nacional, es principalmente expansionista; como si no existieran barriadas o como si no hubiera necesidad de inversiones y de habilitación progresiva en las zonas antiguas o alejadas de los centros urbanos.

Una alternativa para no crecer en forma desproporcionada consiste en rehabilitar áreas deterioradas; restaurar des tugarizar, reanimar o complementar lo que la sociedad en su conjunto en el pasado se ha esforzado en desarrollar y construir.

No es recomendable que la ciudad siga creciendo sin planificación alguna, forma horizontal o vertical; por la dificultad en la dotación de servicios básicos y servicios;

**Es necesario que el desarrollo se impulse en los pueblos y ciudades del interior del país en forma equitativa, descentralizada y armónica. Que se**

impulse la construcción de viviendas productivas y la construcción del segundo y tercer piso de los inmuebles, en las urbanizaciones consolidadas; que se incentive la creación de fuentes de trabajo, educación y oportunidades en las zonas de baja densidad poblacional.

Las Municipalidades podrían utilizar como política de ocupación de espacio urbano, por ejemplo, la promoción del derecho de superficie; construcciones en el subsuelo y sobresuelo, la edificación de casas prefabricadas, la construcción de viviendas económicas en base a contratos jurídicos modernos, como el joint venture, y otros.

Para ello se requiere:

- Uso racional del suelo.
- Planificación, prevención y control del crecimiento urbano
- Recuperación y rehabilitación de las áreas urbanas deterioradas.
- Recuperación y protección de los centros históricos.
- Rehabilitación de predios en situación del alto riesgo.
- Eliminación progresiva de tugurios.

En algunas ciudades aparentemente sobra espacio; sin embargo ese espacio sin la posibilidad de recursos hídricos, ni servicios esenciales, tiene poco valor.

Sería necesario planificar la existencia de ciudades campiñas descentralizadas, con desarrollo equilibrado.

Lo importante aquí es ampliar la zona agrícola. No podemos pensar seguir construyendo zonas solo para viviendas, destruyendo áreas agrícolas. No es dable continuar construyendo ciudades dormitorios, para que los ciudadanos, tengan que trasladarse diariamente a otros centros distantes, para trabajar.

La producción de alimentos, la ecología y los recursos naturales deben ser preservados.

Sería bueno planificar la construcción de edificios de un máximo de 12 pisos, en las ciudades del interior del país ubicadas en zonas altamente sísmicas; incentivar el derecho de superficie, la construcción vertical moderada, reservando espacios para bio huertos.

La construcción de viviendas no puede seguir destruyendo la vegetación; por un árbol destruido, si queremos preservar la vida debemos sembrar dos.

## 2.4 CUIDADO DEL PATRIMONIO MONUMENTAL

La grave contaminación ambiental, no sólo afecta a la naturaleza y los ciudadanos; sino también a los edificios y monumentos.

Esta una de las razones por las que los centros históricos deben convertirse en áreas culturales, turísticas, y comerciales moderadas. Restringir el acceso de vehículos automotores; construir paseos peatonales, promover la participación de la empresa privada, realizar campañas de educación para preservar los centros históricos, como áreas eminentemente culturales, comerciales y turísticas.

Muestra de lo que significa, conservar un centro histórico, es la ciudad Antigua de Guatemala. En esa ciudad el centro es eminentemente un área cultural, turística, financiera y comercial.

También es necesario utilizar los instrumentos de rehabilitación y preservación previstos en la ley. Enseñar a los ciudadanos y a la juventud especialmente a tener cariño y respeto por la ciudad. Para ello se sugiere una labor ejecutiva y eficaz de coordinación de todas las instituciones vinculadas al desarrollo urbano y preservación del patrimonio monumental, como es el caso del Ministerio de Cultura.

## 2.5 PARTICIPACIÓN EN EL DESARROLLO LOCAL

La ciudadanía elige a sus representantes. En este sentido el poder real, lo tiene el pueblo y sus instituciones.

La sociedad debe participar activamente en el desarrollo urbano y ambiental, por intermedio de los medios de comunicación, los colegios profesionales, las universidades, las asociaciones; las entidades representativas.

Se deben sembrar árboles, realizar campañas de descontaminación; crear conciencia ambiental; respetar y hacer respetar el derecho urbano y al medio ambiente sano y equilibrado.

## 3 VISIÓN DE FUTURO

El crecimiento ordenado de las ciudades se alcanza cuando existe respeto al derecho urbano, estabilidad política, buena economía social de mercado; asimismo planes, directrices y regulación del Gobierno Local.

Para ello se necesita promover la planificación urbana; los deberes y derechos humanos, educación ciudadana; mayor sentido de urbanismo, de respeto al medio ambiente y de solidaridad.

Velar que los intereses públicos y privados, no sean motivo de división y conflicto, sino principalmente de gestión efectiva para el desarrollo social. Además es necesario reafirmar que es posible lograr el crecimiento económico sin necesidad de sacrificar el derecho a vivir en ciudades equilibradas y saludables; protegiendo el medio ambiente; y haciendo efectivo el derecho al desarrollo.

Desarrollo humano, social y económico; equidad; conservación del medio ambiente, no convergen espontáneamente sino vía políticas públicas efectivas, normas, acciones de buen gobierno y control legal.

La formulación de políticas, normas y proyectos ambientales efectivos requieren participación ciudadana activa y cooperación pública - privada desde el diseño, ejecución, control y evaluación de resultados.

La responsabilidad en la solución de los problemas ambientales recae en autoridades y ciudadanos, sobre la base de actitudes positivas; en las personas y organizaciones que respeten el ambiente. Y los gobiernos que impulsen ejecuten y controlen políticas ambientales eficaces.

Es urgente impulsar la institucionalización de Foros, entre autoridades, vecinos y empresarios, para el diálogo y formulación de políticas urbanas y ambientales integradas, que promueva el desarrollo económico, social y cultural de las ciudades de América Latina.

Se requiere que las Municipalidades aprueben planes urbanos, los cumplan y hagan cumplir.

Los planes urbanos podrían tener los objetivos siguientes:

1. Adecuar racionalmente la distribución de la población y de las actividades económicas de acuerdo a las condiciones de la zona.

2. Alentar la radicación equilibrada y sana de los habitantes mejorando las condiciones naturales y urbanísticas del hábitat.

3. Propiciar la salud, la higiene y la integración socioeconómica y cultural.

4. Distribuir equitativamente los costos y beneficios del desarrollo urbano.

5. Preservar y mejorar áreas forestales, fauna y mantos acuíferos.

6. Preservar y salvaguardar el patrimonio monumental histórico.

7. Conservar, y desarrollar integralmente la calidad de vida, belleza urbana y respeto al ecosistema.

8. Distribuir equitativa y equilibradamente las actividades urbanas; económicas, sociales, empresariales, de tal modo, que cada ciudad en lo posible sea autónoma e independiente, en la auto satisfacción de los servicios públicos.

9. Facilitar la conectividad y transporte otorgando preferencia a los sistemas modernos colectivos de transporte urbano; limitando el exceso de transporte vehicular individual.

10. Alentar y apoyar los trabajos emprendidos por el Ministerio de Cultura y Patronato del Centro Histórico en el rescate y conservación de fincas con valor cultural y arquitectónico.

11. Promover y supervisar el respeto al medio ambiente ecológico.

A manera de resumen final, para prepararnos a enfrentar las demandas del futuro, proponemos un decálogo o lineamientos de Desarrollo Urbano, como documento rector, que puede servir de marco teórico para la formulación de un plan urbano.

## **ANEXO**

### **DECÁLOGO URBANO**

#### **I IDENTIDAD, CARIÑO Y RESPETO A LA CIUDAD, COMO SEGUNDO HOGAR**

Dichos valores son claves para el desarrollo sustentable. Pequeñas ciudades, sin muchos recursos, en base a la unión, buena administración de gobierno, respeto al medio ambiente y concertación entre autoridades y ciudadanos, logran brindar soluciones viables y pacíficas en forma constante y progresiva a los problemas urbanos y sociales.

#### **II RESPETO MUTUO ENTRE AUTORIDADES LOCAL Y LOS CIUDADANOS. EN EL PROCESO DE PLANIFICACIÓN DEL DESARROLLO SUSTENTABLE**

Gobernantes y gobernados debemos someterse a la Constitución y la ley, y al respeto a los deberes y derechos fundamentales, entre estos al derecho urbanístico y ambiental.

### **III OBJETIVOS COMUNES Y ESFUERZO PARA EL DESARROLLO URBANO EN UN AMBIENTE ECOLÓGICO SALUDABLE**

Fijar objetivos a corto mediano y largo plazo, en el plan urbano. Ejemplo: Descentralización, desconcentración, preservación de áreas verdes, repoblamiento de los distritos; programas de vivienda, industrias, comercio y agricultura en zonas desatendidas; conectividad e internet en zonas rurales.

### **IV PLANIFICACION CONCERTADA, INDICATIVA, DESCENTRALIZACIÓN Y RESPETO AL PLAN URBANO**

Armonización de los intereses públicos y privados, en el Derecho Urbanístico y Derecho Ambiental, en el marco de los Tratados Internacionales, la Constitución Política del Estado y las normas vigentes.

### **V RESPETO Y CUMPLIMIENTO A LAS NORMAS DE DERECHO URBANO Y EDUCACIÓN CIUDADANA**

Una de las claves del desarrollo, seguridad y bienestar es el respeto al Derecho Urbanístico y Derecho Ambiental; que en el caso específico constituyen los deberes y derechos fundamentales, para lograr el desarrollo armónico y equilibrado de las ciudades y la población.

### **VI RESPETO y PROTECCIÓN A LA ECOLOGIA Y ACCIONES EN CONTRA LA CONTAMINACION**

Preservación y ampliación de la campiña y áreas verdes; creación de nuevas áreas verdes; promoción, educación y difusión de los derechos y deberes ambientales.

### **VII CUIDADO Y PRESERVACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES**

Principalmente el oxígeno, agua, y tierra, que posibilitan la vida; la vegetación, flora y fauna.

**VIII PARTICIPACION CIUDADANA EN EDUCACION, CULTURA URBANISMO Y PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE**

El desarrollo sustentable es una acción participativa y creativa del Estado y la sociedad.

**IX ACCIONES DE RESTAURACIÓN, REHABILITACION, DESTUGURIZACION Y MODERNIZACIÓN**

No se debe destruir barrios y casonas antiguas; algunos se pueden rehabilitar, restaurar y conservar

**X RESPETO Y CUIDADO A LOS MONUMENTOS HISTORICOS**

Patrimonio de la ciudad y memoria histórica de la humanidad.



**BIBLIOGRAFÍA**

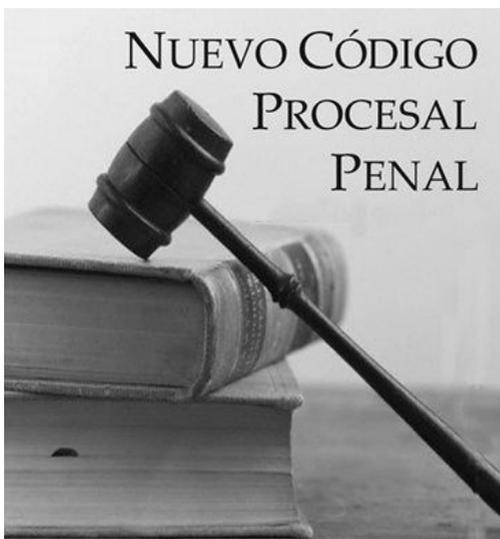
ALZAMORA VALDEZ MARIO.- Derecho Municipal 2da. Edición. Lima 1989

CARAVEDO M. BALTAZAR. El problema del des centralismo. Lima. 1ra Ed. 1983

CEDER. Centro de Estudios para el Desarrollo Regional. Desarrollo Urbano y Vivienda Popular. La vivienda popular en Arequipa. 1ra.Ed. 1989

- DE ALTHAUS GUARDERAS JAIME. Realidad de las Municipalidades en el Perú. Fund. Friedrich Ebert. Septiembre 1986
- DESCO. Municipio y Pobladores en la Habilitación Urbana. (Huaycan y Laderas de Chillón) Lima 1989
- DE SOTO HERNANDO. El Otro Sendero. Lima 7tma Edición.
- DIAZ PALACIOS JULIO. Municipio: Democracia y Desarrollo. Ed. 1989
- LE CORBUSIER. Cómo concebir el urbanismo. Argentina 1959. 1ra Edición
- MATOS MAR José. Desborde Popular y Crisis del Estado. 7ma Ed. 1988
- RIOFRIO GUSTAVO. ¿Que vivienda haz construido? Desco. 1ra. Ed. 1989
- RIOFRIO GUSTAVO. Producir la ciudad (popular) de los 90. Desco 1991
- RODRIGUEZ RODRIGUEZ GERMAN. Arequipa clandestina. Reflexiones sobre el crecimiento urbano. Arequipa 1989
- TORRES TOVAR MELITÓN. Bodas de Plata de la Ley 13517. Balance y Perspectivas. Revista Dinámica Nro. 18. Arequipa
- COMISION HABITAT. Hacia nuevas políticas del hábitat en el Perú.

Melitón Torres Tovar



Con ocasión del tercer aniversario de la promulgación del Nuevo Código Procesal Penal, resulta cierta la afirmación que aún en el foro nacional existe polémica sobre las calidades jurídicas de los códigos citados. Resulta intrascendente expresar cual de los dos tiene mejores calidades y produce avances en las ciencias jurídicas penales.

Esta comparación no puede proponerse en los extremos relacionados, pues, tiene previamente que evaluarse el modelo de desarrollo nacional

y concluir que ha determinada realidad corresponden elaboraciones jurídicas, de acuerdo a las transformaciones socioeconómicas y legislativas de un país.

Consecuentemente, no cabe duda, que el Código de Procedimientos Penales de 1940, caló en la realidad de ese entonces; o sea, subdesarrollo económico, bajos índices de producción y productividad y un Poder Judicial en constante reorganización y sin metas.

El Código Procedimental Penal, estructuró bien la persecución del delito para ese entonces, pero careció de un autentico servicio penal y tecnológico, así como metas definidas, pese a ello tuvo éxitos logrados, pero tuvo que ceder ante la nueva situación económica y social del país y el nuevo ordenamiento procesal penal con mayor elaboración y rigor científico y aportes de legislaciones extranjeras; bastaría decir que significó la muerte del "sistema inquisitivo" y el surgimiento del nuevo sistema "acusador y garantista" en un plano de completa igualdad.

Indudablemente el “Nuevo Código Procesal Penal” al legislar la igualdad entre las partes en el proceso penal esbozo el principio superior que consagra el Nuevo Código Procesal Penal, es decir, la aplicación en el proceso los “Derechos Humanos” que antes no existía procesalmente y que hoy corresponden a las partes involucradas en el proceso penal y consiguientemente la judicatura.

Acierto digno de elogiarse en el “Nuevo Código Procesal Penal” son los principios de planificación, o sea, objetivos, estrategias, evaluaciones y metas, como simplificación procesal implícitos en el Nuevo Código Procesal Penal.

Asimismo, el Nuevo Código Procesal Penal se nutre de mecanismos discrecionales como la terminación anticipada del proceso, principios de oportunidad y colaboración eficaz, todo en beneficio de una autentica justicia para el inocente y sanción para el culpable.

Es verdad que hoy existen los principios referidos que no hubieron en el año de 1940, pero si el principio de seguridad tuvo lugar preferente en el proceso.

Los tres años de existencia del Nuevo Código Procesal Penal, enseñan también que el sistema de audiencias es perfectible, a través, de jueces y fiscales de manera que los primeros estén capacitados para resolver asuntos jurisdiccionales intermedios y los fiscales en la ágil y oportuna investigación del hecho delictivo, con la celeridad consiguiente, como lo establecen las normas administrativas.

Concluimos expresando que el Nuevo Código Procesal Penal representa la igualdad y dignidad de magistrados y procesados en el mismo nivel, y con garantías superiores, pero, asimismo requiere de magistrados y defensores con especial preparación jurídica y especializados en las ciencias jurídicas penales en sus bases materiales y procedimentales, tanto más que la oralidad, virtualidad, economía procesal y celeridad, así como los mecanismos tecnológicos, son el soporte del Nuevo Código Procesal Penal.

<<http://lonccojournal.blogspot.pe/2011/11/el-viejo-codigo-de-procedimientos.html>>

Noviembre 17, 2011

---

# PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

---

**Melitón Torres Tovar**

La majestad de los “Derechos Humanos” o fundamentales de acuerdo a la Constitución Política del Perú, serían solamente enunciados líricos, sino tuvieran mecanismos o acciones jurisdiccionales de defensa, que como los propios derechos maduraron lentamente; tales como “el Habeas Corpus” “Acción de Amparo”, “Acción de Habeas Data”, “Acción de Inconstitucionalidad” y “Acción de Cumplimiento” constitucionalizados en los numerales 200 y siguientes de nuestra carta.

“Acción de Habeas Corpus” literalmente significa “traigan el cuerpo”. Dicho recurso tuvo una larga maduración, hasta que finalmente la doctrina y legislación del Habeas Corpus ingleses iluminaron el mundo jurídico.

El “Habeas Corpus” en el Perú, fue normado en las cartas políticas de 1860, 1920, 1933, 1979 y finalmente la 1993, que en su numeral 200, inciso 1, conceptualizó: La acción de Habeas Corpus “procede ante el hecho u omisión por parte de la autoridad o funcionario o persona que vulnere o amenace la libertad individual” o derechos constitucionales conexos, en tanto la persona humana es el “fin supremo de la sociedad” y su libertad es el factor superior para su realización; para su defensa se ha diseñado un procedimiento especial de acuerdo a la ley 23506. (Actualmente Ley 28237 Código Procesal Constitucional).

“El proceso de amparo constituye mecanismo de garantía constitucional sumario, que se interpone ante el juez especializado o ante la Sala Superior correspondiente, dirigido a restituir los derechos que se consagran en la Constitución, a excepción de la libertad personal, vulnerados o amenazados por la autoridad en general o personas. Resaltamos que la garantía de amparo requiere el “agotamiento de las vías previas” que constituye requisito de procedibilidad, siendo la constante más clara, la ley 27444 o de Procedimiento General Administrativo, que establezca que el nivel pre judicial ha sido agotado (ver ley 23506).

“Acción de Cumplimiento”. El cumplimiento procede contra la autoridad renuente a acatar una ley o acto administrativo, o sea, cautela el derecho reconocido en la norma o acto administrativo (ver leyes 23506, 25011, 25311, y Decreto Legislativo Nro. 25433).

En cuanto a las acciones de inconstitucionalidad y Habeas Data, la carta política vigente los norma en su real dimensión, inclusive los aspectos procesales. Sin embargo, las acciones jurisdiccionales enunciadas, no sólo tiene la defensas analizadas, pues, agotada que se la “vía jurisdiccional interna” proceden las “vías internacionales” “como la Comisión Internacional de Derechos Humanos”, “Corte de Defensa de los derechos Humanos” y quejas y consultas ante la Corte Internacional de la Organización de las Naciones Unidas.

<[http://lonccojournal.blogspot.pe/2011\\_11\\_01\\_archive.html](http://lonccojournal.blogspot.pe/2011_11_01_archive.html)>.



PARTE

# BIOGRÁFICA



## PROEMIO

Significado del nombre y apellidos Melitón Torres Tovar

**Melitón<sup>1</sup> Etimología:** Variante de "melito", de miel, dulce o melo – dioso; el que nació en Malta

**Origen:** Griego

### ¿Quiénes son?

Son hombres agradables que irradian una impresión de fuerza y un cierto magnetismo. Dan la impresión de ser viriles y fuertes; son inquietos y preocupados. Mucho más sensibles y vulnerables de lo que parecen; tratan de complacer y de vivir en armonía con los seres que aman. Tienen tendencia a tomar responsabilidades en la vida, ya sea en el plano familiar como en el profesional. Valientes y progresistas, son activos y emprendedores.

**Parmenas y Melitón** necesitan acción y reflexión, al mismo tiempo, y serán muy apegados a su hogar y su familia. De niños, oscilarán entre la calma y la tempestad, entre la lectura y el deporte, y serán bastante desconcertantes por su carácter secreto e introvertido. A menudo tímidos, reaccionarán hoscamente y no apreciarán para nada las incursiones en su intimidad. Son receptivos a su entorno y se desestabilizan un poco en caso de desacuerdos familiares.

### ¿Qué les gusta?

Aprecian la calma, la soledad, como así también la serena seguridad del hogar. Se sienten incómodos en las atmósferas ruidosas: Son personas secretas, a menudo enigmáticas, que se interesan particularmente por todo lo que sea original, raro, de vanguardia. Por eso, se los percibe como personajes aparte. Poco comunicativos, y no demasiado demostrativos, a menudo son incomprendidos en el plano sentimental, ya que tienen ciertas dificultades para expresar sus emociones. Su timidez y su pudor a veces los hacen ser bruscos. Sin embargo, cuando están enamorados, son hombres tiernos y deseosos de construir una familia.

---

<sup>1</sup> <http://www.significado-nombres.com/nombre/nombre-MELITON.html>

### Torres<sup>2</sup>

El apellido Torres es muy antiguo, anterior a los siglos XIV y XV, y procede de la zona castellana. Según Fernando González-Doria en su "Diccionario heráldico y nobiliario de los reinos de España", el apellido tuvo su primitiva casa solar en Castilla. Etimológicamente, el apellido procede del sustantivo torre (del latín "turre").



En aquella época la repoblación de las tierras ocupadas se dio entre los caballeros que ayudaron a los reyes en las conquistas. Personajes llamados Torres recibieron solares y tierras, estableciéndose el linaje en aquellos lugares. Destacando en la conquista de Baeza, Sevilla, Granada y Toledo.

En los comienzos del siglo XV ya gozaba de notoriedad el apellido en Cataluña y Baleares, principalmente en Mallorca e Ibiza. En la isla de Ibiza, el apellido Torres destacó en poblaciones como Ibiza y Santa Eulalia des Riu. Posteriormente, el apellido se extendió por otras zonas de la Península Ibérica y por los diversos países de América Latina, principalmente en Colombia, Venezuela, Argentina, Chile y Perú.

### Tovar<sup>3</sup>

Proviene de un linaje español. Un significado de Tovar es "valiente", ya que en la conquista de Sudamérica así lo demostraron, en las luchas constantes.

---

<sup>2</sup> <http://anuariofamiliatorres.blogspot.pe/2012/04/torres-origen-y-significado.html>

<sup>3</sup> <http://www.misapelidos.com/significado-de-Tovar-20750.html>

---

# BREVE SEMBLANZA DE MELITÓN TORRES TOVAR

---



Melitón Torres Tovar, en su casa en Arequipa en el año 2007. Aparece junto a su nieta Gina Melisa Córdova Torres

## 1 AMBIENTE FAMILIAR

Melitón Torres Tovar nació en Arequipa, un 21 de enero de 1932. Fue hijo de Ana Tovar y Luis Francisco Torres. Tuvo 10 hermanos. Algunos con nombres de santos: Rosa, Juana, Moisés, María, Matilde, Olga, Francisco, Héctor, Mario y Humberto el benjamín de la familia. Edgar Melitón fue el antepenúltimo.

Ana Tovar fue una señora distinguida, sencilla, moderada y discreta. Aparentemente fue hija de un agricultor de apellido Revilla. Siempre con cierto orgullo y modestia, llevó el apellido Tovar de su señora madre. Cuidó, educó y orientó con amor a su esposo e hijos.

Vivió casi hasta los 100 años; al final postrada en una silla. Tengo gratos recuerdos de la abuela Anita, cuando con toda la familia, la visitábamos los días domingos. Sabía escuchar; nos contaba historias de sus hijos; tenía un aire sereno, algunos gatos que la rodeaban y el santo rosario, que la acompañaba.

Francisco fue el único hijo que retomó el apellido Revilla; como pariente de don Clemente Revilla, senador la República entre los años 1939 - 1945, y Presidente del Poder Legislativo.<sup>1</sup>

Francisco hizo rectificar su segundo apellido; de Tovar se convirtió formalmente en Revilla; apellido que pudo ser el primero de su señora madre.

Todos los demás hermanos de padre y madre, conservaron los apellidos Torres Tovar, de antiguo origen español.

Luis Francisco padre de Melitón, trabajaba en Chuquibamba un distrito de la provincia de Condesuyos en Arequipa; siempre visitaba a la familia. Fue un hombre recto, católico, y reservado.

Melitón, vivió desde niño junto a sus padres, mayormente con Anita y sus hermanos; residieron un tiempo en una casa del Distrito de Paucarpata; posteriormente largos años en la calle La Merced, 5ta cuadra, cerca a la Iglesia del mismo nombre, en el cercado de Arequipa; en un inmueble alquilado de propiedad de don José Cornejo.

Los hermanos Torres Tovar, con sus padres, parientes políticos y sobrinos vivían tranquilos; dialogando, estudiando, jugando, todos en familia..

Melitón pasó una infancia feliz.

Sus hermanas, Rosa y Juana fueron bellas; quedaron solteras tal vez por decisión propia; por celos del padre y hermanos, o porque el tiempo pasó, ayudando en la crianza y formación de los numerosos hermanos y sobrinos; aportando un rol fundamental, olvidándose de si mismas, consagradas al cuidado de la familia y en los últimos años de sus padres.

Rosa, llamada así en honor a Santa Rosa de Lima, era la mayor de todos los hermanos. La conocí con cabellos blancos, plomizos y negros. Fue activa ama de casa, y costurera. Tenía un pequeño taller de costura en la calle Jerusalén, centro de Arequipa, en el que trabajó varios años. Una noche unos truhanes ingresaron al taller y le hurtaron su maquina de coser, herramientas de costura y vestidos. Tuvo que cerrar el negocio. Bien se sabe que los emprendedores tienen como enemigos la inseguridad y la delincuencia.

---

<sup>1</sup> <http://www4.congreso.gob.pe/museo/presidentes/231-CC-Revilla-1936.pdf>

Cocinaba exquisitos, platos típicos como pastel de papás, pollo al horno, ocopa arequipeña. Fue una segunda madre para la numerosa familia.

Juana tenía la tez clara y la sonrisa dulce. Estudió enfermería técnica; prestaba primero auxilios; ponía inyecciones; realizaba curaciones. No tuvo hijos, pero quería y apoyaba a sus sobrinos como si fueran sus propios hijos. Atendía de inmediato por cualquier contratiempo a los integrantes de la familia. Era algo ansiosa y preocupada; casi siempre hablaba de la salud y acudía con frecuencia al Seguro Social, que siempre le recetaba pastillas; fue menor que Rosa, pero falleció antes, a los 75 años.

Rosa no tenía ni Seguro Social; no se preocupaba demasiado por la salud; no visitaba a los médicos, y vivió más; pasó los 90 años.

María tenía el cabello negro y los rasgos firmes; era preocupada, un poco renegona como dicen que son las Marías; le gustaba el campo; tenía grandes deseos de progresar; tuvo que defenderse con varios juicios por una pequeña chacra que adquirió; casó pero no tuvo hijos; pensaba mucho en el futuro. Falleció joven a los 50 años de edad, por una afección estomacal; probablemente afectada por los problemas y los juicios.

Matilde tenía el cabello café claro, personalidad distinguida, y palabra ágil; casó con un joven estudioso y cariñoso abogado Cesar Augusto Márquez Mares, gran lector, de palabra amena, con quien tuvo 7 hijos.

Matilde vivió 98 años bien cuidada; supo educar bien a todos sus hijos; todos profesionales.

Olga Torres Tovar, casó con Salomón Ojeda, agricultor de señorío y carácter que quería y respetaba a la familia Torres Tovar y Torres Revilla.

Tuvieron 7 hijos; 5 mujeres y 2 varones. Las mujeres profesionales. Salomón hijo falleció en un accidente automovilístico, Lucho es agricultor. Ellos vivían y hasta la fecha viven en Distrito de Paucarpata de Arequipa; rodeados del campo y del paisaje, que progresivamente se va empequeñeciendo por el crecimiento urbano.

Olga fue hermosa; dulce y maternal; parecida a su mamá Anita en el cuidado de sus hijos. Amaba el campo; el medio natural que prefería antes que el ruido de la ciudad. Dicen que las hijas se parecen a la madre; en este caso el dicho se cumplió, porque Olga formó bien a sus hijas.

Moisés fue el primero de los hermanos Torres varones; y fue el primero que emigró a Lima; era de porte distinguido, de cabello claro; se tituló de profesor y casó con Dora Cañas, hermana del conocido músico peruano Luis Cañas. Tuvieron 3 hijos.

Moisés, fue como un segundo padre para los hermanos; el mayor de los varones, estudioso, reflexivo, pendiente de la familia. Tenía el genio firme y hacía honor a su segundo nombre: **Severo**. A los hermanos menores los controlaba y tenía en línea; especialmente a Héctor; y un poco a los sobrinos.

Él una vez me dijo: A los hermanos Torres, **nuestros padres nos han educado bien**. Ninguno es adinerado; ninguno tiene problemas con la Fiscalía.

Moisés fue profesor de historia en diversos centros educativos de Lima. Recuerdo un día hace 40 años, cuando llegó de visita a Arequipa, me obsequió un hermoso libro de historia para profesores. Y cuando viajé de Arequipa a Lima en 1989, para seguir estudios de post grado, me alojó un mes en su casa en el Distrito de Breña en Lima.

Francisco el segundo de los hermanos varones era de piel clara; alto, sereno y estudioso; fue educado en la Escuela Normal de los Hermanos de la Salle; formado según la doctrina social de la iglesia. Algunas veces lo escuché hablar con conocimiento de derecho natural; de los filósofos Aristóteles, San Agustín de Hipona, de Balmes; de la ética como base esencial del derecho y la vida.

Luego de ser destacado alumno, también enseñó en la Escuela Normal de la Salle; se recibió de profesor en la especialidad de letras; continuó estudiando en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Gran Padre San Agustín y se graduó de abogado, en fecha posterior a su hermano menor Melitón Torres Tovar.

En los estudios de docencia, ocupó los primeros puestos. En los estudios de abogacía también tenía los primeros lugares. Por tal mérito logró una beca por un mes, para conocer el sistema de justicia a Estados Unidos de América, en Washington.

En el Capitolio dio un breve y brillante discurso representando a los estudiantes peruanos. También hizo lo propio otro peruano; el ilustre abogado Washington Céspedes, que dejó a todos boqui abiertos, al **pronunciar un corto y vibrante discurso, clamando por justicia paz y desarrollo, en el continente americano, en el idioma de los incas: El quechua**.

Posteriormente Francisco, viajó con motivo de estudios a Buenos Aires-Argentina. Allí conoció a Zulema Cavalho; con quien casó y tuvieron 5 hijos. A un inicio radicaron en el Distrito de Yanahuara, luego en la calle Santa Catalina, en el centro de Arequipa, cerca al famoso Monasterio de Santa Catalina, joya arquitectónica digna de visitar, conocer y proteger.

La familia Torres Cavalho, vivió en la década del 60, diez años en Arequipa. Luego emigró a Mendoza - Argentina.

Francisco Torres, dio exámenes para revalidar su título; en Mendoza se colegió como abogado. La familia progresó y se multiplicaron los Torres en Argentina.

Cuando llegaba de visita a Perú, me gustaba oír al tío Francisco. Sabía de filosofía, de derecho, de ciencias políticas. Me acuerdo que en la estatización de la banca propiciada en el primer gobierno de Alan García, me dijo: **Esto ya lo hemos vivido en Argentina. Es un desastre total**; el Perú, se va a hundir más. Dicho y hecho, así sucedió.

Fundaba sus razonamientos de política, de gobierno, en la filosofía y el derecho natural. Respecto a la economía decía hay que proteger la propiedad; el capital y el trabajo. Crear un buen clima para las inversiones. Me preguntaba en la década de los 80. ¿Si tuvieras capital, que harías con ese recurso? ¿Lo invertirías en el Perú?; El mismo respondía. **“Seguro que no porque no existen garantías suficientes”**. Felizmente en el país, respecto a la seguridad de las inversiones, las cosas cambiaron en algo en la década los 90.

En el año 2007 Francisco falleció de un infarto al corazón; cuando trabajaba en su estudio jurídico.

Héctor Torres el tercero de los varones, fue escribano de estado. Un escribano experto, respetado y con genio firme. Contrajo matrimonio con Ricardina Orihuela con quien tuvo 8 hijos.

Héctor fue dos años mayor que Melitón. Ambos de niños y jóvenes casi siempre estaban juntos; estudiantes del Glorioso Colegio de la Independencia Americana; deportistas, compañeros de juegos, de alegrías y contratiempos.

Su apelativo era pajarito, porque era delgado, colorado, con una pequeña cresta en el pelo; parecido a un actor de cine.

Héctor a los 14 años, corrió y ganó en una maratón, de 10 kilómetros, desde el Colegio Independencia en IV Centenario de Arequipa, hasta el cementerio de la Apacheta. Cuando llegó en el primer lugar en la reñida competencia los muchachos de Independencia y chicas de la Merced, suspiraban, y aplaudían intensamente voceando *Pajarito, Pajarito, Pajarito!*

Qué hazaña, para un joven por su disciplina y entrenamiento constante haber ganado una maratón estudiantil.

Melitón Torres admiraba y quería entrañablemente a su hermano Héctor. Los dos eran futbolistas; ágiles, temperamentales, aguerridos; de niños jugaban fútbol en la calle La Merced; en el colegio, en la **Independencia Americana**; de jóvenes en la cancha deportiva del White Star, en la avenida Parra en Arequipa.

El fútbol es parte importante de la vida en nuestros países, deporte que debe ser alentado y apoyado desde la niñez; con un sentido amateur y profesional; sin olvidarse del espíritu deportivo: ***Ganar con humildad; perder con honor!***

A Héctor le decían “colorado” por el color de su piel. Llegó a tener una familia numerosa, que creció rápidamente. Fue un escribano reconocido y honrado; me acuerdo que me decía: **“Si algún abogado o litigante quisiera comprarme para torcer la justicia, no existe dinero en el mundo para hacerlo.”**

Murió a los 76 años, por una afección pulmonar, hospitalizado en el Seguro Social.

Melitón Torres fue el cuarto de los hermanos varones.

Mario Torres Tovar, el quinto, era dibujante y empleado de Registros Públicos en Arequipa. No se casó. Tenía una hermosa novia de nombre Leonor; al parecer absorbente y con genio difícil. La relación fue complicada; prematuramente quedó calvo, luego de tener una hermosa cabellera de color café claro y oscuro. Contrajo cáncer pulmonar, por fumar seguido. Murió joven a los 50 años.

Melitón Torres con cierta serenidad se encargó del sepelio; pocas veces vi llorar a mi padre en privado, con el consuelo de mi madre, como aquel día; también lo vi discretamente cuando fallecieron los seres queridos a quienes amaba, mis abuelos, tíos, algunos amigos y especialmente cuando murió su hermano Mario, menor que él en varios años.

Todos querían a Mario por su sencillez, por su humildad y carisma; especialmente quien escribe, porque desde la Merced, camino a su trabajo en los Registros Públicos (calle Ugarte), me acompañaba cuando yo tenía 5 años, al centro educativo público, (calle Sucre) dónde estudiaba.

En la primaria, él me ayudó a hacer algunos dibujos para el colegio. Recuerdo con gratitud que un día, a pedido de mi madre, dibujó para mi, en un cuaderno de historia universal un hermoso cuadro: **“Los Jardines Colgante de Babilonia”**.

Humberto Torres es el sexto hermano; es farmacéutico; fue profesor de la Universidad Católica de Santa María en Arequipa. Es el menor de los hermanos Torres Tovar; sereno y carismático; actualmente vivo. Casó con Liliana Gómez, con quien tuvo 4 hijos.

Recuerdo la farmacia que tenía Humberto en una esquina de la calle Puente Grau con Santa Catalina. Todos los remedios y medicinas bien ordenadas; en esa época en los años 60, el farmacéutico orientaba a los parroquianos y preparaba remedios. Siempre nos visitaba y ayudaba a mi padre a clasificar y depurar algunas pastillas que le entregan en el Seguro Social.

Nunca lo vi con mal humor; salvo una vez con justa razón cuando de niños un amigo y tal vez primo lejano mío Álvaro Revilla, se apoyó en una de las vitrinas de su farmacia, y rompió el vidrio. Asustados fuimos a comprar un nuevo vidrio, y el problema quedó solucionado.

Actualmente los integrantes de la familia Torres Gómez, residen en Lima.

## 2 INFANCIA Y JUVENTUD

Melitón tenía la piel trigueña; rostro bien formado; ojos café oscuro, textura delgada con cabello negro, algo crespo; (de joven llegó a medir un metro 73 de estatura; y 75 kilos de peso); de niño fue listo, reflexivo y algo introvertido. Buen estudiante y deportista. Leía constantemente los libros de su padre y de los hermanos mayores; que había en su casa; de filosofía y literatura;

A los 4 años, su padre quería tenerlo cerca, para vivir juntos en Paucarpata y Chuquibamba distrito en el que trabajaba; pero él extrañaba a su madre. Así que a esa edad argumentó con respeto que necesitaba estar junto a Anita su madre. Su padre procuró convencerlo e insistió, que lo acompañara que le daría regalos y finalmente los hombres tenían que estar con los hombres; ¿Qué ley es esa preguntó? Y luego se echó a llorar. Más pudo el sentimiento,<sup>2</sup> traducido en lágrimas y sollozos de hijo que reclamaba a su mamá, que los convincentes argumentos del padre.

Como la mayoría de niños, a Melitón le gustaba el fútbol. Fue admirador del club social deportivo White Star, en el que participó jugando diversos partidos, con su hermano Héctor; y sus amigos Coquelo, Comejo, Miranda éste último padre del abogado Milton Miranda en Arequipa, quien también es mi amigo.

Como futbolista era listo, tenía iniciativa; de posición delantero; se distinguía por su potente cabezazo para batir el arco rival. Algunos lo comparaban con el futbolista de Alianza Lima, Valeriano López, quien fue admirado y temido por sus goles de cabeza en el arco rival.

Melitón Torres, tenía buena cabeza; no solo para los goles; sino para los estudios. Estudió en el Glorioso Colegio Independencia Americana; vistiendo de alfeñique con el característico uniforme color caqui y boina en la cabeza. Fue buen alumno. No repitió nunca de año; estuvo de principio a fin en Independencia, (la I) centro de estudios en el que se ganó el aprecio de profesores y de condiscípulos.

---

<sup>2</sup> En las decisiones respecto a tenencia de menores se debe atender no solo el denominado interés superior del niño; sino su opinión y sentimientos.

Luego de concluir sus estudios escolares en la Independencia, quiso ser oficial de la Policía Nacional del Perú; meta que lo logró; probablemente por falta de recomendación; o porque finalmente no era su destino.

Melitón Torres, no se amilanó y postuló a algo mejor. A la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Gran Padre San Agustín de Arequipa, para seguir la carrera de abogado.

Ingresó a la Facultad, en la que tuvo como distinguidos catedráticos a reconocidos juristas como Humberto Núñez Borja, Juan Polar Ugarteche, Héctor Cornejo Chávez, Valentín Linares, Abdón Salas, Emilio Suarez Galdós entre otros.

Asimismo tuvo como amigos en la Facultad de Derecho, a Petronio Ricalde, Jaime Bernedo, Duilio Fuentes, Juan Lazo Angulo, Arturo Lira Linares, José Butrón Valencia, Washington Céspedes, Raúl Núñez y otros distinguidos abogados.

Conoció al jurista Raúl Torres Fernández, quien lo trataba como si fuera pariente y amigo. Padre del reconocido diplomático, Hernando Torres- Fernández, quien también es mi amigo.

Tenía especial afecto por Cesar Gutiérrez, de quien decía que era pariente de Chuquibamba; lo admiraba, por sus cualidades morales e intelectuales. Decía de él que fue Juez honorario de la Corte Internacional de la Haya.

Asimismo conoció a don Héctor Luque, de quien igualmente decía ser pariente lejano; quien fue Presidente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, padre de los abogados Héctor y Rolando Luque Mogrovejo, éste último destacado Defensor del Pueblo de Arequipa, en los años 90.

Melitón Torres, siguió estudios los primeros años, en la Facultad de Derecho de San Agustín; y luego con el ánimo de conocer la ciudad imperial viajó a Cusco. Allí se trasladó a la Facultad de Derecho de la Universidad San Antonio de Abad; en la que prosiguió estudios y fue condiscípulo de Sergio Nieves Núñez; quien posteriormente emigró a Arequipa para matricularse en la Facultad de Derecho de la UNSA, alma mater en la que fue destacado alumno y a los años extraordinario penalista y prominente catedrático de los cursos de Derecho Penal y Procesal Penal.

En la Universidad San Antonio de Abad Melitón Torres, continuó estudiando y jugando fútbol. Los cursos de Derecho no fueron difíciles para él, por la base adquirida en el Colegio Independencia Americana y en la Universidad Nacional de San Agustín. Algunos cursos por estudios previos ya los conocía; sus preferidos fueron Administrativo, Civil, Penal, Constitucional.

Decía que en la Universidad San Agustín de su época, estaban los más brillantes profesores de derecho y egresaban los mejores abogados del Perú, como

Francisco Mostajo; José Luis Bustamante y Rivero, Humberto Núñez Borja, Raúl Torres Fernández y otros grandes juristas.

En Cuzco jugó fútbol, a una altura de 2,800 metros sobre el nivel del mar; representando a la Facultad de Derecho de San Antonio Abad. Allí fue su gran amigo del abogado, Mateo Torres, que por el apellido común se consideraban parientes.

Luego de un año, retornó a Arequipa, para culminar sus estudios de abogado; se graduó de bachiller en derecho, con la tesis titulada “**La lesión en los contratos**”; y posteriormente se sometió al examen de jurado, para optar el título profesional de Abogado; lo cual logró con éxito, para felicidad de sus padres, familiares y de sí mismo.

Viajó a Camaná, provincia de Arequipa, en la que fue secretario judicial en un Juzgado Penal, logro que obtuvo por sus capacidades profesionales y referencia de un pariente de Chuquibamba.

En el juzgado fortaleció sus conocimientos de derecho penal, por la variedad de procesos judiciales que tuvo que atender como secretario. Allí pudo aplicar en la práctica las enseñanzas del maestro español, Jiménez de Azua, que transmitía con sencillez su amigo Sergio Nieves: ***El objetivo preventivo*** del Derecho Penal; el principio de legalidad “***nulla poena, nullum crimen sine lege***”; ***la prohibición de la analogía in malam partem; la pena necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicamente tutelados por la ley; solo el juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida por ley. La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, salvo reincidencia. La pena requiere de la responsabilidad penal del autor; está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.***

Por los casos dramáticos en los que participó como secretario, se dio cuenta que la especialidad penal no era su preferida; así que luego de un año de duro trabajo, se orientó a otra disciplina: **El Derecho Administrativo**.

### 3 EL ESPOSO Y PADRE DE FAMILIA

Melitón Torres Tovar, en la Notaría de don Luis Benavente en Arequipa; conoció a una agraciada joven Regina López Delgado; caso con ella y tuvo 4 hijos.

Regina, su esposa era bella. Tenía un espíritu sencillo, haciendo honor a su nombre: Nació un 7 de septiembre de 1933, en el día de Santa Regina, en la ciudad de Puno. Desde adolescente vivió en Arequipa, en el Distrito de Miraflores, con su tía Magdalena Delgado y su tío Canónigo Alberto Rivera Delgado. Sus padres María y Francisco, al paso de los años se instalaron en Arequipa.

Fue hermana, por parte de padre y madre de Alfredo López Delgado, ex funcionario del Banco de Crédito del Perú; casado con Celia Hurtado; con quien tuvo 7 hijos.

Asimismo fue hermana por parte de madre de Augusto y Luis Siancas Delgado. Augusto fue un notable periodista, y músico; promotor de la cultura de Puno; viajó a muchos países, informando como periodista los campeonatos mundiales de fútbol.

Luis fue Coronel del Ejército del Perú, casado con María Solari; con quien tuvo 5 hijos.

Regina López Delgado, una noche a los 17 años, tuvo una pesadilla; soñó con uno perros negros que la perseguían hasta abalanzarse y morderla. Al día siguiente que se dirigía con su tía Magdalena en un transporte público a los baños termales del Distrito de Yura, (Arequipa) el transporte volcó y tuvo un grave accidente. El accidente casi le costo la vida; sufrió fractura de un hombro. En el hospital Goyeneche, fue enyesada y se recuperó tras largos meses; por ese accidente quedaron en parte trancos sus proyectos de estudio.

No se amilanó y cuando recuperó la salud siguió secretariado en la Academia del maestro Carlos Jesús Emanuel,<sup>3</sup> quien le enseñó mecanografía; disciplina que aprendió rápidamente porque de niña recibió en su colegio, clases de piano. También aprendió taquigrafía y gestión secretarial, que le valió para ser recomendada para hacer prácticas en la notaría de don Luis Benavente. Por su carisma, honestidad y eficiencia, fue contratada como secretaria principal y allí trabajó varios años.

Melitón Torres, como esposo tradicional de la época un día le dijo: “No trabajes más en la Notaría; tienes que dedicarte a los hijos.” Así nacieron y se criaron con los cuidados directos, protección y amor de su señora madre: Regina Maritza Beatriz, Edgardo<sup>4</sup>, Luis Fernando, todos con 2 años de diferencia y la última hermana Ana Cecilia, que llegó como una bendición, después de 12 años del nacimiento de Luis.

---

<sup>3</sup> Al maestro Carlos Jesús Emanuel, tuve la suerte de conocer, admirar y también recibir sus enseñanzas, luego de 30 años que fue maestro de mi madre, también fue mío; algunas veces lo visitaba y dialogamos de temas filosóficos. Me hablaba del pensamiento positivo; de la energía de la paz; del poder de la fe; los ejercicios espirituales. Me tomó cariño y me obsequió un libro de su autoría, titulado “**Lentes para ver en la obscuridad**” de contenido valioso y motivador; que el mismo dictaba a sus alumnos para mejorar la conducta en la vida; con ideas similares a las que actualmente se sigue en el **coaching**.

<sup>4</sup> Dato anecdótico, es que Edgardo por toda la familia Torres, fue conocido desde niño como Pepe. Todos lo llamaban así, en razón que en la inscripción de su partida debió figurar **José** Edgardo, pero solo se registró el segundo nombre. Así que casi nadie en la familia Torres, sabía de la existencia de Edgardo; solo de Pepe.

Regina López, amaba y respetaba a Melitón. Lo demostraba con sus cuidados. Él era siempre primero; cabeza de familia, autoridad de la casa. Ella siempre fue apoyo constante. Una vez le escuche decir: **No se puede faltar a un esposo, ni con el pensamiento.**

La familia Torres López, fue y sigue siendo sencilla y unida; todos los hermanos nos educamos en el Colegio Nuestra Señora del Pilar, en el barrio de Ferroviarios, cerca a la Urbanización del IV Centenario de Arequipa. Colegio católico, fundado por los hermanos Maryknoll; y las Hermanas de los Santos Nombres de Jesús y María. Al concluir los estudios en diversos años, los 4 ingresamos a la Universidad Católica de Santa María, y cumpliendo los estudios, recibimos una profesión de nuestros padres.

De niños acudíamos todos juntos a la Iglesia del Pilar, a la Merced, San Agustín, o la Compañía. Melitón Torres practicaba los mandatos cristianos, tenía fe, esperanza y caridad. Le agradaba compartir. Cuando un pariente o amigo, caía enfermo; era el primero en visitarlo; cuando por esos azahares de la vida, un amigo fue detenido en el Penal de Siglo XX, fue uno de los pocos en saludarlo, abrazarlo y apoyarlo; ayudó a algunas personas a lograr un empleo; a solucionar sus litigios; se sentía feliz ayudando; como dice el maestro Pérez Albela. Felicidad significa, “**feliz el que da**”.

Melitón Torres fue buen padre de familia, siempre estuvo presente. Lo saludábamos en la mañana al despertar; todos en familia desayunábamos juntos. Él iba temprano al trabajo; los hijos al colegio. Llegaba a almorzar a casa a la 1.p.m; loa hijos arribábamos un poco más tarde. Después del almuerzo hacía una siesta de media hora. Retornaba al trabajo; y los hijos llegábamos a almorzar, descansar, luego hacer las tareas escolares y a jugar. El llegaba temprano a las 7 de la noche y cenábamos juntos. Era por lo general de pocas palabras; pero también gran conversador. Todos los hijos antes de acostarnos le decíamos buenas noches; al levantarse buenos días papá !.

Recuerdo sus buenos modales. Por ejemplo cuando llamaba por teléfono decía: **Tenga la bondad, me podría comunicar con...**

En las calles de Arequipa, siempre lo saludaban y él contestaba con amabilidad. No pasaba una cuadra que diversas personas lo saludaban; era conocido y querido por sus contemporáneos; **sabía saludar, decir por favor, gracias, disculpe, y hasta luego.**

Cuando fuimos niños y jóvenes estuvo en los buenos y malos momentos, en la enfermedad y en la alegría; en la tempestad y en la calma; pasamos varios sismos en Arequipa, lluvias torrenciales, huelgas, enfermedades; y también momentos felices, algunas fiestas, paseos familiares, pequeños logros significativos.

La mayor parte del tiempo estaba con sus hijos y cumplió como buen padre de familia.

Mi madre lo apoyaba en todo lo que estaba a su alcance, y nos enseñaba a quererlo y respetarlo.

Desde niño recibimos sus buenos consejos y orientación. Junto con mi madre nos enseñó que no se puede exigir **derechos sin previamente haber cumplido los deberes.**

Recuerdo que a inicios de junio de 1972, cuando tenía 9 años, me eligieron en el Colegio Ntra. Sra. del Pilar, para pronunciar un discurso que fue transmitido desde el set de televisión de Canal 6, por el 7 de junio día de la Jura de la Bandera que se brinda homenaje al sacrificio y ejemplo del Coronel Francisco Bolognesi, héroe del Ejército Peruano.

Como se sabe el Coronel Bolognesi, que ofrendó su vida, en la guerra del pacifico en el Siglo XIX en defensa de la patria, pronunciando inmortales palabras a un emisario Chileno que pedía la rendición del Perú. **“Diga a sus jefes; que los peruanos, no nos rendimos. Que tengo deberes sagrados que cumplir, y los cumpliré hasta quemar el último cartucho.”**

Mi padre, me ayudó a elaborar el discurso, que leí siendo un niño sobre el hecho histórico de profundo mensaje de amor a la patria, valores morales y hombría de bien, que ha quedado grabado en la historia universal de la humanidad como la epopeya del Morro de Arica.

#### 4 EL JURISTA

Melitón Torres luego de su experiencia en el Juzgado Penal en la provincia de Camaná, retornó a la ciudad, e instaló un estudio jurídico frente al local de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en la calle San Francisco, en una antigua casona colonial, cuyas habitaciones fueron distribuidas como oficinas.

Alquiló una oficina y trabajó intensamente como abogado, en la conocida calle en la que trabajaban los abogados más reconocidos de Arequipa. Allí fue vecino de ilustres colegas como Cesar Gutiérrez, Luis Paliza del Carpio, Valentín Linares, Raúl Torres Fernández y de uno famoso, a quien algún travieso abogado le puso el apelativo de “cachos finos”.

Cierta fama logró, cuando de joven abogado, en defensa de su hermano Francisco, quien un día fue agredido verbalmente en un informe oral, aclaró y puso en su lugar al abogado agresor, en presencia de todos en la Corte de Justicia.

Desde esa vez, el grosero abogado, que parecía un tigre feroz, se transformó en mansa paloma.

Trabajó varios años en la oficina de San Francisco, y luego se la cedió a su hermano Héctor, quien empezó a trabajar allí, como secretario de un juzgado civil.

En esa época, luego de los terremotos del 58 y 60 ocurridos en Arequipa gran parte de las casonas antiguas quedaron semi destruidas. El sismo de 1960 afectó aproximadamente a 10,000 viviendas; y casi todas las construcciones antiguas, entre éstas la oficina que ocupaba mi padre.

Como una forma de apoyo a los damnificados, se creó la JRDA, Junta de Rehabilitación y Desarrollo, de Arequipa mediante Ley 12972 promulgada el año 1958. La Junta realizó una extraordinaria labor en diversos campos urbanísticos de construcción, rehabilitación y restauración.

Uno de los más recordados presidentes de la JRDA fue el Ing. Fernando Chaves Belaunde, quien trabajó ad honorem al servicio de la comunidad; demostrando dedicación profesional y amor por su tierra.

Chaves Belaunde promovió la construcción de nuevas urbanizaciones; impulsó el primer Parque Industrial del Perú, en Arequipa; la restauración de monumentos, la rehabilitación de casonas, la expansión de parques y avenidas; y principalmente la reconstrucción de la ciudad a las semanas de producido el terremoto.

Ese último aporte también se brindó con la participación del famoso arquitecto norteamericano John F. C. Turner (1927), quien propuso un programa de ayuda mutua para reconstruir la ciudad; para conocer la importancia de la obra de John Turner (2000) resulta pertinente citar sus palabras:<sup>5</sup>

...”de las vistas más tristes que he visto - después del terremoto - son los sitios de campamentos supuestamente temporales. Están llenos de personas capaces de reconstruir **y que quieren hacerlo desesperadamente**. Se ven impedidas por autoridades decididas a imponer sus propios planes inadecuados que, naturalmente, llevan años preparar y para los cuales por lo general los recursos económicos y la capacidad de gestión demoran demasiado.”

El Alcalde de Arequipa quería dedicar parte del dinero a albergar a las víctimas del terremoto. John F. Turner logró convencerlo que sería mejor, impulsar un esquema de reconstrucción propio para los que habían perdido sus viviendas en

---

<sup>5</sup> <https://trace.revues.org/1442>.

el casco urbano y que tenían lotes baldíos en las urbanizaciones populares. Turner recuerda:

*... "una vez que pusimos el proyecto en marcha, enseguida nos dimos cuenta de que **nuestras suposiciones profesionales de superioridad de diseño, construcción y gestión eran exageradas**; como mínimo. Pronto nos dimos cuenta de que necesitábamos el conocimiento propio de nuestros supuestos clientes y las aptitudes de los constructores locales; y nos dimos cuenta también de en qué medida nuestras propias ideas brillantes habían pasado por alto sus realidades."* (J. Turner 2000).

La JRDA, posibilitó un gran impulso a la reconstrucción y formación de nuevas zonas de vivienda, reguladas legalmente, y con proyección de futuro; desde esa época se fue gestando la construcción de una nueva Arequipa, y en lo jurídico la especialidad de Derecho Urbano y de Vivienda.

En ese contexto Melitón Torres, ingresó a trabajar en la JRDA en la década del 60, como abogado; ejerciendo las especialidades de Derecho Administrativo y Derecho Urbano con el impulso del novísimo D.S. 006-67-SC elevado a rango de Ley, como Normas Generales Administrativas.

Compartió experiencias con famosos administrativistas, como Humberto Núñez Borja, Guillermo Suarez Galdós, y un familiar del ilustre ingeniero Eduardo López de Romaña, éste último que en el siglo IXX fue Alcalde de Arequipa, y posterior Presidente Constitucional de la República.

Melitón trabajó varios años en la Junta de Rehabilitación de la Vivienda de Arequipa (JRDA), que tuvo vigencia hasta el año 1969; a pocos meses posteriores al golpe de estado del General Juan Velasco Alvarado, el 3 de octubre de 1968.

Producido el golpe de estado, la Junta de Rehabilitación de Desarrollo de Arequipa fue tomada por los militares como una de sus bases para constituir el Sistema Nacional de Movilización Social, SINAMOS filial Arequipa; soporte político del régimen militar.

Los empleados y profesionales de la JRDA y de otras instituciones fueron transferidos a SINAMOS.

El amable lector, podría preguntar por qué Melitón Torres junto a otros profesionales con convicciones democráticas, no renunció a su cargo en la JRDA y en cambio continuó trabajó en la nueva institución.

La respuesta no sería fácil; tal vez cómo preguntar actualmente a un servidor del Estado, defensor de la democracia con familia a sostener: ¿Si se produce un golpe de estado?, ¿renuncia?, ¿sigue trabajando?, ¿lucha legalmente contra el régimen? o ¿espera que lo despidan?

El año de 1968 en el Perú, el régimen democrático estaba cuestionado con escándalos de corrupción, movimientos subversivos, falta de empleo y extrema pobreza. Había violencia, guerrillas, movilizaciones; y el escándalo de la pérdida de la página 11 del contrato petrolero con la IPC International Petroleum Company, que se denunciaba lesivo a los intereses nacionales.

El nuevo gobierno militar ofrecía “moralización” una “democracia de participación plena”, “humanista”, “una revolución pacífica”; la reivindicación de los oprimidos.

El golpe de estado, tal como ocurrió 25 años después con el “chino” Alberto Fujimori; en parte se legitimó con el apoyo de la mayoría de la población que aclamaba y respaldaba al “chino” Juan Velasco Alvarado, como el “Salvador de la Patria”.

Para un abogado joven, con esposa y 4 hijos que mantener, probablemente hubiese sido un salto al vacío renunciar a una estabilidad laboral, ya ganada, en una institución pública.

Mi padre se arriesgó y continuó trabajando. No todo sería malo en el nuevo gobierno. Destacaba, la disciplina militar, el mensaje social de la tercera vía; ni socialismo, ni capitalismo, democracia plena de participación popular; y cierta eficiencia militar. Empero como ocurrió en la mayoría de gobiernos, luego se descubrió los casos de corrupción; el fracaso del modelo propuesto; las vulneraciones a los derechos humanos; y la enorme deuda externa generada.

Melitón Torres a un inicio simpatizó con la gestión de los militares en la función pública; por su carácter firme; metódico, algo tajante, cumplidor; y de pocas palabras.

Como destacado profesional, fue invitado a estudiar al Centro de Altos Estudios Militares, CAEN<sup>6</sup>, en la ciudad de Lima pero por razones de economía y por no alejarse de la familia en Arequipa, no aceptó la beca parcial que le ofrecieron.<sup>7</sup>

Tampoco más adelante aceptó el apoyo parcial que le ofrecieron para realizar un breve viaje de estudios a Alemania; prefirió quedarse con sus hijos pequeños, estar cerca de su esposa y su señora madre, en esa época ya anciana. Él decía en el Perú, se puede estudiar, tan igual que en el extranjero. En el fondo no aceptaba el apoyo, porque valoraba su independencia; no quería tener deudas con el gobierno militar.

---

<sup>6</sup> Fundado el 14 de Julio de 1950, por el Gral. José del Carmen Marín Arista, con el lema: Las ideas se exponen, no se imponen

<sup>7</sup> A los 45 años, de este hecho su hijo Edgardo fue becado al CAEN para seguir estudios.

Para conocer el derecho decía, no es necesario tener tantos títulos y realizar tantos estudios académicos; sino comprender y practicar los principios jurídicos; por ejemplo: “El derecho natural como fuente del derecho positivo”; “El derecho como arte de lo bueno y lo equitativo.” “Vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo suyo” (Ulpiano).

Fue admirador y lector de grandes juristas como Piero Calamandrei, “Elogio de los Jueces” Von Iering de quien siempre repetía la frase: **Lucha por el derecho!** de Francesco Carnelutti, “Teoría General del Derecho”; del jurista uruguayo Eduardo Couture, sabía y cumplía el famoso decálogo del abogado:

I. **Estudia.** El Derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos serás cada día un poco menos Abogado.

II. **Piensa.** El Derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando

III. **Trabaja.** La Abogacía es una ardua fatiga puesta al servicio de la Justicia.

IV. **Lucha.** Tu deber es luchar por el Derecho, pero el día que encuentres en conflicto el Derecho con la Justicia, lucha por la Justicia.

V. **Sé leal.** Leal como tu cliente al que no puedes abandonar hasta que comprendas que es indigno de ti. Leal para con el adversario, aun cuando él sea desleal contigo. Leal para con el Juez que ignora los hechos y debe confiar en lo que tú le dices y que, en cuanto al Derecho, alguna que otra vez debe confiar en el que tú le invocas.

VI. **Tolera.** Tolera la verdad ajena en la misma medida en que quieres que sea tolerada la tuya.

VII. **Ten paciencia.** El tiempo se venga de las cosas que se hacen sin su colaboración.

VIII. **Ten fe.** Ten fe en el Derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la Justicia, como destino normal del Derecho; en la Paz, como substitutivo bondadoso de la Justicia; y sobre todo, ten fe en la Libertad, sin la cual no hay Derecho, ni Justicia, ni Paz.

IX. **Olvida.** La Abogacía es una lucha de pasiones. Si en cada batalla fueras llenando tu alma de rencor llegaría un día en que la vida sería imposible para ti. Concluido el combate, olvida tan pronto tu victoria como tu derrota.

X. **Ama tu profesión.** Trata de considerar la Abogacía de tal manera que el día que tu hijo te pida consejo sobre su destino, consideres un honor para ti proponerle que sea Abogado.

En su biblioteca, no faltaban los libros de grandes juristas peruanos: José León Barandiarán, Tratado de Derecho Civil, Mario Alzamora Valdez, Derechos Humanos, Derecho Municipal; Raúl Ferrero, Teoría del Estado y Derecho Político.

No fue un abogado de gabinete; fue un jurista emprendedor; se mezcló con el pueblo; para ayudar a solucionar los problemas de urbanismo y vivienda. Viajaba con cierta frecuencia al interior del país para difundir y contribuir a hacer realidad el derecho humano a la vivienda. Soy testigo de ello porque algunas veces de niño y adolescente me llevó a sus viajes de trabajo a las provincias de Islay, Camaná y Caylloma en Arequipa, para participar en los programas sociales de planificación urbana; titulación y derecho de vivienda.

También de niño algunas veces me llevaba a las ceremonias de entrega de títulos de propiedad a favor de decenas de familiar en pueblos jóvenes en los distritos de Arequipa.

Esa fecha era de alegría para los pobladores. Llegado el día era una fiesta; el éxito de haber adquirido el título de propiedad de sus lotes de terrenos, construidos por ellos mismos con la ayuda de todos los vecinos, se celebraba con algarabía. A un comienzo eran humildes lotes con paredes provisionales de esteras o sillar; sin servicios de agua, luz ni desagüe. Al paso de 20 años, llegaron a ser residencias de 3 hasta 4 pisos, con avenidas, parques, jardines, escuelas, centros de recreación y todos los servicios indispensables.

Melitón Torres, resolvió miles de expedientes administrativos y firmó miles de títulos de propiedad de lotes urbanos, en la ciudad de Arequipa. Ayudó a legalizar cientos de terrenos eriazos, para convertirlos en viviendas de miles de familias en los denominados pueblos jóvenes.

Algún pariente lejano, en una oportunidad le reclamó por qué no reservó siquiera un lote para la familia; (es decir para el que preguntaba). Los lotes de terreno algunos de 200 o 300 metros, eran para los que ejercían el derecho de posesión con fines de vivienda; ganando así el derecho a ser reconocidos como propietarios.

Los títulos de propiedad no eran obsequios del gobierno, ni de ningún funcionario público. Los lotes de terreno eran de propiedad del estado que se transfería a los ciudadanos de escasos recursos, a un precio simbólico el metro cuadrado; a favor de las familias que tenían necesidad de vivienda; que vía procedimientos legales administrativos lograban acreditar el derecho de posesión, para lograr la adjudicación por parte del Estado.

La velada crítica que recibió mi padre, en el sentido que entregaba y otorgaba títulos de propiedad a miles de pobladores, pero que no reservó para sí mismo ni familiar, lote alguno; en realidad era un elogio a su integridad profesional;

y cumplimiento del deber; principios venidos a menos en tiempos de corrupción y lava jatos; en una época que es urgente restaurar en América Latina, los mandatos de los Incas: Ama Sua, Ama Quella, Ama Llula (Sé veraz, honrado, diligente) y los de la República: **Firme y Feliz por la Unión. ¡ Dios, Patria y Familia!**

El gran impulso generado en el proceso de adjudicación de lotes urbanos, también fue una fuente de generación de trabajo. Recuerdo que un abogado a quien mi padre recomendó para un empleo; cuando venció el contrato; defendió en el Poder Judicial a una persona que tenía un litigio por un lote de terreno que abandonó y que fue adjudicado al poseedor y su familia. El abogado inició una acción de amparo contra Melitón Torres en su condición de Director de Asentamientos Humanos No Regulados.

Mi padre conversó con él y le dijo: No está bien tu actitud. El amparo está reservado para restituir un derecho constitucional conculcado; para problemas de posesión y propiedad de lotes urbanos, entre particulares, existen las vías posesorias y acciones ordinarias.

El amparo constitucional, así como el habeas corpus en caso de salir por error fundado; tiene el efecto de destituir al funcionario. **No se puede pagar con un mal, el bien, que uno ha hecho.**

El abogado reconoció el error, se disculpó diciendo que **no había medido las consecuencias de su acto. Que Melitón Torres era un buen director.** La demanda fue declarada improcedente.

En efecto, Melitón Torres Tovar, fue un buen jefe en su oficina como Director de Asentamientos Humanos; dirigió aproximadamente 50 personas; que tenían que servir al público con eficiencia. Enseñó a trabajar bien; los colaboradores lo querían y respetaban. Cada 21 de enero día de su onomástico, lo saludaban en nuestra casa en la Av. Tacna y Arica Nro. 105 del cercado de Arequipa; abarrotaban la sala, el comedor y hasta la azotea, para celebrar con gran alegría el día de su santo.

De esa época existen grandes recuerdos y amistades, como don Emilio Barrera, Raúl Nuñez, José Borja, Esteban Valdez; las señoras Sonia Larico, y Haydee Comejo.

En el trabajo, en el Ministerio de Vivienda la mayor parte del tiempo, elaboraba y suscribía resoluciones administrativas; resolvía legalmente conflictos de posesión, y de propiedad de terrenos; redactaba resoluciones, claras, precisas; congruentes; con los fundamentos de hecho y de derecho adecuados; proponía normas de desarrollo urbano.

Melitón Torres, no solo se dedicó a las defensas, sino a escribir. A un comienzo era renuente a publicar artículos. Yo como estudiante escribí algunos artículos en un periódico del colegio El Pilar; continué en la Universidad animado por el ejemplo de un brillante compañero de estudios; publiqué un tiempo en el Diario Correo; en Arequipa al Día, y también en el Diario El Peruano. Algunos artículos me daba mi padre, para que los analice, mejore y publique a mi nombre.

Un día el poeta Lolo Palza, me dijo. “Tú artículos en el Diario Correo son muy buenos. Creo que te ayuda tu papá”; No en todos le dije; lo que era verdad.

Desde allí, animé a mi padre a publicar con su nombre. Él comenzó a escribir sus propios artículos sobre temas de su especialidad: Urbanismo y Vivienda, Derecho Municipal, Derechos Humanos; por mi parte yo escribía los míos, algunos orientados a temas judiciales, como Informática Jurídica, y Derecho Procesal.

Siempre escribía ad honorem. Para él y la familia, era una felicidad que publicasen sus artículos en el Diario El Pueblo de Arequipa. Hasta que un día luego de varios años de publicar, el Director del diario, reconocido periodista Carlos Meneses, no autorizó la publicación de un artículo que era crítico al Presidente del Gobierno Regional de Arequipa, Juan Manuel Guillen Benavides; que dicho sea de paso a los pocos años, fue procesado por la justicia.

Mi padre simplemente desde ese momento, dejó de enviar colaboraciones. Por mucho que insistí; para que siga publicando no hizo caso. Luego de años de escribir, dejó de hacerlo; brillando por su ausencia. La razón es que él, no escribía por escribir, ni menos por figurar; lo importante para él, era el mensaje moral y jurídico; y en este caso valía más su protesta por la injusta censura recibida; que continuar con las colaboraciones, como si nada hubiese pasado.

La labor de un jurista es impulsar el derecho con la palabra oral y escrita. Melitón Torres, por la experiencia que logró al haber sido Regidor Municipal, y por las lecturas que había efectuado conocía y dominaba la especialidad del Derecho Municipal<sup>8</sup>; consiguientemente escribió un libro denominado “Temas Municipales”.

El nombre del libro, surge porque mi padre casi siempre era llamado, por las emisoras radiales para entrevistas, sobre “Temas Municipales”. Le dictaba a mi madre, quien escribía en una pequeña máquina mecánica; como experta mecanógrafa. Luego yo corregía la redacción del texto. Así figuré como co autor de

---

<sup>8</sup> A mí como estudiante de Derecho, me agradaba ese curso que dictaba el Dr. José Butrón Valencia, quien había trabajado muchos años en la Municipalidad de Arequipa, y un tiempo con mi padre. Al final de los estudios universitarios, con dedicación elaboré una tesis titulada: “La Participación de los Vecinos en el Gobierno Local”. La tesis, partía de una idea simple. Un buen gobierno local, requiere de la educación, y colaboración democrática de los vecinos; mediante juntas vecinales de participación; en consecuencia propuse un Reglamento de participación vecinal para la Municipalidad Provincial de Arequipa.

la obra; pero la estructura y redacción principal fue de él; salvo el capítulo de “La participación de los vecinos en el gobierno local.”

La obra es sencilla, amena y útil; fue denominada de consulta obligatoria para estudiantes, profesionales, empleados, funcionarios y autoridades municipales. La presentación del libro, “Temas Municipales” se realizó con éxito, en el área de cultura del Club Internacional de Arequipa.

Posteriormente escribió el libro sobre Comisión de Formalización de la Propiedad Integral COFOPRI.

La historia de ese libro es interesante. Melitón Torres trabajó, en la Junta de Rehabilitación de Arequipa, en SINAMOS, el Ministerio de Vivienda, y la Municipalidad Provincial de Arequipa, entregando títulos de propiedad, resolviendo litigios sobre derecho de vivienda, contribuyendo con la planificación urbana; conocía en la teoría y la práctica la especialidad de urbanismo y vivienda.

En la década del 70 viajó a Lima, para proponer normas y directivas a nivel nacional, para el desarrollo urbano de los denominados pueblos jóvenes. Así propuso el D.S. 014, que posibilitaba la titulación de lotes urbanos en grandes áreas de terrenos eriazos de propiedad del estado, a favor de miles y miles de familias de escasos recursos, que poseían los lotes.

El requisito para recibir el título, era no ser propietario de otra vivienda; acreditar la posesión con ánimo de dominio y ser parte de una asociación, a fin de contribuir en los trabajos comunales, ayuda mutua y solidaridad entre los pobladores.

La invasión de terrenos de propiedad del Estado por parte de migrantes de otras regiones del país; no fue considerada en la época de Velasco Alvarado, como un hecho delictivo, sino una reivindicación popular, una solución al problema de necesidad urgente de vivienda; que había que encausar y adecuar legalmente.

Al paso de los años se distorsionó el fenómeno de las invasiones, con la presencia de traficantes de terrenos; de bolsas de lucro; usurpaciones, negociaciones ilícitas y luchas violentas por adquirir terrenos eriazos para fines urbanos.

Para evitar las invasiones y ese complejo nido de corrupción del tráfico ilegal de lotes de terreno, a fines de los 90, Melitón Torres elaboró varios proyectos de ley, para crear un organismo especializado en la titulación de viviendas construidas en terrenos eriazos de propiedad del estado con procedimiento simples. A la vez proponía que no solo se reconozca la propiedad del suelo, sino de las construcciones, es decir la “declaratoria de fábrica”.

Él le dictaba a mi madre, quien constantemente escribía a máquina. Elaboró varios proyectos relacionados al tema; y los remitió a Ministerio de Vivienda en la ciudad de Lima, por correo postal.

Solo una vez le contestaron indicándole que estaban estudiando sus aportes. Al final, probablemente algún funcionario perfeccionó los proyectos, plasmó las ideas con algunas modificaciones y adiciones. A los pocos meses se promulgó la Ley de Promoción del Acceso a la Propiedad Formal, Decreto Legislativo 803 de 15 de marzo de 1996,<sup>9</sup> que crea COFOPRI. Comisión Formalizadora de la Propiedad Informal; que en parte fue autoría de Melitón Torres Tovar.

A él no le interesaba reconocimiento, ni menos la paternidad de la ley; aún más tal vez preferiría, permanecer en el anonimato; él solo deseaba el desarrollo del país, con la aplicación de la especialidad del derecho urbano, con orden, libertad y bien común. Yo cuento la historia, para resaltar el esfuerzo desinteresado y patriótico de un jurista, que proponía normas jurídicas que contribuían a la solución de problemas urbanos y sociales, por vías de la paz y la justicia.

Él se puso feliz, viendo como una de sus ideas, se hizo realidad en el Perú a comienzos del Siglo XX: La Ley de COFOPRI,<sup>10</sup> que contribuyó a formalizar decenas de miles de lotes no titulados; a reconocer la propiedad del suelo y las construcciones; a inscribir la propiedad del terreno y fabrica en el Registro Predial Urbano y con ello, contribuir a la paz, seguridad jurídica y el bienestar social de una parte importante de la población.

Al parece la ley que crea COFOPRI, habría sido elaborada por integrantes del Instituto Libertad y Democracia, que preside Hernando de Soto, autor de los famosos libros “El Otro Sendero,” y “El Misterio del Capital”; y que colaboró con el gobierno de Fujimori, por intermedio de diversos integrantes de su instituto como Edgardo Mosquera en el Ministerio de Vivienda y Construcción; hecho que es cierto.

---

<sup>9</sup> Dicha ley, fue presentada en el Poder Ejecutivo por delegación de facultades del Congreso de la República, en razón que por Ley 26557 se transfirió las competencias y procedimientos municipales relacionados con la adjudicación, el saneamiento físico legal, la titulación y la habilitación urbana, otorgándole la facultad de legislar por un plazo de 120 días en esas materias.

<sup>10</sup> El Organismo de Formalización de la Propiedad Informal, COFOPRI, es una institución pública descentralizada del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, que formaliza la propiedad urbana y rural a nivel nacional, con el objetivo de entregar títulos de propiedad jurídicamente seguros, promover el acceso al crédito y mejorar la calidad de vida de las familias de escasos recursos.

Dicha entidad tiene su base legal en Ley N° 28923 y en los Decretos Supremos N°005 y 012-2007-VIVIENDA. Entre sus labores se tiene realizar la formalización de asentamientos humanos, centros poblados, pueblos tradicionales, centros urbanos informales, mercados ubicados en asentamientos humanos, predios rurales y entrega títulos o certificados de propiedad inscritos en los Registros Públicos; participar en el proceso de adjudicación de tierras eriazas.

Lo que también es cierto, que Melitón Torres Tovar en largas semanas, trabajó para realizar un proyecto de ley similar y lo remitió meses antes de su promulgación, por correo postal a Lima.

De esto supo su amigo el Dr. Duilio Fuentes Fuentes, que un día me dijo: ***Tu padre es autor de más de la mitad de la ley y no ha recibido reconocimiento alguno.***

Cuando se promulgó la ley, se sintió feliz. Inmediatamente empezó a trabajar en un libro exegético, el nombre, “Ley de Comisión Formalizadora de la Propiedad Informal, COFOPRI” que fue bien recibido por la comunidad jurídica de Arequipa y del sur del Perú.

La presentación de libro se realizó en el local de SENCICO (Servicio Nacional de Capacitación para la Industria de la Construcción) gracias a gestión del Director de Vivienda Arquitecto Víctor Calizaya. Los libros como siempre fueron editados con recursos propios; básicamente para obsequiar a los colegas y amigos.

Con la experiencia y conocimientos plasmados en la ley de COFOPRI, se avanzó en parte, a frenar las invasiones de terrenos, lo que fue una constante en el pasado, más que en la actualidad en el Perú, y los países de América Latina.

Se requiere continuar con los estudios y desarrollo del Derecho Urbano, como uno de los pilares fundamentales para el crecimiento ordenado y planificado de las ciudades; para solucionar jurídicamente los conflictos entre posesión y propiedad; resolver los casos de falta de respeto a la propiedad pública y privada; evitar la usurpación de terrenos; y reconocer el derecho de la vivienda, como derecho humano fundamentales que realmente es.

En cuanto a la teoría de Hernando de Soto, sobre el reconocimiento de la propiedad predial, para impulsar el desarrollo; Melitón Torres, valoraba el trabajo en esa materia del afamado y brillante economista; pero así como en literatura, apreciaba más a los autores denominados sociales; en sociología admiraba más los trabajos de Carlos Delgado, “Problemas Sociales en el Perú Contemporáneo.” IEP 1971; de José Mattos Mar “Desborde Popular y crisis del Estado: Un nuevo rostro del Perú, en la década de 1980”; de Aníbal Quijano, “Dominación y Cultura, 1980; en derecho urbanístico, su tendencia no era liberal; sino más pegada a la doctrina social de la Iglesia.

No veía la solución del problema del desarrollo urbano, en el crecimiento económico en el registro de la propiedad o los créditos hipotecarios, como planteaba Hernando de Soto; sino en el Derecho de Urbanismo y Vivienda, con planificación, educación, ecología, cultura, emprendimiento de los propios pobladores; y principalmente en el respeto de los Derechos y Deberes Humanos fundamentales.

Melitón Torres ayudó a titular miles de lotes urbanos; su firma está puesta tal vez, en aproximadamente 10 mil títulos de propiedad en la ciudad de Arequipa. Esos títulos fueron inscritos en Registros Públicos. Esto ayudó al desarrollo; pero la clave fue principalmente la planificación que entidades como la JRDA, Ministerio de Vivienda y Municipalidad Provincial de Arequipa impulsaron; las coordinaciones con las asociaciones de pobladores, con la AUPA (Asociaciones de Urbanizaciones Populares de Arequipa), que presidieron líderes populares como Esteban Valdez Garate, Sumari Buendía y Andrés Mamani); programas de auto ayuda y ayuda mutua; que vienen desde los incas, y que personalidades como el arquitecto Turner, supieron asimilar, comprender y promover. Asimismo la contribución de las Universidades, el sector público y privado en el impulso de nuevas ciudades, con áreas educativas, recreativas, espirituales, con amplias pistas, con reservas ecológicas, zonas industriales.

La titulación y registro de los lotes urbanos, como sostiene Hernando de Soto, en sus famosos libros, es importante; pero tal vez más importante es lograr el desarrollo descentralizado y equilibrado del país, con la planificación y formalización de ciudades campiña, que respeten la ecología y medio ambiente; y los derechos y deberes fundamentales.

Melitón Torres ayudó a numerosas familias de escasos recursos que sean propietarias de lotes de terreno en zonas eriazas en las que construyeron viviendas y urbanizaciones populares. Esto fue un gran logro para contribuir a la paz social, con unión familiar, trabajo y legalidad. Si se quiere evitar la violencia uno de los métodos sería: Fortalecer la unión de las familias; cumplir los deberes y derechos humanos; constante educación; tener empleo productivo, y ser propietario de una vivienda.

Él creía en la función social de la propiedad; que la propiedad privada es un derecho humano fundamental, que tiene una función individual, familiar; y también social.

Adjudicó lotes del Estado, en forma legal, transparente y debida. "Tu padre no reservó ni un solo lote de terreno por interpósita persona", me repetían sus amigos. En tiempos en los que existe excesivo amor al dinero, raíz de la corrupción; el ejemplo de buenos servidores públicos, brilla y enseña a las futuras generaciones, que se puede ser funcionario del Estado; y a la vez una persona que respete y cumpla, los valores de Dios, patria y familia.

Luego de escribir el libro sobre COFOPRI, escribió otro exegético, sobre la Nueva Ley Orgánica de las Municipalidades 27972; que me invitó a prologar. Mi colaboración similar al libro de Temas Municipales, y el de COFOPRI, fue en el prólogo y la corrección de la redacción.

Como dice el refrán el mejor regalo es un libro.

Leer era parte constante de la vida de Melitón Torres. Un libro que bastante influyó en él, fue **“La conducta en la vida” de Alexis Carrel**, que se refiere a las leyes naturales; el instinto de conservación; el respeto a la familia como institución natural y el desarrollo personal y social.

La literatura era para él, un elemento indispensable para entender la realidad social y jurídica. Aparte de los libros mencionados, leyó varias veces “Las ingeniosas aventuras de Don Quijote de la Mancha”, de Miguel de Cervantes Saavedra “Cien Años de Soledad” y “El Coronel no tiene quien le escriba”, de García Márquez, “Un mundo para Julius”, de Bryce Echenique; “La Revolución Imposible” de Augusto Thorndike.

Era un lector de los Diarios La República, El Pueblo y Correo en Arequipa; de los articulistas que admiraba en especial de Sinesio López, Alfredo Cornejo Chávez, Manuel Zevallos Vera, Ramiro de Valdivia Cano,

Profesaba especial respeto y admiración por el Embajador Javier Pérez de Cuellar, a quien junto con miles de peruanos, apoyó cuando fue contendor de Alberto Fujimori, en las elecciones de 1996.

Admiraba a los profesores Marcial Rubio, Jorge Danos, Samuel Abad Yupanqui de la Pontificia Universidad Católica de Santa María.

Tuvo amistad con el Dr. Ramiro de Valdivia Cano, magistrado de la Corte Suprema de Justicia, y con el Dr. Manuel Miranda Canales, Presidente del Tribunal Constitucional, a quien estimaba y admiraba.

Tenía afecto por mis amigos, el poeta Luzgardo Medina Egoavil, de quien decía que un día sería reconocido como un buen poeta en el Perú; y efectivamente lo fue; empezando con el poemario **“La boda del Dios Harapiento”**.

Amaba a todos sus hijos. Estimaba a todos sus sobrinos Torres sin excepción; y a los amigos de sus hijos, sobre quienes constantemente preguntaba.

Cuando dejó de laborar en el Ministerio de Vivienda, no se quedó quieto; siguió trabajando en una oficina jurídica en Santa Catalina en la casa que fue de su hermano Francisco; donde también residía su anciana madre; a quien siempre cuidó y protegió.

Posteriormente cuando se jubiló, adquirió una pequeña oficina en la calle Santa Martha 312, 4to piso; sin ascensor. Fue vecino del Dr. Juan Lazo Angulo abogado civilista y docente de la Facultad de Derecho de la UNSA, quien tenía numerosos clientes.

Melitón Torres no tenía tantos clientes; pero siempre lo buscaban por la especialidad de derecho de vivienda. Varias veces, vi como las personas lo felicitaban por su buena redacción, buenas defensas y especialmente carácter firme, consecuente y aguerrido de abogado.

Escribía directamente en una máquina mecánica; o le dictaba a mi madre que lo apoyaba como secretaria. En ese tiempo no se habían difundido las computadoras; pero en la oficina ya teníamos una, que yo a veces utilizaba; y que mi padre se esforzaba por aprender a manejar.

En la madurez de su vida, fue un convencido del refrán, que es **mejor una conciliación, que el mejor de los juicios**. Por eso ya mayor siguió estudiando y trabajando; hasta que recibió el título de Conciliador del Ministerio de Justicia; proponiendo normas importantes en ese aspecto, en un o artículo periodístico.

## 5 EL POLÍTICO

Melitón tenía el buen ejemplo de sus hermanos mayores Moisés y Francisco. Moisés hace años, se había graduado de profesor, y trabajaba como docente en un centro educativo del Estado en Lima.

Moisés como buen estudioso de la historia, decía que de los más grandes políticos en el Perú; los mejores fueron José de Riva Agüero; Víctor Andrés Belaunde; José Luis Bustamante y Rivero por la formación universitaria nacional y extranjera; por su realismo y principalmente base moral y ética.

Mi padre ponía en duda la afirmación y decía: ***Los que mucho hablan de moral y ética; a veces son los que menos la practican.***

El pensaba que los programas políticos de la social democracia, plasmado en las revoluciones de Queretaro en México, y de Weimar en Alemania, eran referentes importantes en la historia de la humanidad; llegando a un gran desarrollo después de 40 años de producidos, con la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En estos temas debatía con Francisco, Torres, su hermano, quien tenía un pensamiento social cristiano, cercano a lo liberal.

Francisco tenía por lo general buenas maneras; sereno distinguido y culto abogado; en sus informes orales en los tribunales de justicia como docente siempre brindaba un valor agregado de doctrina; citando a grandes filósofos, especialmente cristianos. Era buen orador.

En cambio Melitón a un inicio como orador no era tan bueno; se ponía un poco nervioso al hablar en público; pero al paso de los años con la práctica

constante resultó magnífico, incluso brindando conferencias, charla y constantes entrevistas.

Francisco Torres, cuando viajó a Estados Unidos por breve tiempo, quedó impresionado del respeto de la ley; de la organización de la justicia americana; asimismo en los largos años que residió en Argentina, admiró las políticas liberales impulsadas por Carlos Saúl Menen.

Cada cierto tiempo que venía al Perú; se refería a la economía argentina; a los grandes campos llaneros, ganaderos y agrícolas; al gobierno abierto que postulaba Karl Popper; del Código Civil liberal de Dalmacio Vélez Sarsfield, de las políticas públicas de éxito de los países del sud este asiático.

Mi padre, lo escuchaba con atención y respeto; casi no le respondía; solo una vez le oí decir; **“pero si lo que cuentas hermano de las políticas liberales ya lo hemos vivido en el Perú; y no dio resultado”**. Nuestro país, no es una nación integrada como Argentina. Lo que se necesita decía es mayor integración; seguridad jurídica, honradez, para vencer la extrema pobreza, descentralismo y buena educación.

Al paso de los años la historia le dio cierta razón a mi padre; porque en Argentina, con las políticas liberales, que impulsó Saúl Menen, y los casos de corrupción, se generó una grave crisis que hizo colapsar al siguiente gobierno de La Rúa; surgiendo una explosión de caos y anarquía, hasta tener que dimitir el Presidente.

Con tal motivo, Argentina dio un giro a la izquierda con el gobierno de los Krshner que mejoró un poco las cosas, pero al final también experimentó cierto fracaso por la inflación y déficit fiscal; por lo que el país giró a la derecha con el gobierno de Macri, quien actualmente no logra satisfacer a los sectores populares, repitiendo la historia sucesivamente.

La conclusión sería para lograr un buen gobierno es necesario según Aristóteles: ***Alejarse de extremos; cultivar las virtudes cardinales, prudencia, justicia, fortaleza y templanza.***

Francisco Torres, sabía bastante de filosofía, de derecho natural; de los principios filosóficos; de la ética como base del Derecho. Recuerdo que un día me dijo: **Para la existencia y el buen funcionamiento de las instituciones; deben respetarse la naturaleza de las cosas.** Fundamentando, así los derechos humanos, en la vida, la libertad, la familia, la propiedad.

Hasta el final de sus días continuó estudiando; por expresiones de un primo Hernán Torres, tuve conocimiento, que a los 70 años, empezó a estudiar economía y administración.

Melitón Torres, no estudiaba tanto; pero si leía, reflexionaba y escribía. Organice sus artículos en un libro, que no se difundió, denominado “El Derecho y la Vida” que conserva nuestra familia.

Importantes temas de los artículos fueron los derechos humanos; la paz, pero principalmente los valores de Dios, patria y familia; y en esto último el amor a una madre.

Recuerdo una anécdota, que puede servir de ejemplo práctico.

Melitón Torres fue buen padre, y buen hijo. El amor por su madre fue constante. Siempre la visitaba todos los domingos, conversaba con ella. La atendía y cada mes, religiosamente le entregaba una pensión para su subsistencia.

Cuando asumió el cargo de Regidor de la Municipalidad de Arequipa, por mandato popular en elecciones políticas; los políticos al momento de jurar pronunciaban formulas consabidas. Los Apristas juraban por la memoria de Víctor Raúl Haya de La Torre, por sus mártires, por sus líderes; los izquierdistas por la memoria de José Carlos Mariátegui; por las luchas del pueblo peruano; los velasquitas por Velasco; los belauandistas por Belaunde, por Cooperación Popular. Hasta que llegó el turno de mi padre de jurar el cargo de Regidor delante del numeroso público. El simplemente dijo. *Juro cumplir leal y fielmente el cargo, **por mi señor madre!***

Lo que causó cierta hilaridad entre el público, pero luego fue el más aplaudido, por su honestidad y valentía; después de Dios, que puede haber más alto en la tierra, que el amor hacia una madre; y por Ana Tovar, Melitón Torres juró y cumplió la labor de Regidor que le había encomendado el pueblo de Arequipa.

Como regidor, cumplió una buena gestión; impulsando programas de simplificación administrativa, planificación urbana y educación ciudadana.

Lo invitaban a entrevistas por la radio efectuadas por Hugo Amanqui, y en una oportunidad el famoso periodista y artista MAROVE. Manuel Rodríguez Velarde, le hizo una extensa entrevista en Diario El Pueblo. Prestó colaboración todos los sábados en un programa cultural y jurídico de Radio El Tiempo.

Melitón Torres, era aspirante; después que fue regidor; postuló a Diputado del Gobierno Regional de Arequipa; por un movimiento político de centro izquierda; sin más patrocinadores que sus hijos; algunos sobrinos, y amigos que ayudaron a pegar afiches con su fotografía por las calles. Tuvo bastantes votos, pero no suficientes para ser elegido. Como se sabe las campañas de elección democrática se requiere patrocinadores e “invertir” dinero en una proporción considerable y simplemente no se tenía esos recursos.

Posteriormente postulo a Fiscal Provincial de Arequipa. En esa época elegía el Presidente de la República; Estaba en primer lugar de la terna, y sin embargo fue designado una persona que ni siquiera figuraba en la lista; como una muestra que en los años 85 en el gobierno de Alán García, en la designación de cargos públicos, predominaban no los méritos, sino la influencia política.

Seguidamente en los 90 postuló con gran entusiasmo a una notaría, estudiando intensamente para rendir los exámenes.

Al final toda la experiencia y buen currículo que tenía; le sirvió poco, al competir con profesionales más jóvenes, que directamente entraron en coordinación con los que decidían la elección de los puestos.

## **6 EL HOMBRE**

Melitón Torres Tovar, por todas las experiencias vividas y con algo de conocimiento de la naturaleza humana, más que en los políticos creía en Dios, y en referentes espirituales. Leía la Biblia; se conocía de memoria el Salmo 98. *“Tú que habitas al amparo del Señor, a la sombra del altísimo, dile al Señor Mi Dios, mi refugio en ti confío. Él te librá de lazo que busca destruirte. Te cubrirá con su manto para que sea tu refugio. No temerás los miedos de la noche, ni la plaga que azota a pleno sol; ni la peste que avanza en las tinieblas. Aunque caigan mil hombres a tu lado y diez mil a tu diestra, su lealtad te escuda y te protege...”*

La fe y la voluntad lograron darle el triunfo sobre algunas adversidades. La fe para creer, la voluntad para obrar.

De joven, fumaba una cajetilla de cigarros diaria. Al despertarse, al acostarse, antes y después de los alimentos; fumaba hasta quemar algunas veces parte de sus sabanas con el cigarrillo, al quedarse dormido.

Después de casi 20 años de ser fumador empedernido; un día fue testigo presencial de la enfermedad de su hermano menor Mario, quien también era fumador.

El médico le mostró la radiografía de sus pulmones; también unas fotos a color de los pulmones de un fumador. Desde ese momento prometió no volver a fumar. Y lo hizo de golpe; no progresivamente, no poco a poco; sino como un frenazo; como un shock en su vida.

Lo logró a los 40 años de edad, luego de haber fumado diariamente por más de 2 décadas; Melitón Torres dejó de fumar completamente; con una fuerza de voluntad de acero; y lo hizo por sus hijos, por su esposa, por él mismo.

Otro recuerdo que tengo presente, de mi padre, era su profundo amor a la naturaleza. Cuando era niño, casi todos los domingos, salíamos a caminar por las chacras de Arequipa, a respirar aire puro, a caminar sobre los rieles del tren, haciendo equilibrio.

Paseábamos por el puente de Fierro cerca a la zona del Vallecito en Arequipa; uno de los puentes más bellos en el continente, que se dice fue construido por el arquitecto Eiffel, quien vivió un tiempo en la ciudad. Allí mi padre de joven hacía barras y ejercicios

Me enseñó a amar el paisaje, a sentirme parte de los volcanes tutelares de Arequipa, Misti, Chachani y Pichupichu; a admirar el cielo azul y la campiña de nuestra Blanca y Bella ciudad; caminábamos cerca al río Chili, para respirar aire puro y admirar los árboles, los cultivos y los campos.

En Arequipa, existe un distrito denominado de Selva Alegre. En ese distrito un gran parque del mismo nombre con cientos de árboles; con mi padre los días domingos, subíamos hasta el mirador de Selva Alegre, para divisar toda la ciudad, la campiña.

Estar en la campiña, era las más grandes felicidades de Melitón Torres. No le interesaban los automóviles, ni las casas, ni menos le atraía la riqueza **Él era feliz con poco.**

Le agradaba la música criolla; a los cantantes Felipe Pinglo Alva, Jesús Vásquez; el carreta Jorge Pérez, Lucha Fuentes, Edith Bar, Los Dávalos. Veía los días sábados al animador Augusto Ferrando; y el programa cómico de televisión Risas y Salsa.

En el cine le gustaba Charles Chaplin; Mario Moreno Cantinflas; Jorge Negrete y las películas mexicanas.

Prefería caminar por la campiña, que pasar el tiempo en el Club Internacional. Le gustaba leer; más que ver la televisión o escuchar radio; leía los libros de Dale Carnegie, **“Como Ganar Amigos” “Cómo Vencer las preocupaciones en la vida”**; **“El Poder de la Mente”**, y el **“Poder del Pensamiento Tenaz”** de Robert Vicent Peale; las revistas Selecciones de Estados Unidos; se sabía casi de memoria el poema del médico sudafricano Christian Barnard, que dice:

***El éxito comienza con el pensamiento***

*Si piensas que estás vencido, lo estás.*

*Si piensas que no te atreves, no lo harás.*

*Si piensas que te gustaría ganar pero no puedes, no lo lograrás.*

*Si piensas que perderás, ya has perdido.  
Porque en el mundo encontrarás  
que el éxito comienza con el pensamiento del hombre.  
Todo está en el estado mental.  
Porque muchas carreras se han perdido  
antes de haberse corrido,  
y muchos cobardes han fracasado  
antes de haber su trabajo empezado.  
Piensa en grande y tus hechos crecerán.  
Piensa en pequeño y quedarás atrás.  
Piensa que puedes y podrás.  
Todo está en el estado mental.  
Si piensas que estás aventajado, lo estás.  
Tienes que pensar bien para elevarte.  
Tienes que estar seguro de ti mismo  
antes de intentar ganar un premio.  
La batalla de la vida no siempre la gana  
el hombre más fuerte, o el más ligero,  
porque, tarde o temprano, el hombre que gana  
es el que cree poder hacerlo.*

El mismo se motivaba, con esas lecturas; procuraba tener buen ánimo; sin embargo algunas veces lo vi estresado, por el trabajo que llevaba en la función pública.

El como Director de Asentamientos Humanos No Regulados, tuvo que lidiar constantemente con la falta de recursos con las exigencias de los pobladores, con los conflictos administrativos por lotes de terrenos.

A veces se quejaba de molestia estomacales; 2 o 3 veces se internó por breve tiempo en el Seguro Social; fue operado de la apéndice; de la vesícula; le diagnósticos gastritis, comienzos de ulcera; probablemente en gran parte por las presiones del trabajo.

Cuando se jubiló todos esos males se atenuarán. Ya no tenía la presión de ser Jefe, ni servidor público, ni la obligación del trabajo de campo.

El repetía una frase; **“Todo parte de la mente y de los nervios; de la emoción viene la lesión;”**; las enfermedades tienen una base psicosomática. Similar discurso a los yogas; por eso empezó a estudiar esa disciplina. Todas las mañana, hacía ejercicios respiratorios; procuraba comer dieta; e incluso un tiempo prefería la comida vegetariana.

Era metódico; se acostaba y levantaba temprano, casi siempre a la misma hora. Llevaba una rutina constante; llegar temprano a su estudio de abogado; retornar a casa a la hora del almuerzo. Dormir una breve siesta de media hora; volver

al trabajo; retornar para la cena; escribir y leer algo; mirar las noticias en la TV; y acostarse.

A Melitón Torres no le gustaba que sus hijos miren frecuentemente televisión; en la época de los 60 eran unas cajas pesadas y pequeñas que proyectaban imágenes a blanco y negro. Nuestro pequeño televisor se paraba desarreglando y con pequeños golpes lo hacíamos funcionar; hasta que definitivamente se malogró; y estuvimos sin televisor más de un año. Esa época fue una de la más feliz de nuestra vida; con juegos, lecturas, visitas a los primos.

Nos inducía a leer. Tenía una colección de libros; le gustaba leer literatura peruana: “El Mundo es Ancho y Ajeno”; “Los Perros hambrientos”; de Ciro Alegría”; “Un mundo para Julius” de Bryce Echenique. Las obras rusas le agradaban. “Así se templo el Acero, de Nikolai Ostrovski”. “La Madre” de Máximo Gorki, “La guerra y la paz de Tolstoi”.

Siempre leía los periódicos de Arequipa: El Pueblo, Correo, y La República, Y de lector pasó a escritor, colaborando para el Diario El Pueblo, con sendos artículos jurídicos, con un lenguaje claro y pulcro que orientaba y educaba. Actualmente algunos de sus artículos están colgados en internet.

Nos contaba historias. Una que me acuerdo es cómo el Perú, en plena segunda guerra mundial, venció a Austria en un partido de futbol con un delantero de futbolistas morenos; haciendo trizas el mito de Hitler de la superioridad de la “raza blanca”. Si los conflictos se solucionaran con un duelo deportivo, con respeto a las reglas; y no como ese partido de fútbol, que Hitler mandó a anular 3 goles; pese a ello el Perú ganó; y posteriormente por orden del dictador, se anuló el triunfo en mesa, lo que generó la protesta de los peruanos, quien con gran dignidad, renunciaron al campeonato, y retornaron felices a la patria y a su hogar.

Melitón Torres Tovar, mayor de 70 años, seguía leyendo y estudiando aspectos espirituales, de yoga, esoterismo; y constantemente la Biblia.

Profundizó en la filosofía, como base de las ciencias; en la religión católica como una vía de espiritualidad. No tuvo ninguna experiencia empresarial, ni menos comercial; no fue en esencia político; fue buen padre de familia, buen jurista, y un católico consecuente.

Desde que tengo uso de razón, casi siempre iba los domingos a misa en la Iglesia de San Agustín y a la Compañía. También visitaba a nuestros parientes en el cementerio general de la Apacheta.

Yo le decía: Papá porque vas a la Apacheta; no es un ambiente propicio. Él me decía. Me gusta visitar, el lugar que reposan mis padres y hermanos: Puedo

reflexionar; orar y caminar. Hay mucha paz; es una forma de meditación; es algo que no se puede eludir.

### 7 FIN DEL CICLO

Melitón Torres a los 80 años sufrió una caída en las gradas de su casa en Arequipa; a partir de ese episodio, se fueron deteriorando sus funciones motoras. Desde allí, ya no tenía firmeza al caminar; sin embargo conservó sus facultades mentales; disciplinado y metódico, tomaba sus medicinas, caminaba un poco; comía lo suficiente.

Hasta que un 14 de febrero de 2016, falleció su esposa Regina López, de un infarto. Falleció en casa, al momento de levantarse; falleció de repente como un angelito que se fue en el día de San Valentín del amor y la amistad; aquejada por la salud, por los achaques de una vejez temprana de 83 años; siempre preocupada por su esposo, hijos y nietos.

Mi padre estoicamente asistió a los funerales, sin derramar una sola lagrima; solo dijo silencio. **Espérame Regina; ya voy a buscarte.**

Él a partir de esa fecha continuó en declive; un médico le dio una medicina para los nervios, que agravó su salud; tomaba varios remedios, que le recetaban en el Seguro Social; lo que probablemente ayudaba a algunos órganos vitales, pero afectaba a otros.

Un día a inicios del mes de setiembre, mi padre se puso mal y mi hermana Regina lo llevó de emergencia al hospital del Seguro Social en Yanahuara. Le detectaron obstrucción intestinal y lo operaron de inmediato. Aparentemente salió bien de la operación; pero a los 3 días tuvieron que volver a operarlo.

En la Unidad de Cuidados Intensivos; UCI lo cuidaban en un ambiente compartido, con moderna tecnología, pero frío. Yo observé este hecho y el médico me respondió, que cumplían el “protocolo internacional”

Allí contrajo una severa infección intrahospitalaria, una neumonía.

Escribí a un médico en ese hospital, haciéndole ver que no era justo que a una persona se le interne por una enfermedad, y en el propio hospital adquiera otra más grave. Simplemente con un trato descortés me dijo: “presente su queja a control interno”. Tal vez una persona puede ser un gran profesional, pero si no es un ser humano; poco vale.

Mi padre estuvo con respirador; a raíz de la operación y posterior infección intra hospitalaria, que lo tuvo postrado y entubado aproximadamente 3

meses; con los tratamientos del “protocolo internacional” que son casi una tortura, por las punciones para análisis; ambiente frío; sondas; relación con otros enfermos.

Mi hermano Luis y yo viajamos de Lima a Arequipa para estar unos días junto a él; lo vi varias veces delicado; pero el luchaba hasta el último; quería sanar; recibía algunos días, los cuidados de una prima enfermera Maruja López Hurtado. Mis hermanas Regina y Cecilia, quienes residen en Arequipa, estuvieron a su lado.

Recuerdo con suma gratitud, como mi amigo y hermano de afecto, el Juez Federal de Brasil Rogerio Cangussu, con su señora madre, realizaron una misa, en la catedral de Jacarezhino Brasil, por la salud de mi padre. Luego oraciones seguidas.

Muchas personas oraron por la salud de Melitón Torres; en Loreto el padre Rafael, a quien se le atribuye varias sanaciones; en Mendoza, los primos Torres; en Lima todos los familiares. Algunos médicos se portaron muy bien; hicieron lo posible para que continuara viviendo. Otros no tanto encapsulados en protocolos.

Pedí a un sacerdote, que le brinde los santos oleos; cuando pensé que ya se iba a ir; sin embargo siguió 2 largos meses postrado en cama, en cuidados intensivos. Al final mi hermana Regina, tomó los servicios de un sacerdote, para brindarle el último sacramento y esa vez falleció en paz y conformidad.

Partió de este mundo a los 84 años, un 21 de diciembre de 2016, exactamente faltando un mes de su cumpleaños 85. Me hubiese gustado, que mi padre pase sus últimos días en casa; sin tantas punciones, análisis de sangre y frío hospitalario; pero al parecer la hospitalización fue necesaria; y así sucedieron las cosas; era un luchador; no se doblegó; luchó hasta el último momento.

A su sepelio, acudieron todos los familiares cercanos; su hermano Humberto llegó desde Lima, algunos amigos. Al sepelio llegaron coronas de las personas e instituciones que lo estimaban y apreciaban. Del Ilustre Colegios de Abogados de Arequipa, de la Asociación de Jubilados de la Municipalidad Provincial de Arequipa; de la Asociación de Ex alumnos del Colegio Independencia Americana, de la Asociación de Urbanizaciones Populares, del Presidente del Tribunal Constitucional, del Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, y de otras instituciones. QDP y DG querido padre!

Lima, junio de 2017

**Edgardo Torres López**

Hijo de Melitón Torres Tovar



# GALERIA DE FOTOS

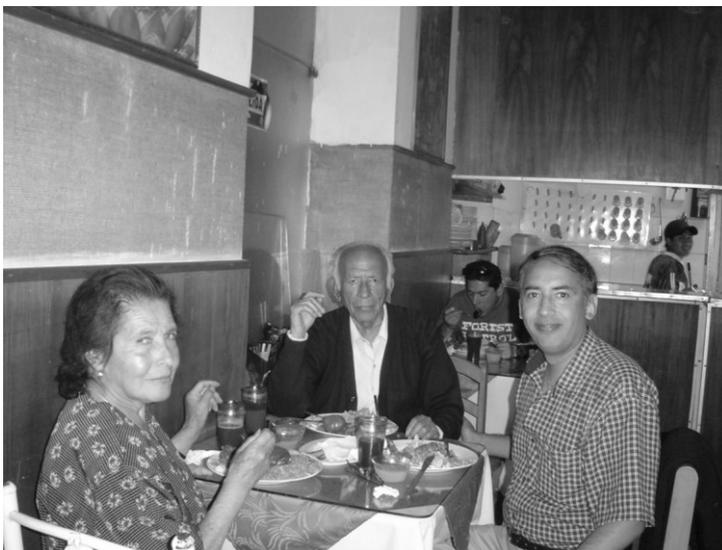
---



Melitón Torres Tovar, impulsor del Derecho Urbano. Arequipa, Diciembre de 2016



Melitón Torres Tovar, con el jurista arequipeño, juez de la Corte Suprema de Justicia del Perú, don Ramiro de Valdivia Cano.



Melitón Torres Tovar, esposa Regina López Delgado de Torres y su hijo Edgardo Torres López, Juez de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, miembro fundador de E-justicia Latinoamérica y Conpaz.



Melitón Torres Tovar y su querida nieta Gina Melisa Torres Córdova, hija de Regina Torres López y esposo José Antonio Córdova Rodríguez



Melitón Torres Tovar jurista en Arequipa, Perú.



Melitón Torres Tovar, y esposa Regina López Delgado de Torres, con su hija Ana Cecilia Torres López, profesora y abogada.



Melitón Torres Tovar, esposa Regina López Delgado y su hijo Luis Fernando Torres López, Contador Público Colegiado, magister en Proyectos de Desarrollo.



Regina Maritza Beatriz, Abogada Registradora Pública de Inmuebles y Ana Cecilia Torres López, hijas de Melitón Torres Tovar y Regina López Delgado de Torres



Melitón Torres Tovar, Regina López y sus nietos José Antonio y Gina Melisa Córdova Torres y Luis Felipe y Alesia Torres Granda.



Melitón Torres Tovar y esposa Regina López Delgado de Torres, al final de la misa por sus 50 años de matrimonio, con su estimada cuñada Celia Hurtado de López, esposa de Alfredo López Delgado (QPDYDG); Asimismo aparecen los sobrinos Marko y Regina López Hurtado.



Edgardo Torres López en Palacio de Gobierno de la República del Perú

# DEPOIMENTOS

---

## **BREVE REMINISCENCIA A LA VIDA Y OBRA DEL JURISTA AREQUIPEÑO MELITÓN TORRES TOVAR**

A lo largo de la vida, uno tiene el privilegio de conocer un poco de lejos, con admiración y respeto a conciudadanos que se destacaron por su gran aporte profesional a la comunidad y por extensión a la sociedad peruana y latinoamericana. Una de esas notables personas para mí fue Don **MELITÓN TORRES TOVAR**, abogado y jurista de trayectoria y ejemplo forjado a lo largo de los años, al servicio de la sociedad arequipeña y el Perú entero.

Conocí a Don Melitón Torres, cuando quien escribe cursaba estudios de derecho en la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Fui compañero de aula de uno de sus hijos el actual magistrado de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, Edgardo Torres López, vivo ejemplo de las dotes profesionales y humanas de su padre.

Con Edgardo Torres, rápidamente hice una gran amistad por su modestia, compañerismo y dedicación por el estudio, que luego comprendí que era en parte, reflejo del ejemplo otorgado por su distinguido padre.

Don Melitón Torres Tovar, fue visionario en lo que hoy se conoce en nuestro país como el desarrollo urbano sustentable, que está basado en tres vigas maestras que como se sabe son: El respeto al medio ambiente; la descentralización y el desarrollo equilibrado y armónico del campo y la ciudad.

Esta especialidad del derecho fue estudiada por el destacado jurista arequipeño a lo largo de su vida profesional, que puso al servicio del Estado y la sociedad en diversas instituciones públicas, con la labor de promover el desarrollo social y urbanístico, con responsabilidad y planificación ordenada y hacer realidad el derecho humano y constitucional a la vivienda digna para las personas, que posibilite seguridad y bienestar propios de una sociedad democrática.

Corrían los años 70 y se notaba en toda su intensidad la migración de los departamentos del interior del país hacia Lima, la virreinal y aristocrática ciudad de los reyes, capital de nuestro país, que rápida y desordenadamente fue invadida por grandes grupos humanos que se asentaron en los alrededores de la ciudad, tomando por la fuerza terrenos del Estado no urbanizados, incluso los cerros y montañas muy cerca de lo que se conoce como el “damero de Pizarro” formando los cinturones de miseria que han cambiado a la ciudad jardín, por lo que hoy en parte se conoce como “Lima la horrible”, por expresión del escritor Salazar Bondy.

Este mismo fenómeno se fue produciendo en menor escala en las principales ciudades del Perú como Arequipa. Desde entonces, nuestro homenajeador el Dr. Torres Tovar se dedicaba no solo a estudiar sino a procurar evitar y corregir en lo posible este grave problema en la ciudad de Arequipa, como abogado especialista en la Junta de Rehabilitación Departamental, en el Ministerio de Vivienda y Construcción y en la Municipalidad Provincial de Arequipa como asesor legal y especialista en Derecho Administrativo y Derecho de Urbanismo y Vivienda.

Al egresar de la Universidad Católica Santa María, en mis prácticas pre profesionales, conocí el prestigio profesional del doctor Melitón Torres Tovar, en las especialidades de Derecho Administrativo y de Urbanismo y Vivienda, en razón de sus amplios conocimientos de los aspectos legales de los Asentamientos Humanos Regulados y no Regulados de competencia municipal; reconocido conocimiento que era apreciado y destacado en el foro jurídico de la ciudad, teniéndolo como perito en la materia y consultor de instituciones públicas y privadas; así como de respetables colegas de profesión.

En la década del 80, admiré su destacada producción de innumerable artículos de contenido jurídico en la especialidad de Derechos Humanos, Derecho Constitucional y Urbanístico, así como la publicación de varios libros en temas Municipales y de Vivienda.

En la década del 90, quien escribe estuvo ligado a la actividad periodística a través de la radiodifusión, conduciendo un programa de corte político. En dicho espacio me cupo el honor de tener en los estudios de la emisora como entrevistado a don Melitón Torres Tovar, candidato a Regidor del Concejo Provincial de Arequipa, en la lista conformada por el candidato a Alcalde don José Villalobos Ampuero.

Me impresionó la sagacidad y capacidad de sus respuestas, no solo en el tema político sino por la firmeza y cordialidad para compartir sus amplios conocimientos de gestión municipal, y ordenamiento urbano de la ciudad.

Ese día tuve muchas llamadas de oyentes ávidos por conocer las soluciones al ordenamiento urbano de la ciudad y cómo llevar a cabo una buena gestión municipal, por parte del equipo que conformaba nuestro destacado entrevistado.

Luego de ello, me quedé pensando en el magnífico Alcalde que perdía la ciudad, que en esa oportunidad postulaba a Regidor. No era de extrañarse que en esas elecciones el doctor Torres Tovar, fue elegido Regidor de la Municipalidad Provincial de Arequipa, que cumplió una labor destacada en la innovación del gobierno municipal; en la simplificación de trámites administrativos, - lo que hoy se conoce como Reforma del Estado- , en el fortalecimiento y desarrollo del

ordenamiento urbano de la ciudad y en la institucionalidad de los Gobiernos Locales al servicio de los ciudadanos.

Como anécdota puedo agregar que esos años, escuché decir a muchos turistas y visitantes extranjeros lo admirable en la limpieza y orden en la ciudad y que Arequipa bien merecía ser la capital del Perú.

Años más tarde, mi vida profesional me llevó a laborar en el sector público, y específicamente en una prestigiosa Municipalidad de la provincia de Arequipa, y en más de una ocasión tuve la necesidad de consultar y aprender de la vasta experiencia del maestro y jurista don Melitón Torres Tovar de quien guardo el mejor de los recuerdos y gratitud. Que descanse en paz y Dios lo tenga en su gloria.

Su discípulo y amigo con admiración y respeto.

**Milton Miranda Paredes**

Abogado arequipeño

## **LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO UNIVERSAL EUROPEO E HISPANO-PERUANO:**

### **EN RECUERDO DEL DR. MELITÓN TORRES TOVAR**

Los Derechos Humanos, son un fin en sí mismo ya que gozar de estos derechos le permite al ser humano lograr una vida digna.

Ha sido generalmente aceptada por la doctrina, es la que propone PÉREZ LUÑO, quien entiende que los Derechos Humanos son “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.

Dentro de las características más importantes, tenemos la inmutabilidad, esta característica está referida al contenido esencial de los derechos humanos, en el sentido que en ese contenido constituye un ámbito de intangibilidad para el legislador, el intérprete y el operador jurídico, encargado de la aplicación del derecho de que se trate.

El carácter histórico, implica que no existe un concepto apriorístico de los Derechos Humanos. El concepto de los Derechos Humanos, está en continuo proceso de creación, enriqueciéndose con los cambios históricos y dependiendo al mismo tiempo de ellos. Sólo se puede dar un concepto y una definición de los Derechos Humanos, que sea en consecuencia situacional; desde una determinada perspectiva histórica y desde una determinada cultura. Los Derechos Humanos están suficientemente caracterizados, y son por lo tanto socialmente exigibles, cuando están enculturizados; es decir, cuando se ha integrado en una determinada forma cultural y han encontrado un desarrollo apropiado.

El distinguido jurista, abogado Dr. MELITÓN TORRES TOVAR, visionario del derecho, consumado conocedor de la compleja realidad urbana peruana y arequipeña, erudito en diversas ramas del derecho, como abogado, desempeño diversos cargos como es el caso de la extinta Junta de Rehabilitación Departamental, Ministerio de Vivienda y Construcción, Regidor del Concejo de Arequipa, candidato a diputado del Perú; sabedor que el fin supremo de los Derechos humanos es la dignidad humana, circunstancia que propició que dedicará de forma encomiable, a la entrega de titulaciones, lo que conllevaba un notable cambio en la vida cotidiana de aquellas personas, desfavorecidas, sirviendo para las mismas como motor económico, es el hecho de tener una vivienda en propiedad e inscrita en el Registro de la Propiedad, con las ventajas jurídico-económicas, que ello conlleva.

Por ello, en diversas ocasiones, en los años 80, fue distinguido, con el Hombre de año, gracias a la entrega de titulaciones, previos estudios de viabilidad, a las clases más desfavorecidas, de aquél entonces.

Si bien en el contexto, económico y social del Perú, tal como apuntaba el Dr. Melitón Torres Tovar, en sus diversos trabajos doctrinarios, es muy diferente a la época de la urbanización acelerada, el patrón de crecimiento urbano horizontal de las ciudades peruanas ha cambiado poco.

El auge de la construcción en Lima y Arequipa por poner un ejemplo, ha tenido como consecuencia un crecimiento vertical, no planificado, ni bien regulado, en las áreas centrales, sin embargo, los grupos más pobres siguen ocupando terrenos cada vez más alejados, peligrosos y empinados en lo que se llama la "invasión hormiga".

Como bien advertía el Dr. Torres, "este patrón de crecimiento es insostenible, pues los recursos del Estado, son insuficientes, para integrar esos nuevos barrios, al resto de la ciudad, dotándoles de las redes de agua, alcantarillado, electricidad, de escuelas, equipamiento urbano y espacios públicos adecuados".

Además que en términos económicos es 8 veces más barato prevenir la formación de estos asentamientos, que, construir barrios de manera regular.

La carencia de una política del suelo, realista y coherente, bien establecida, ha tenido como consecuencia, la nueva ola de expansión horizontal de las grandes ciudades de Perú, como es el caso concreto de Lima y Arequipa.

Me voy a permitir, en este modesto homenaje, una breve anécdota deportiva, desconocida para muchos, incluso para algunos familiares, relacionada con el Dr. Melitón Torres Tovar, en su años de juventud fue un aguerrido e impetuoso jugador de fútbol., "recuerdo en un partido de fútbol, muy disputado, dónde ambos equipos nos empleamos con rudeza... ganamos; al término del partido se me acercó el fallecido Profesor Julio Salas Guerra, excompañero de estudios del Colegio Independencia Americana del Dr. Melitón, me dice: "te felicito, te veo jugar.., pero como me recuerdas a tu tío Melitón..", me quedé totalmente sorprendido.

Por último, agradecido a la figura del Ilustre Dr. MELITÓN TORRES TOVAR, por sus sabios consejos, cuando echando en falta a mi difunto padre., “desesperado” y confuso, en mi autoexilio, le comenté las dificultades que entrañaba y dudas que me generaba el ejercicio del derecho en España, sólo me dijo, con cierto énfasis, como aquél que trasmite sus conocimientos a su discípulo: “Gino, tranquilo, el derecho se aprende estudiando y estudiando..”, y de verdad, que comprendí su enseñanza, por ello, gracias por siempre.

**Gino Marco Torres Orihuela**

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

# POSFÁCIO

---

*Livros... livros à mão cheia...  
E manda o povo pensar!  
O livro caindo n'alma  
É germe — que faz a palma,  
É chuva — que faz o mar.*

(Castro Alves, *O Livro e a América*)

É com grande alegria que aceitamos o convite para posfaciar a magnífica obra “*Coletânea Direitos Humanos em Homenagem ao Humanista Melitón Torres Tovar*”, que vem a público por intermédio do prestigiado Instituto Memória, editora que de há muito contribui para a cultura paranaense e agora latino-americana.

A satisfação é redobrada pela parceria com a Caixa Econômica Federal, instituição financeira de referência mundial como banco público, moderno, eficiente e comprometido não apenas com financiamento e gestão de importantíssimos programas de transformação social, inclusão bancária e resgate da cidadania, mas também com o fomento à cultura.

Nesse contexto é que fez todo o sentido a reunião de forças peruanas e brasileiras cujo resultado foi importantíssimo livro em homenagem ao grande jurista e humanista Melitón Torres Tovar, que nos deixa, além de muitos outros, este brilhante legado de vida, de obra, de luta.

Paraná/Brasil, dezembro de 2017.

***Olides Milezi Junior***

Gerente Regional da Caixa Econômica Federal





## **CONSELHO CIENTÍFICO-EDITORIAL**

### **PROF. DR. CARLOS ROBERTO ANTUNES DOS SANTOS**

(In Memoriam – Presidente de Honra).

Pós-Doutorado em História da América Latina pela Universidade de Paris III, França. Doutorado em História pela Universidade de Paris X - Nanterre, França. Mestrado em História do Brasil pela UFPR - Universidade Federal do Paraná, Professor da UFPR - Universidade Federal do Paraná. Reitor da UFPR - Universidade Federal do Paraná, (1998/2002). Membro do Conselho Nacional de Educação (2003/2004) e do Conselho Superior da CAPES (2003/2004).

-----

### **PROFA. DRA. ALICE FÁTIMA MARTINS**

Pós-doutorado pela Universidade de Aveiro (2017). Pós-Doutorado no Programa Avançado de Cultura Contemporânea da UFRJ (2010). Doutorado em Sociologia pela Universidade de Brasília (2004). Mestrado em Educação - área de Magistério: Formação e Trabalho Pedagógico, pela Universidade de Brasília (1997). Licenciatura em Educação Artística, habilitação em Artes Visuais, pela Universidade de Brasília (1983). É professora na Faculdade de Artes Visuais da UFG. Atua no curso de Licenciatura em Artes Visuais e no Programa de Pós-Graduação em Arte e Cultura Visual, do qual foi coordenadora em dois períodos: 2005 a 2008, 2012 a 2014.

### **PROF. ANDREA PITASI**

PhD. Professor de Sociologia do Direito do Programa de Mestrado e Doutorado da "Università degli Studi Gabriele D'Annunzio - Dept. of Neuroscience", Itália. Membro do Conselho Acadêmico do "SANTA FE Associate International". Presidente na empresa WORLD COMPLEXITY SCIENCE ACADEMY (WCSA).

### **PROF. AUGUSTUS BONNER COCHRAN III, USA**

Academic Degrees (titulação): B.A., Davidson College; M.A., Indiana University; Ph.D., University of North Carolina; J.D., Georgia State University College of Law. Professor Titular de Ciência Política da Faculdade de Agnes Scott – GEORGIA-EUA.

**PROFA. DRA. BETINA TREIGER GRUPENMACHER**

Pós-Doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutorado pela Universidade Federal do Paraná. Mestrado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-Graduação pela Universidade de Salamanca, na Espanha e pela Universidade Austral, na Argentina. Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora adjunta nos cursos de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito Tributário da Universidade Federal do Paraná. Foi Conselheira do Conselho de Contribuintes do Município de Curitiba por aproximadamente 10 anos e foi assessora jurídica da Comissão de Orçamento da Assembleia Legislativa do Paraná.

**PROF. DR. BRUNO MENESES LORENZETTO**

Doutorado em Direito pela UFPR na área de Direitos Humanos e Democracia (2010-2014). Mestrado em Direito pela UFPR na área do Direito das Relações Sociais (2008-2010). Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003-2007). Bolsista pela CAPES durante o Mestrado na UFPR. Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Coordenador do Programa de Mestrado em Direito (Direitos Fundamentais e Democracia) e Professor da Graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Visiting Scholar na Columbia Law School, Columbia University, New York (2013-2014). Desenvolve suas pesquisas na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Teoria do Direito e Teoria do Estado.

**PROF. DR. CARLOS ALBERTO DE MORAES RAMOS FILHO**

Doutorado em Direito do Estado (Direito Tributário) pela PUC-SP. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós-graduação em Direito Tributário pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM (1998). Pós-graduação em Direito Civil pela UFAM (1998). É Procurador do Estado do Amazonas, Representante Fiscal no Conselho de Recursos Fiscais da Secretaria da Fazenda do Estado do Amazonas, advogado, professor de Direito Constitucional e Direito Financeiro da Faculdade de Direito da UFAM, professor de Direito Tributário no curso de pós-graduação em Direito do CIESA e professor da Escola Superior da Magistratura do Amazonas (ESMAM).

**PROF. DR. DANIEL FERREIRA**

Pós-Doutorado pelo Instituto Ius Gentium Conimbrigae - Centro de Direitos Humanos /Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (IGC-CDH/FDUC - 2016). Doutorado (2008) e Mestrado (1999) em Direito do Estado (Direito Administrativo) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Laureado pela Faculdade de Direito de Curitiba (FDC-1993), além de graduado em Engenharia Industrial Elétrica pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR - 1988). É Docente Permanente e atual Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado), além de Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Internacional (UNINTER), Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos da Função Pública (IBEFP), membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado (IIEDE), do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA) e do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP). Ex-Coordenador (2009-

2011), ex-Docente Permanente do Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA); ex-Coordenador (2001-2003), ex-Chefe do Departamento de Direito Público (1999-2001) e, ainda, ex-Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Curitiba/UNICURITIBA (tendo ingressado na IES em 1996). É, também, parecerista e sócio-fundador do Ferreira, Kozicki de Mello & Maciel Advogados Associados (desde 1996), onde exerce a advocacia consultiva e contenciosa, e árbitro da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Paraná (CAMFIEP).

#### **PROF.DR. DEMETRIUS NICHELE MACEI**

Pós-doutorado pelo Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da USP (2015). Doutorado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2012). Mestrado em Direito Econômico e Social (2004). Especialização em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2000). Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1994). Professor de Direito Tributário da graduação, especialização e mestrado da Faculdade de Direito Curitiba (UNICURITIBA). Professor convidado no *Curso de Posgrado en Derecho Tributario* na *Universidad Austral de Buenos Aires/Argentina* e ex-professor da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (2006-2007) e da PUC/PR (2000-2006/2011-2013). Ocupou os cargos de Diretor e Gerente Jurídico em empresas de grande porte na área de Auditoria e Indústria alimentícia no Brasil e no Exterior. Realizou Curso de Extensão em Direito Norte-Americano pela *Fordham University*, em Nova Iorque/EUA (2010). Publicou os livros "Tributação do Ato Cooperativo" e "A Verdade Material no Direito Tributário". Participa do Conselho Temático de Assuntos Tributários da Federação das Indústrias do Paraná (FIEP), é associado do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), é membro efetivo do Conselho Fiscal de Três Companhias listadas na BOVESPA e ainda é membro titular do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) do Ministério da Fazenda.

#### **PROF. DR. DOMINGO CÉSAR MANUEL IGHINA**

Doutorado em Letras Modernas pela Universidade Nacional de Córdoba (UNC-Argentina). Diretor da Escola de Letras da Faculdade de Filosofia e Humanidades da Universidade Nacional de Córdoba. Professor da cátedra de Pensamento latino-americano da Escola de Letras da Universidade Nacional de Córdoba. Membro do Conselho Editorial da Revista Silabário.

#### **PROF. DR. EDGAR WINTER JÚNIOR**

Doutorado em Engenharia e Ciência dos Materiais - PIPE UFPR (2015). Mestrado em Engenharia de Processos Químicos e Térmicos - PIPE-UFPR (2005). Pós-Graduação em Produtividade e Qualidade Total pela UNIPLAC-SC (1997). Pós-Graduação em Engenharia de Segurança do Trabalho na UTFPR (2010). Graduação em Engenharia Química pela Universidade Federal do Paraná (1991). Foi Professor Substituto da UTFPR nas áreas de Gestão QSMS (abr/2010 a jul/2012). Tem experiência, em consultoria e vivência, nas áreas de Educação, Treinamento, Engenharia Química, Engenharia de Materiais e Engenharia de Segurança do trabalho, com ênfase em Gestão Estratégica, Gestão de pessoas, Gestão

Integrada (Qualidade, Meio Ambiente, Segurança e Saúde) e Redução de Custos, atuando como professor de Pós-graduação em áreas como Gestão Integrada, Gestão da Qualidade e Gestão Estratégica. Desde fevereiro de 2015 é professor na FAPI - Faculdade de Pinhais (integrante da Comissão Própria de Avaliação), nas disciplinas de Planejamento Orçamentário, Matemática Básica, Matemática Superior, Estatística Aplicada, Métodos Numéricos e Gestão da Qualidade, para os cursos de Administração, Processos Gerenciais, Logística e Recursos Humanos.

#### **PROF. DR. EDUARDO OLIVEIRA AGUSTINHO**

Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (2011). Mestrado em Integração Latino - Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (2003). Especialização em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica da Paraná (2000). Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (1998). Foi Pesquisador Visitante na Universidade Paris I - Panthéon-Sorbonne (2010) e na Organização Mundial de Propriedade Intelectual - OMPI (2011). Coordenou o Escritório de Transferência de Tecnologia da Agência PUC de Inovação, na PUCPR (2011-2014). Decano (Diretor Geral) da Escola de Direito da PUCPR. Professor de Direito Empresarial no Curso de Graduação em Direito da PUCPR e em Cursos de Pós-Graduação da PUCPR, Esmafe e ABDCONST.

#### **PROF. DR. EDUARDO ARRUDA ALVIM**

Doutorado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP. Mestrado em Direito, PUC/SP. Especialização em Direito Processual Civil, PUC/SP. Especialização em Direito Tributário, PUC/SP. Bacharelado em Direito, PUC/SP. Professor Universitário (bacharelado, especialização, mestrado e doutorado) da PUC/SP e da Faculdade Autônoma de Direito - FADISP. Advogado atuante, possui experiência na área de Direito Processual Civil, Direito Civil, Direito Tributário, Direito Processual Tributário, Direito Administrativo, Direito Processual Constitucional. Autor e Palestrante renomado internacionalmente.

#### **PROF. DR. EDUARDO BIACCHI GOMES**

Pós-Doutorado em estudos culturais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade Barcelona, Facultad de Dret. Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor-pesquisador em Direito da Integração e Direito Internacional da UniBrasil, Graduação e Pós-Graduação (Especialização e Mestrado). Membro do Grupo Pátrias, UniBrasil, vinculado ao Cnpq. Professor de Direito Internacional da PUCPR, Consultor do MERCOSUL para a livre Circulação de Trabalhadores (2005/2006). Foi Editor Chefe da Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, vinculado ao Programa de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas do Brasil, Qualis B1, desde a sua fundação e atualmente exerce as funções de Editor Adjunto.

**PROFA. DRA. ELAINE RODRIGUES**

Pós-doutorado em História da Educação pela Universidade Federal de Uberlândia (2015). Doutorado em História e Sociedade pela Universidade Estadual Paulista - Júlio de Mesquita Filho (2002). Mestrado em Educação pela Universidade Estadual de Maringá (1994). Graduação em Pedagogia pela Universidade Estadual de Maringá (1987). Atualmente é professora Adjunta do departamento de Fundamentos da Educação e do Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Estadual de Maringá.

**PROF. DR. FABIO ARTIGAS GRILLO**

Doutorado e Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Presidente da Comissão de Direito Tributário da OAB/PR; Presidente do Instituto de Direito Tributário do Paraná – IDTPR. Especialista em 'Direito Internacional e Comparado' pela Southwestern Legal Foundation, Dallas, EUA (1998), assim como em 'Política Econômica Internacional' pela Facultad de Graduados, Universidad de Belgrano, Argentina (2000). Exerceu cargo de Professor concursado da UFPR (2001-2007) e Lecionou na Unicenp (2001-2003). Obteve o 'IX Prêmio de Finanças Públicas ESAF-Tesouro Nacional-CEPAL-FGV e Ministério das Relações Exteriores', categoria Estudos do Mercosul (2004).

**PROF. DR. FERNANDO ARAUJO**

Doutorado (em 1998) em Ciências Jurídico-Econômicas. Mestrado (em 1990) em Ciências Histórico-Jurídicas. Licenciatura em Direito (em 1982). Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. É atualmente docente no Curso de Licenciatura e no Curso de Mestrado e Doutoramento.

**PROF. DR. FERNANDO GUSTAVO KNOERR**

Doutorado em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (2002). Mestrado em Direito do Estado e Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Realizou estágio Pós-Doutoral na Universidade de Coimbra, Portugal (2015-2016). Procurador Federal. Professor de Direito Administrativo da Escola da Magistratura do Paraná e da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná / FEMPAR. É Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Tem experiência em: Direito do Estado. Crise da Administração e da Representação Política. Contratos Públicos. Cidadania. Integração e Globalização.

**PROFA. DRA. FLÁVIA PIOVESAN**

Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996). Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1993). Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1990). É professora doutora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo nos programas de Graduação e Pós Graduação em Direito; visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000); visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005); visiting fellow do Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, 2007 e 2008) e

Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law (2009-2011). Membro Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana; membro da UN High Level Task Force on the implementation of the right to development; e membro do OAS Working Group para o monitoramento do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. Eleita para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA (2018-2021) Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos, Direito Constitucional e Direito Internacional, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos humanos, Direito Constitucional, Direito Internacional, proteção internacional e proteção constitucional.

#### **PROFA. DRA. GISELA MARIA BESTER**

Pós-doutorado em Direito Público na Universidade de Lisboa. Doutorado em Direito (2002) pela Universidade Federal de Santa Catarina - Área de Concentração Direito, Estado e Sociedade, na Linha de Pesquisa Constituição, Cidadania e Direitos Humanos -, com um ano de pesquisas desenvolvidas na Universidad Complutense de Madrid e na Università degli Studi di Roma La Sapienza (modalidade Doutorado Sanduíche, 1999). Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1996), na Linha de Pesquisa Instituições Jurídico-Políticas. Graduação em Direito pela Universidade de Ijuí (1991). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. É associada ao CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e avaliadora de artigos científicos para seus eventos. Ex-pesquisadora do CNPq e Conselheira Titular do Ministério da Justiça (2008-2012), no CNPCP - Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Associada ao NELB - Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiros da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

#### **PROFA. DRA. GRACIELA SANJUTÁ SOARES FARIA**

Doutorado (2010) e Mestrado (2005) em Gestão da Produção pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCar) na linha de pesquisa Organizações, Instituições e Trabalho. É especialista em Psicopedagogia pelo Centro Universitário Claretiano (2007) e psicóloga pela Universidade Federal de São Carlos (2002). Estuda os temas trabalho, jornada, contratos de trabalho, gênero, equilíbrio trabalho-família, trabalho docente e saúde do trabalhador. Atua há 15 anos como docente em cursos de graduação e pós-graduação presenciais e à distância. Atualmente, está coordenadora do curso de Psicologia do UNIBRASIL Centro Universitário e docente no curso de Psicologia e Administração. Possui experiência profissional na área de Gestão de Pessoas, Psicologia do Trabalho, Institucional e Organizacional, Psicologia Clínica e Psicopedagogia.

#### **PROF. DR. GUIDO RODRÍGUEZ ALCALÁ**

Doutorado em Filosofia, na Diusburg Universität (1983), com bolsa da Konrad Adenauer Stiftung. Mestrado em Literatura, na Ohio University e The University of New México, com bolsa de estudos da Fulbright-Hays Scholarship. Graduação em Direito pela Universidade Católica de Assunção (Paraguai). Autor de numerosos livros de poesia, narrativa e ensaio,

tendo já sido publicado no Brasil a novela Caballero (tchê!, 1994) e o ensaio Ideologia Autoritária (Funag, 2005).

#### **PROF. DR. HERBERTO JOSÉ CHONG NETO**

Pós-doutorado em Saúde da Criança e do Adolescente (2009-2011) na Universidade Federal do Paraná. Doutorado em Medicina Interna pela Universidade Federal do Paraná (2006-09). Mestrado em Ciências da Saúde pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003-05). Especialização em Alergia Pediátrica-Hospital de Clínicas-Universidade Federal do Paraná (1999-2001). Residência em Pediatria-Hospital de Clínicas-Universidade Federal do Paraná (1997-99). Graduação em Medicina pela Universidade Federal do Paraná (1997). Professor Adjunto III de Pediatria do Hospital de Clínicas-Universidade Federal do Paraná. Professor do Curso de Pós-graduação (Mestrado) em Saúde Coletiva da Universidade Federal do Paraná.

#### **PROF. DR. ILTON GARCIA DA COSTA**

Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal (em andamento). Doutorado em Direito pela PUC-SP Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2010). Mestrado em Direito pela PUC-SP (2002). Mestrado em Administração pelo Centro Universitário Ibero Americano UNIBERO (2001). Especialização em Administração Financeira pela Alvares Penteado. Especialização em Mercados Futuros pela BMF – USP. Especialização em Formação Profissional na Alemanha. Graduação em Direito pela Universidade Paulista UNIP (1996). Graduação em Matemática pela Universidade Guarulhos UNG (1981). Avaliador de curso e institucional pelo INEP MEC. Atualmente é advogado responsável - Segpraxis Advocacia, professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná UENP no mestrado e graduação. Foi Diretor Superintendente de Planejamento e Controles do Banco Antonio de Queiroz e Banco Crefisul, Membro do Conselho Fiscal e Diretor do Curso de Direito da Universidade Ibirapuera UNIB, Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Anchieta de SBC. Atualmente é Vice Presidente da Comissão de Ensino Jurídico, Vice Presidente da Comissão de Estágio (triênio 2013 a 2015) e membro efetivo da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB-SP todas estaduais. Tem experiência na área de Direito atuando principalmente nos seguintes temas: direito, educação, ensino, direito Constitucional, direito Administrativo, direito do Trabalho, direito Empresarial, administração, finanças, seguros, gestão e avaliação.

#### **PROFA. DRA. JALUSA PRESTES ABAIDE**

Pós-Doutorado na Université de Saint Esprit de Kaslik, Líbano (2006). Doutorado em Direito pela Universidade de Barcelona, Espanha (2000). Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1990). Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (1985). Professora adjunta da Universidade Federal de Santa Maria. Integra o Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Ambiental.

#### **PROF. DR. LAFAYETTE POZZOLI**

Pós-Doutorado pela Universidade "La Sapienza", Roma (2002). Doutorado (1999) em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Mestrado (1994) e graduação (1986). Professor e Coordenador do

Mestrado em Direito no UNIVEM. Professor e foi Chefe de Gabinete na PUC-SP. Membro do Conselho Editorial da Revista EM TEMPO e da Revista de Direito Brasileira - RDBras, do CONPEDI. Avaliador para cursos de direito INEP/MEC. Foi membro da Comissão de Ensino Jurídico, do Tribunal de Ética - TED-1 e da Comissão da Pessoa com Deficiência da OAB/SP. Foi sócio efetivo do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo.

### **PROF. DR. LUC CAPDEVILA**

Pós-Doutorado. Professor Titular da Universidade de Rennes 2 (França), em História Contemporânea e História da América Latina e Diretor do Mestrado de História das Relações Internacionais. Membro do Conselho Científico da Universidade de Rennes 2 e do Conselho Editorial de várias revistas científicas (CLIO Histoire, Femmes, Sociétés; Nuevo Mundo Mundos Nuevos; Diálogos; Takwa). Especialista em História Cultural sobre conflitos sociais contemporâneos, dirige atualmente um programa de investigação multidisciplinar sobre a Guerra do Chaco.

### **PROF. DR. LUÍS ALEXANDRE CARTA WINTER**

Doutorado em Integração da América Latina pelo USP/PROLAM (2008). Mestrado em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (2001). Especialização em Filosofia da Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1988). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1984). Atualmente é professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná na graduação (onde foi Coordenador entre 1987 a 1989), na pós lato sensu onde coordena a especialização em Direito, logística e negócios internacionais, e no strito sensu, no mestrado e doutorado. Ex-professor titular e ex-Coordenador "(2005-2010) do Curso de Direito da Faculdade Internacional de Curitiba, professor titular do Centro Universitário Curitiba e da Faculdade da Indústria-IEL. Advogado militante desde 1984 e consultor jurídico, atuando principalmente nos seguintes temas e áreas: contratos; integração regional; Mercosul; relações internacionais; direito marítimo; direitos humanos; direito humanitário; legislação aduaneira; direito internacional econômico e direito internacional. Coordenador do NEADI ([www.neadi.com.br](http://www.neadi.com.br)). Membro de Centro de Letras do Paraná e do Instituto de Advogados do Paraná.

### **PROF. DR. LUÍS FERNANDO SGARBOSSA**

Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (CAPES 6). Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (CAPES 6). É Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS, Campus de Três Lagoas - CPTL. Professor Permanente do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS (Campo Grande). Foi membro do Colegiado do Curso de Mestrado em Direito UFMS (2015/2017). Foi membro do Conselho da Faculdade de Direito da UFMS. Foi professor de cursos de pós-graduação lato sensu na área jurídica na Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDCONST (Curitiba-PR), no Instituto de Direito Constitucional e Cidadania - IDCC (Londrina - PR) e Escola da Magistratura do Paraná - EMAP (Ponta Grossa-PR). Foi membro da Comissão de Educação Jurídica da Seccional do Paraná da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Paraná - OAB PR. É autor de livros

e capítulos de livros, além de artigos jurídicos publicados em periódicos indexados no QUALIS Periódicos da CAPES. Atuou como prefaciador e tradutor de obras jurídicas (livros e artigos). Foi advogado inscrito na OAB/PR. É editor cadastrado na Agência Brasileira do ISBN (prefixo editorial 922749). É membro de conselhos editoriais e avaliador ad hoc de diversos periódicos científicos indexados no QUALIS Periódicos da CAPES de todo o Brasil, bem como de diversos eventos científicos regionais e nacionais. Membro do Conselho Editorial do Instituto Memória (Curitiba - PR). Foi membro da Société de Législation Comparée - SLC (Paris - França) e da Associazione Italiana di Diritto Comparato - AIDC (Florença - Itália), seção italiana da Association Internationale des Sciences Juridiques - AISJ (Paris - França) e da Académie Internationale de Droit Comparé - AIDC (Haia - Holanda). Trabalhos científicos do autor foram citados em diversas teses, dissertações e trabalhos de conclusão de curso no Brasil e no exterior, e em obras doutrinárias importantes. Foram citados ainda em diversas decisões do STF, STJ e outros tribunais e juízos.

#### **PROF. DR. LUIZ EDUARDO GUNTHER**

Doutorado e Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Graduação em História pela Universidade Federal do Paraná. Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Tem experiência em: Direito Internacional do Trabalho. Direito Sindical e Coletivo do Trabalho. Tutela dos Direitos de Personalidade na Atividade Empresarial. Crise da Jurisdição: Efetividade e Plenitude Institucional.

#### **PROF. DR. LUIZ FELIPE VIEL MOREIRA**

Pós-Doutorado pela Universidade Nacional de Córdoba, U.N.C., Argentina. Doutorado em História Social pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil. Mestrado em História pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Brasil. Professor Associado do Departamento de História e do Programa de Pós-graduação em História da Universidade Estadual de Maringá, UEM, Brasil, com pesquisas em História da América Latina.

#### **PROF. DR. MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE**

Pós-Doutorado pela Università degli Studi di Roma II, Tor Vergata (2014). Doutorado em Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale - Università degli Studi di Roma, La Sapienza (2001), revalidado pela UFSC. Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998). Coordenador do Curso de Espec. em Dir. do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Presidente do INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS (IBCJS). Vice-Presidente do INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL CESARINO JÚNIOR. Ex-Presidente da Associação dos Advogados Trabalhistas do Paraná, Membro de Comissões da Ordem dos Advogados do Brasil - Paraná, Professor Adjunto da Universidade Federal de Santa Catarina, Membro do Centro de Letras do Paraná, Professor do UNINTER. Diretor do Departamento de Direito do Trabalho do Instituto dos Advogados do Paraná. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Internacional.

**PROF. DR. MATEUS BERTONCINI**

Pós-Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutorado e Mestrado em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Leciona Direito Administrativo e Processo Administrativo em cursos de graduação e pós-graduação na Faculdade de Direito de Curitiba e na Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná. É autor de obras e artigos jurídicos. É líder do grupo de pesquisa Ética, Direitos Fundamentais e Responsabilidade Social. Atualmente, vem desenvolvendo pesquisa nas áreas de Direitos Fundamentais, Princípios Constitucionais da Ordem Econômica e Responsabilidade Social Empresarial. Procurador de Justiça no Paraná.

**PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR**

Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1987) e doutorado em Direito - Universität Friedrich- Alexander Erlangen-Nürnberg (1987). Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1983). Graduação em Direito pela Universidade de Taubaté (1977). Livre-Docente em Direito pela PUC-SP (1992). Atualmente é Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1994) e Professor Titular da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP) (2006). Coordenador do Núcleo de Direitos Difusos e Coletivos do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-SP. Vice-Chefe do Departamento II (Direito Civil, Processual Civil e do Trabalho) da Faculdade de Direito da PUC-SP. É sócio fundador - advogado - OAB-SP 51737 - do escritório de advocacia Nery Sociedade de Advogados. Professor colaborador permanente do Centro de Extensão Universitária e professor colaborador permanente do Instituto Brasiliense de Ensino e Pesquisa. Árbitro em arbitragens nacionais e internacionais. Membro da Academia Paulista de Direito (cadeira n. 25), da Academia Paulista de Letras Jurídicas (cadeira n. 54), fundador da União dos Juristas Católicos de São Paulo, da Wissenschaftliche Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht (Alemanha), da International Association of Procedure Law, da Deutsch-Brasilianische Juristen Vereinigung, da Asociación Iberoamericana de Derecho Procesal, da Academia Brasileira de Direito Civil, da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS). Co-autor dos Projetos que se converteram na Lei da Ação Civil Pública (L 7347/85) e no Código de Defesa do Consumidor (L 8078/90). Autor consagrado, com mais de 100 obras publicadas.

**PROF. DR. OCTAVIO CAMPOS FISCHER**

Doutorado em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (2002). Mestrado em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (1999). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1993). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Desde julho de 2013). Professor de Direito Tributário do Mestrado, da Especialização e da Graduação nas Faculdades Integradas do Brasil (Unibrasil). Foi professor colaborador do programa de mestrado em direito do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP/DF) em 2012 e 2013. Foi Vice-Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil (2010-2011). Foi Conselheiro Titular da 7ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - Carf (2003-2005). Foi

Conselheiro Estadual da OAB/PR. Foi Presidente do Instituto de Direito Tributário do Paraná/PR até junho de 2013.

#### **PROF. DR. PAULO BRENO NORONHA LIBERALESSO**

Doutorado em Distúrbios da Comunicação (2007/2011) pela Universidade Tuiuti do Paraná. Mestrado em Neurociências (2003/2004) pela Universidade Federal de São Paulo. Pós-graduação em Epileptologia (2002/2003) pela Universidade Federal de São Paulo. Residência médica em Pediatria (1999/2000) e Residência médica em Neuropediatria (2001/2002) pelo Hospital Pequeno Príncipe, Curitiba, PR, Brasil. Graduação em Medicina (1998). Supervisor do Programa de Residência Médica em Neuropediatria (Nível R3 / R4) do Hospital Pequeno Príncipe. Médico do Departamento de Neurologia Pediátrica e do Serviço de Neurofisiologia / Eletrencefalografia / Vídeo-EEG do Hospital Pequeno Príncipe. Presidente do Departamento de Neurologia da Sociedade Paranaense de Pediatria (2010-2012). Presidente do Departamento de Residências Médicas da Sociedade Paranaense de Pediatria (2010-2012). Membro Efetivo do Departamento de Neurologia da Sociedade Brasileira de Pediatria (2013-).

#### **PROF. DR. PAULO RICARDO OPUSZKA**

Doutorado em Direito (2010) pela Universidade Federal do Paraná. Mestrado em Direito (2006). Bacharelado em Direito (2000) pelo Centro Universitário Curitiba. Professor de Direito e Processo do Trabalho da Universidade Federal de Santa Maria. Professor Convidado do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba. Foi Professor de Direito Econômico na Escola da Magistratura Federal do Paraná. Professor convidado da Especialização em Direito do Trabalho, Processo e Mercado do Centro de Estudos Jurídicos do Paraná. É professor licenciado de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na Faculdade Campo Real de Guarapuava/PR. Superintendente do Instituto Municipal de Administração Pública do Município de Curitiba de 2013-2015.

#### **PROF. DR. PAULO ROBERTO CIMÓ QUEIROZ**

Doutorado em História Econômica pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil. Mestrado em História pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, UNESP, Brasil. Professor da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, UFMS, Brasil.

#### **PROF. DR. RENÉ ARIEL DOTTI**

Doutorado em Direito pela UFPR. Professor titular de Direito Penal da UFPR. Professor de Direito Processual Penal no curso de pós-graduação da Universidade Federal do Paraná. Vice-Presidente do Comitê Científico da Associação Internacional de Direito Penal. Presidente Honorário do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP – Brasil). Presidente da Comissão Nacional de Defesa da República e da Democracia do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Presidente de Honra para o Brasil do Instituto Panamericano de Política Criminal – IPAN. Membro da Sociedade Mexicana de Criminologia. Coautor do anteprojeto de reforma da Parte Geral do Código Penal (Lei n.º 7.209, de 11.07.1984). Coautor do anteprojeto da Lei de Execução Penal do Brasil (Lei n.º 7.210, de 11.07.1984). Relator do anteprojeto de nova lei de imprensa (Comissão da Ordem dos

Advogados do Brasil. Publicado no Diário do Congresso Nacional, n.º 103, seção II, de 14.08.1991). Membro da Comissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal (Portaria n.º 581, de 10.12.1992, do Ministro da Justiça). Membro da Comissão instituída pela Escola Nacional da Magistratura para a reforma do Código de Processo Penal. Membro da Comissão instituída pelo Ministro da Justiça para promover estudos e propor soluções com vista à simplificação da Lei de Execução Penal. Ex-membro do Conselho Diretor do Instituto Latino-americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente. Ex-Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ex-Magistrado do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. Ex-Secretário de Estado da Cultura.

### **PROF. DR. RICARDO LEHTONEN RODRIGUES DE SOUZA**

Doutorado em Genética pela Universidade Federal do Paraná (2001). Mestrado em Genética pela Universidade Federal do Paraná (1995). Graduação em Ciências Biológicas pela Universidade Federal do Paraná (1991). Atualmente é professor associado da Universidade Federal do Paraná, foi coordenador do Programa de Pós-Graduação em Genética de 2011 a 2015. Foi Presidente do Fórum de Coordenadores de Pós-Graduação da UFPR e membro do Conselho de Ensino e Pesquisa e Extensão. Tem experiência na área de Genética, com ênfase em Genética Humana e Médica, atuando principalmente nos seguintes temas: butirilcolinesterase, variabilidade genética, genética, diabetes, genética de populações, obesidade e doença de Alzheimer.

### **PROF. DR. ROLAND HASSON**

Doutorado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Mestrado em Direito Privado pela Universidade Federal do Paraná. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Procurador do Estado do Paraná, Professor Titular de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da PUC/PR – Graduação – Mestrado e Doutorado. Ex-vice-presidente de assuntos institucionais da GVT. Autor de referenciais obras jurídicas. Apontado dentre os 'Advogados Mais Admirados do Brasil' pela Revista Análise Advocacia 2016.

### **PROF. DR. RUI FERNANDO PILOTTO**

Doutorado em Genética pela Universidade Estadual de Campinas (1991). Mestrado em Genética pela Universidade Federal do Paraná (1973). Graduação em Medicina pela Universidade Federal do Paraná (1983). Graduação em História Natural - Biologia pela Universidade Federal do Paraná (1969). Atualmente é Professor Associado IV do Departamento de Genética do Setor de Ciências Biológicas da Universidade Federal do Paraná. Professor e Coordenador das Disciplinas BG-020 Genética Médica - Optativa - Medicina; BG-033 Temas Especiais de Genética Aplicados à Psicologia - Optativa - Psicologia; BG-037 Genética e Evolução - Medicina - Obrigatória. Responsável pelo Serviço de Genética Médica do Hospital de Clínicas da UFPR. Diretor Científico da Fundação Ecumênica de Proteção ao Excepcional (FEPE), onde é realizado o Teste do Pezinho do Estado do Paraná. Coordenador Nacional de Prevenção e Saúde da Federação das Apaes do Estado do Paraná

(2012-). Vice-Coordenador do Curso de Medicina da UFPR (2012-). Tem experiência na área de Genética Médica e Clínica, com ênfase no Aconselhamento Genético.

#### **PROFA. DRA. SARA PETROCCIA**

Research Fellow - Ph.D - Gabriele d'Annunzio University, Chieti- Pescara, Italy. Department of Psychological Science, Health and Territory. Research Interest: Globalization, Multiculturalism and International Migration, Citizenship and Identity, Development Model and Policies for Sustainability. Medal, awarded by the President of Italy, for the studies and the support to ethnolinguistic minorities through Ethnoi Festival. Membership in Professional Associations: World Complexity Science Academy, Chief Communications Officer; International Sociological Association – ISA, Member; Membro dell' European Sociological Association –ESA, Member; Membro dell'Associazione Italiana di Sociologia – AIS, Member; Società Linguistica Europea - SLE, Member. Lee Iacocca Foundation, Lehigh University, PA –USA, Global Village on the Move Programme, Director, 2012.

#### **PROF. DR. SERGIO ODILON NADALIN**

Doutorado em História e Geografia das Populações - Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (1978). Mestrado em História pela Universidade Federal do Paraná (1975). Graduação em História (Licenciatura) pela Universidade Federal do Paraná (1966). Atualmente é Professor do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal do Paraná, membro da Associação Paranaense de História, da Associação Nacional de História, da Asociación Latinoamericana de Población, da Associação Brasileira de Estudos Populacionais, da Societe de Demographie Historique e da Union Internationale pour l'Etude Scientifique de la Population. Sua experiência na área de História prioriza a História das Populações, atuando principalmente nos seguintes temas: história social da população, crítica de fontes paroquiais, regimes demográficos no passado, imigração germânica, processos de nomeação e história da família com ênfase nas metodologias oriundas da demografia histórica.

#### **PROF. DR. SIDNEY GUERRA**

Pós-Doutorado pelo Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra e Pós-Doutorado pelo Programa Avançado de Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PACC/UFRJ). É Doutor, Mestre e Especialista em Direito. Professor Associado da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Professor de diversos Programas de Doutorado e Mestrado, Nacionais e Internacionais, e professor convidado do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), tendo, ainda, lecionado em diversas instituições jurídicas nacionais, a exemplo da Escola Superior do Ministério Público Federal, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e de várias Universidades estrangeiras: Universidade Interamericana de Porto Rico, Universidade Católica de Córdoba, Universidade de Burgos e também na Universidade de Havana. Autor renomado.

**PROF. DR. TÁRSIS NAMETALA SARLO JORGE**

Doutorado e mestrado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, com especialização em Direito Previdenciário. Procurador Federal de Categoria Especial da Advocacia Geral da União. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros, integrante da Comissão de Seguridade Social. Professor, Palestrante e Conferencista.

**PROF. DR. TEÓFILO MARCELO DE ARÊA LEÃO JÚNIOR**

Pós-doutorado em Direito pelo Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2015). Doutorado pela ITE - Instituição Toledo de Ensino de Bauru (2012). Mestrado pela PUC - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001). Graduação (1996) no UNIVEM - Centro Universitário "Eurípides Soares da Rocha" de Marília-SP. Vice-coordenador do Mestrado (2013), Professor do Mestrado (2012), Professor da Graduação (1999). Advoga desde 1996.

**PROFA. DRA. VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR**

Doutorado em Direito do Estado pela PUC-SP. Mestrado em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Especialização em Direito Processual Civil pela PUCAMP. Coordenadora e Professora do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

**PROF. DR. WAGNER MENEZES**

Pós-doutorado (Universidade de Pádova - Itália). Doutorado (USP). Mestrado (PUCPR). Livre-Docente (USP). Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, no programa de graduação e pós-graduação em Direito. Realizou pesquisa e estágio junto ao Tribunal Internacional Sobre Direito do Mar - Hamburgo, Alemanha - ITLOS (2007). Atualmente é árbitro do Tribunal do Mercosul (Protocolo de Olivos) - Presidente da ABDI - Academia Brasileira de Direito internacional; Coordenador do Congresso Brasileiro de Direito Internacional; Membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional - Diretor executivo da Sociedade Latino Americana de Direito Internacional (SLADI). Editor-Chefe do Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (Revista jurídica fundada em 1915) e dirige junto a Universidade de São Paulo o Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais - NETI.



## AUTORES PARTICIPANTES

Ana Carolina Olsen  
Ana Cleusa Delben  
Ana Cristina Lemos Roque  
Ana Flávia de Andrade Nogueira Castilho  
Angélica Grandas Ferrand  
Ana Luiza Godoy Pulcinelli  
Antônio César Bochenek  
Archimedes Dias Neto  
Bruna de Oliveira da Silva Guesso Scammanhã  
Bruno Giovannini de Paulo  
Caio César Tenório Garé  
Delamar José Volpato Dutra  
Edgardo Torres López  
Edinilson Donisete Machado  
Eduardo Tozzini  
Edwin Figueroa Gutarra  
Everson Aparecido Contelli  
Fabio Fernandes Neves Benfatti  
Fabiola Orlando  
Felipe Ryuji Coimbra Miyamoto  
Fernando Henrique da Silva Horita  
Flávio Pierobon  
Gilberto Passos de Freitas  
Ilton Garcia da Costa  
Ivana Nobre Bertolazo  
Ivanaldo Santos  
Jaime Cubides Cárdenas  
João Angelo Barbosa Lima II  
João Carlos Fazano Sciarini  
Jorge Isaac Torres Manrique  
José Rodolfo Castelo de Rezende  
José Eduardo Lourenço dos Santos  
Juan Marcelino González Garcete  
Júlio César Michelucci Tanga  
Kaline Ferreira Davi  
Lara Bianca Stefano

Larissa Delle Siquinelli  
Larissa Leandro Lara  
Lucas Antonio Saran  
Lucas Ruiz Balconi  
Luis María Palma  
Luiz Ismael Pereira  
Luma Gomes Gândara  
Marco Antonio Turatti Junior  
Manuel Jaén Vallejo  
Maria Aparecida Gagliardi  
Maria Cristina Müller  
Mariana Piovezani Moreti  
Mariane Miguel  
Matheus Conde Pires  
Nathan Barros Osipe  
Oscar G. Barrientos Jiménez  
Paolo Ceconi  
Patricia Diógenes de Melo  
Rafael José Nadim de Lazari  
Rafaela de Oliveira Tomba  
Renan Cauê Miranda Pugliesi  
Ricardo Pinha Alonso  
Ricardo Bispo Razaboni Junior  
Roberto da Freiria Estevão  
Roberto M. Pagêsa  
Rogério Cangussu Dantas Cachichi  
Romina Florencia Cabrera  
Silmara Veiga de Souza  
Teófilo Marcelo de Área Leão  
Tiago Cappel Janini  
Vera Cecília de Arantes Fernandes Costa  
Vladimir Passos de Freitas

### DEPOIMENTOS

Gino Marco Torres Orihuela  
Milton Miranda Paredes

### APOIO ACADÊMICO



GP CERTOS

**D**iFuSo