

HANDEL MARTINS DIAS
ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO
EDUARDO ANDRÉS VELANDIA CANOSA
Organizadores



IV Congresso Mundial
de Justiça Constitucional

ANAIS DO IV CONGRESSO MUNDIAL DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

**Justiça Constitucional e os Direitos
Fundamentais de Terceira Dimensão**

Prefácio do Professor Paulo Bonavides

VOLUME 1



DIALÉTICA
EDITORA



**ANAIS DO IV CONGRESSO MUNDIAL
DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL
VOLUME 1**



DIALÉTICA
EDITORA

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia

André Luís Vieira Elói

Bruno de Almeida Oliveira

Bruno Camilloto Arantes

Bruno Valverde Chahaira

Cintia Borges Ferreira Leal

Flavia Siqueira Cambraia

Frederico Menezes Breyner

Jean George Farias do Nascimento

José Carlos Trinca Zanetti

José Luiz Quadros de Magalhães

Leonardo Avelar Guimarães

Ligia Barroso Fabri

Luiz Carlos de Souza Auricchio

Marcelo Campos Galuppo

Marcos Vinício Chein Feres

Maria Walkiria de Faro C. G. Cabral

Marilene Gomes Durães

Rafael Alem Mello Ferreira

Rafael Vieira Figueredo Sapucaia

Rayane Araújo

Régis Willyan da Silva Andrade

Renata Furtado de Barros

Robson Araújo

Rogério Nery

Vitor Amaral Medrado

**HANDEL MARTINS DIAS
ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO
EDUARDO ANDRÉS VELANDIA CANOSA**
Organizadores



IV Congresso Mundial
de Justiça Constitucional

ANAIS DO IV CONGRESSO MUNDIAL DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

**Justiça Constitucional e os Direitos
Fundamentais de Terceira Dimensão**

Prefácio do Professor Paulo Bonavides

VOLUME 1



Copyright © 2020 by Editora Dialética Ltda.
Copyright © 2020 by Handel Martins Dias, Anizio Pires Gavião Filho, Eduardo
Andrés Velandia Canosa.

Todos os direitos reservados

Capa: Giovana Acciarini
Diagramação: Giovana Acciarini

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A532c Anais do IV Congresso Mundial de Justiça Constitucional : justiça constitucional e os direitos fundamentais de terceira dimensão / organização Handel Martins Dias, Anizio Pires Gavião Filho, Eduardo Andrés Velandia Canosa; prefácio Paulo Bonavides. – Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.
456 p. – (Coleção ; v. 1)

Inclui bibliografia.
ISBN 978-65-5877-449-5

1. Justiça Constitucional. 2. Direitos Fundamentais. 3. Terceira Dimensão. I. Dias, Handel Martins. II. Gavião Filho, Anizio Pires. III. Canosa, Eduardo Andrés Velandia. IV. Série.

CDD 323

CDU 342.7

Ficha catalográfica elaborada por Mariana Brandão Silva CRB-1/3150



DIALÉTICA
EDITORA

f /editoradialetica
@editoradialetica

www.editoradialetica.com



CONSELHO ADMINISTRATIVO
Fábio Roque Sbardello - Presidente
Luciano de Faria Brasil - Vice-Presidente
Gilberto Thums - Secretário
Alexandre Lipp João - Representante do Corpo Docente

DIREÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO
Gilberto Thums

COORDENADOR DO CURSO DE MESTRADO EM DIREITO
Anizio Pires Gavião Filho

COORDENADOR DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
Luis Augusto Stumpf Luz

CONSELHO EDITORIAL
Anizio Pires Gavião Filho
Fábio Roque Sbardello
Guilherme Tanger Jardim
Luis Augusto Stumpf Luz





ASSOCIAÇÃO MUNDIAL DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

COMITÊ EXECUTIVO

Eduardo Andrés Velandia Canosa
Presidente

Patricio Maraniello
Vice-Presidente Geral

Luis-Andrés Cucarella Galiana
Vice-Presidente para a Europa

Nelson Arturo Ovalle Díaz
Vice-Presidente para a América Anglo-Saxônica

Vicente Fernández Fernández
Vice-Presidente para a América Central e América do Norte

Handel Martins Dias / Pablo Darío Villalba Bernié
Vice-Presidentes para a América do Sul

Alfonso Jaime Martínez Lazcano
Vice-Presidente de Pesquisa

René Moreno Alfonso
Secretário-Geral

Alinne Cardim Alves
Secretária-Adjunta

Diana Johanna Beltrán Grande
Tesoureira e Diretora Executiva



Ao eterno *Professor Paulo Bonavides*

(★ 10/05/1925 - † 30/10/2020)



APRESENTAÇÃO

De 28 a 30 de agosto de 2019, foi realizado em Porto Alegre o IV Congresso Mundial de Justiça Constitucional, organizado pela Associação Mundial de Justiça Constitucional em conjunto com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. Pela primeira vez realizado no Brasil – as edições anteriores foram na Cidade do México (2013), Buenos Aires (2015) e Bolonha (2017) –, o Congresso Mundial de Justiça Constitucional constitui um dos principais eventos acadêmicos internacionais e homenageou, na sua quarta edição, o jurista e cientista político brasileiro Paulo Bonavides. Nascido em Patos, na Paraíba, o Professor Paulo Bonavides é um dos maiores constitucionalistas da história do Brasil. Autor de inúmeras obras e consagrado internacionalmente, Paulo Bonavides consolidou um pensamento que influenciou estudos de Direito Constitucional por todo o mundo.

Tendo como tema central a Justiça Constitucional e os direitos fundamentais de terceira dimensão, o IV Congresso Mundial de Justiça Constitucional contemplou dez eixos temáticos: 1) Justiça Constitucional e o direito ao desenvolvimento; 2) Justiça Constitucional e o direito à paz; 3) Justiça Constitucional e o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade; 4) Justiça Constitucional e o direito ao meio ambiente; 5) Justiça Constitucional e o direito de comunicação; 6) Justiça Constitucional e o direito de autodeterminação dos povos; 7) Justiça Constitucional e o direito do consumidor; 8) Direitos Fundamentais e políticas públicas; 9) Garantias processuais para a proteção de direitos transindividuais; e 10) Justiça Constitucional e os litígios estruturais. Para cada eixo temático houve painel com conferências de grandes nomes da Justiça Constitucional, no País e no mundo, e grupo de trabalho para comunicações orais de pesquisas selecionadas pelo sistema *double blind peer review*.

Nos três dias ocorreram profícuas reflexões e debates em torno da tutela dos direitos fundamentais de terceira dimensão nos painéis e grupos de trabalho do IV Congresso Mundial de Justiça Constitucional. Foram mais de 50 conferências (31 delas de professores estrangeiros) e 70 comunicações orais de pesquisadores estrangeiros e brasileiros nos grupos de trabalho, além de uma mostra internacional em que estudantes apresentaram pesquisas científicas no âmbito dos eixos temáticos do evento. Entre conferencistas, presidentes de mesa, relatores, coordena-

nadores de grupos de trabalhos e comunicadores orais foram mais 140 congressistas para um público aproximado de 600 participantes. Todas as atividades acontecerão no Auditório da Fundação Escola Superior do Ministério Público, no Auditório do Prédio II do Foro Central de Porto Alegre, no Auditório da OAB/RS Cubo e nos auditórios Mondercil Paulo de Moraes, Marcelo Küfner e do Palácio do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Esta obra visa a recuperar e difundir, na forma de anais, algumas das valiosas pesquisas apresentadas no IV Congresso Mundial de Justiça Constitucional.

Uma excelente leitura a todos!

Porto Alegre, 23 de abril de 2020.

Prof. Dr. **Handel Martins Dias**
Presidente do Comitê Organizador do IV CMJC

Prof. Dr. **Anizio Pires Gavião Filho**
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP

Prof. Dr. **Eduardo Andrés Velandia Canosa**
Presidente da Associação Mundial de Justiça Constitucional

PREFÁCIO¹

1 - A REPOLITIZAÇÃO DA LEGITIMIDADE

À despolitização da legitimidade no século XX pelos juspositivistas europeus do continente, sucede no século seguinte a repolitização, ora em curso, por obra de juristas que na doutrina fazem prevalecer, debaixo da inspiração de Konrad Hesse, Peter Häberle, Theodor Viehweg, Friedrich Müller, Alexy, Dworkin e outros, a força normativa dos princípios sobre as regras, da legitimidade sobre a legalidade, das Cartas juridicizadas sobre as Cartas programáticas, da Nova Hermenêutica sobre a Velha Hermenêutica, das Constituições sobre os Códigos.

Afigura-se-nos portanto que a partir desse pensamento transformador e regenerador, incorporado à evolução axiológica do direito, toda a linha de pesquisa que porventura se venha traçar a esse respeito, há de volver-se para a investigação das diretrizes, do espírito, da substância, da materialidade e das metamorfoses acima referidas.

Assinalam elas, por conseguinte, o advento duma nova era de constitucionalidade e legitimidade na teoria do estado e do direito.

Distinta, obviamente, dos moldes teóricos e clássicos da proposta liberal dos séculos XIX e XX; proposta já destituída de cabimento no XXI século, depois de tantos avanços, aperfeiçoamentos e progressos na ciência da constituição.

Há algum tempo, escrevemos texto acerca da teorização neutralista da legitimidade, o qual não perdeu presença porquanto faz parte duma reflexão jusfilosófica, de raízes históricas e doutrinárias mais profundas, sobre o declínio do influxo positivista no aperfeiçoamento e evolução do Direito e do Estado.

Constou de artigo publicado na revista “O Direito”, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, intitulado “A Despolitização da Legitimidade” e traduzido ulteriormente para o alemão por Friedrich Müller, constitucionalista e filósofo do Direito, ex-Diretor e Decano da Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg.

A publicação na Alemanha se deu por 1996, pela revista “Der Staat”.

1 Texto enviado pelo Prof. Paulo Bonavides ao Comitê Organizador do IV Congresso Mundial de Justiça Constitucional em 27/08/2019 sob o título “A repolitização da legitimidade” para fins de prefácio dos anais do evento.

Do mesmo artigo, houve também tradução italiana, por iniciativa do Professor Doutor Michele Carducci, da Universidade de Lecce na Itália, onde o mesmo coordena a coleção de traduções da instituição.

A revolução principiológica redundou na fecunda renovação dos paradigmas constitucionais qual se depreende da obra daqueles ilustrados constitucionalistas a que já nos reportamos.

Expressam eles, com extrema evidência e vivacidade, um corpo de ideias que trazem em gestação o fenômeno novo da repolitização da legitimidade.

Com ela se define a nova era constitucional do XXI século, vazada de valores éticos, sociais, emancipadores e humanitários, cuja concretização em âmbito jurídico tem por centro de gravidade a elevação material e moral do ser humano por obra da justiça social. Esta se apresenta como única força capaz de reconciliar as classes e formar com solidez a consciência duma solidariedade inabalável, permanente e universal.

2 - A REAÇÃO AO POSITIVISMO PELA TEORIA MATERIAL DA CONSTITUIÇÃO

A marcha rumo a essa repolitização, de que ora nos ocupamos, começou desde a vigorosa e triunfante reação da teoria material da Constituição às concepções puramente formalistas do Direito, esposadas pelas escolas do positivismo do século passado.

Com efeito, em batalha contra o positivismo formalista destacou-se bastante na orla constitucional da Europa o contributo dos precursores suíços da nova teoria material da Constituição, do modo como ela se vem elaborando, por derradeiro, na presente época constitucional de prevalência normativa dos princípios.

Essa época representa a nota marcante à volta da qual caminham e se desenvolvem os estudos a que se afeiçoa o século em curso, tocante ao grau de progresso e aos avanços qualitativos e irremissíveis do Direito Constitucional contemporâneo.

A essa suma e douta conclusão parecem chegar com razão e percuciência os grandes publicistas e luminares de nosso tempo.

3 - ATUALIDADE DO PROBLEMA DA LEGITIMIDADE

Em virtude do exposto, para bem entender a matéria pertinente aos novos rumos que mudam ou parecem mudar o eixo do pensamento jurídico, faz-se mister volver à temática da legitimidade.

Esta será sempre, em termos inquestionáveis, a eterna praça onde se ferem porfiosas pugnas em pró da fundação duma sociedade justa e humana, de compreensão e consolidação do direito e da justiça, conforme ao que determina a linha de universalidade e humanismo, traçada e vislumbrada em horizontes políticos, jurídicos e sociais de nosso tempo.

Este, pois, o espírito que anima e perpassa a reconciliação da legitimidade, dantes despolitizada com a democracia, doravante posta por via principal e axiológica na tela da legitimidade, acomodada a sua versão histórica mais recente que a repolitizou.

Daí promanam ainda distintas considerações acerca dos fundamentos em que assenta o fenômeno contemporâneo da repolitização, porquanto esse fenômeno retrata a nova idade constitucional que ora se descortina, assinalando a publicização do direito, a aurora do Estado Social, a ascensão dos princípios constitucionais ao grau máximo de normatividade, a construção de alicerces sólidos sobre cimentos de justiça e liberdade, bem como a formação de nova teoria material da Constituição, de que igualmente nos ocuparemos ao decurso da análise e exposição de pontos relevantes do presente ensaio.

4 - O DECLÍNIO DO FORMALISMO POSITIVISTA

O declínio do positivismo clássico peculiar à velha tradição liberal das Constituições e dos Códigos do século XIX, deu continuidade no século passado ao desprestígio da doutrina formalista de Kelsen e da Escola de Viena.

Com efeito, o pensador austríaco levava aos derradeiros limites a despolitização da legitimidade, conforme dantes assinalamos em artigo estampado pela revista “Der Staat”, da Alemanha.

A ressurreição temática desse fator de sustentação do poder ao decurso do século XXI resultou grandemente de sua repolitização, tornada imperativa desde o começo da era da normatividade, graças à elevação

dos princípios ao ápice da pirâmide jurídica; consequência superlativa do constitucionalismo contemporâneo.

A exaustão do prestígio auferido pelo formalismo, seguido do procedimentalismo não menos formal, despolitizou, por inteiro, a legitimidade, ao mesmo passo que decretou o termo da hegemonia do positivismo clássico, encanecido, debilitado e frouxo.

Ocorreu então momento de irremediável decadência positivista provocada em grande parte pela reação de duas correntes de oposição e renascimento jusfilosófico, ambas em busca de solução para o problema da legitimidade; problema de todos os séculos, de todas as civilizações, de todas as formas de governo, de todas as modalidades públicas de exercício do poder, de todas as sociedades humanas.

5 - A RESSURREIÇÃO PÓS-JUSNATURALISTA DOS VALORES

As duas correntes a que ora nos reportamos surgiram respectivamente na Suíça e na Alemanha.

Na Suíça, com a teoria material da Constituição, propugnada pela escola de Zurique.

Na Alemanha, pela reação casuística da Tópica, seguida do levante densamente culturalista e axiológico daquela geração de constitucionalistas da época pós-weimariana, capitaneada por Konrad Hesse, partindo da linha precursora do pensamento jurídico e antiformalista de Rudolf Smend.

Nela sobressaem também nomes do estofe e estatura de Friedrich Müller, Peter Häberle, Martin Kriele e tantos outros, autores duma ação renovadora, profundamente inspirada de valores e princípios, fadada a recolocar a legitimidade, reformada desde as bases, no pedestal donde o positivismo dantes a retirara, ou seja, aquele pedestal em que resplandecera a luz que iluminou as primeiras constituições e os primeiros códigos da idade liberal, no auge de sua expansão e vigência em ordenamentos jurídicos do Velho Mundo.

6 - OS PRINCÍPIOS E SUA IMPORTÂNCIA NA REPOLITIZAÇÃO DA LEGITIMIDADE

Os princípios, de último, entraram assim na elaboração contemporânea dos Códigos tanto quanto das Constituições, qual espelho fiel do espírito e da doutrina que os rege.

Vale, por conseguinte, reproduzir abaixo excertos duma obra de nossa autoria, ilustrativos dessa asserção.

Isto a fim de demonstrar a necessidade imperiosa que houve de justificar a trasladação dos princípios, no constitucionalismo deste século, das esferas abstratas da doutrina para a pauta normativa das Leis Magnas, onde já auferem, ao longo da era renovadora do pós-positivismo, a mais subida e proclamada eminência de juridicidade.

Aliás foi durante a segunda fase de teorização principiológica que isto aconteceu.

Durante a primeira fase predominou, sob o influxo francês, a incorporação meramente programática dos princípios à racionalidade jusnaturalista, revolucionária e metafísica de fins do século XVIII, por onde se gerou a teoria do poder constituinte.

Daí deriva a supremacia política e social do estamento burguês (supremacia aliás levantada sobre as ruínas do “ancien régime”) que sepultou no túmulo da história a monarquia absoluta e o esvaziado poder das aristocracias submissas, desde o ocaso da idade média quando deixaram de ser cidadelas e redutos duma organização social iníqua, injusta e decrépita.

Durante o eclipse juspositivista dos princípios, correspondente à era dos códigos, a Velha Hermenêutica os reduziu a fonte normativa meramente subsidiária, secundária, ou segundo Gordillo Canas, a “válvula de segurança, que garante o reinado absoluto da lei”, como expressão de pura legalidade sem rastros ou vestígios de ponderação legitimante.

Em seguida, porém, restaurou-se-lhe a dignidade dantes perdida, usufruída apenas com efemeridade no século de Voltaire, época em que inspirou outrossim as duas cartas constitucionais da Revolução (1791 e 1793).

Mas o primado normativo dos princípios somente veio a ocorrer ao alvorecer da contemporaneidade, passado o interregno positivista daquela legalidade cujo lastro de legitimidade se exaurira, até diluir-se em formalismo puro.

Consumou-se a partir daí, nas letras jurídicas, a queda duma he-

gemonia, e o termo do período constitucional de desprezo do positivismo aos princípios.

Em seguida, o pós-positivismo os ergueu a altitudes normativas nunca dantes alcançadas, conforme se depreende dos excertos de nossa lavra abaixo reproduzidos:

De antiga fonte subsidiária de terceiro grau nos Códigos, os princípios gerais, desde as Constituições da segunda metade do século XX se tornaram fonte primária de normatividade, introduzindo do mesmo passo no corpo da ordem jurídica os valores supremos à volta dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências da sociedade constitucional.

Os princípios são, por conseguinte, valores constitutivos daquela faculdade de aferir os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada.

As Constituições fazem no século XX o papel dos Códigos no século XIX: uma espécie de positivação do Direito Natural, não pela via racionalizadora da lei, enquanto expressão da vontade geral, mas por meio dos princípios gerais, incorporados na ordem jurídica da constituição, onde logram a seguir valoração de norma de grau superlativo, ou não menos significativo, adquirem qualidade de instância juspublicística primária, sede de toda a legitimidade do poder. Isto, por ser tal instância, como espelho do sistema, a mais consensual de todas as interposições doutrinárias que se estabelecem entre o Estado e a Sociedade.

7 - A ERA PRINCIPIOLÓGICA NO PROCESSO DE REPOLITIZAÇÃO DA LEGITIMIDADE

É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural quanto a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo sofrendo golpes profundos e devastadores e padecendo críticas lacerantes, derivados da reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard.

Sua obra contribui valiosamente com traços originais para caracterizar o ângulo novo da normatividade atribuída aos princípios.

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa propensão, mercê da valorização dos princípios como normas-chaves de toda a organização jurídica; nor-

mas das quais se retirou o conteúdo de programa; normas que perderam a capacidade de neutralizar a eficácia das constituições em seus valores referenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais.

8 - PRINCÍPIOS, ESTADO DE DIREITO E ESTADO SOCIAL

Observar princípios significa portanto manter vivas na Constituição suas profundas raízes de verdade, latitude, alcance e legitimidade.

Designadamente tal acontece quando os princípios sobem, consoante já assinalamos, ao degrau mais alto das Cartas Magnas e dilatam a supremacia de sua força normativa a atos derivados da vontade dos poderes constituídos, a saber, daqueles que legitimamente, na configuração política, representam e governam a sociedade.

Os princípios na acepção em que aqui os tomamos têm supostamente a juridicidade da razão, a mesma que em esferas abstratas fez legítimas as primeiras Constituições do contrato social.

Em rigor, as fórmulas da liberdade já não são unicamente as da Constituição do Estado de Direito clássico, senão, em dimensão superior, as do Estado de Direito contemporâneo, o qual incorpora ao sistema da Constituição, com preponderância normativa, princípios e valores, tais como a igualdade, a justiça, a solidariedade- e porque não dizer também?- o mandamento dos mandamentos, que é aquele contido e cifrado na nobreza moral do ser humano, na indestrutível dignidade de que é dotada.

Essa dignidade patrocina os direitos fundamentais de todas as gerações, e faz incomparavelmente firme, sólido e majestoso o edifício da normatividade principiológica ao decurso da madrugada constitucional do século XXI.

9 - A NOVA HERMENÊUTICA E A REPOLITIZAÇÃO DA LEGITIMIDADE

Em nota às Bases Doutrinárias do Anteprojeto do Código de Processo Constitucional da Ordem dos Advogados do Brasil, escrevemos a certa altura o seguinte:

A partir do novo campo interpretativo criado pela Nova Hermenêutica poder-se-á dizer, com plena convicção e apoio na realidade, que faz também a lei quem a interpreta e aplica.

Com efeito, isso pode acontecer em alguns ensejos e sistemas

quando a Corte Constitucional cria o direito na operação hermenêutica.

Ocorrendo tal hipótese, o tribunal exerce papel legislativo de exceção e levanta a voz como supremo guardião do regime e das instituições.

A vida sempre revoga as leis que não acompanham as transformações da sociedade. A evolução é invariavelmente um passo adiante.

Não se pode, por exemplo, deprimir a importância capital da Nova Hermenêutica se quisermos com rigor desvendar a natureza e evolução do Direito, que na doutrina deixou de ser desde muito a pugna do direito natural com o direito positivo; aquele duelo de muitos séculos cuja razão de ser já se perdeu, já se extinguiu, já desapareceu nas trevas do passado.

Tinha sobeja razão o decano da Faculdade de Direito de Harvard, o egrégio sociólogo e jurista Roscoe Pound quando disse que ‘a vida é um processo de mudança, e a lei que há-de governá-la deve mudar com ela’.

A reflexão de Pound afigura-se-nos perfeita, de suma pertinência, em virtude de patentear como a sociologia do direito ministra a lição que nos faz entender melhor a revolução fecunda, silenciosa, paulatina operada com a metamorfose das instituições políticas em sua caminhada rumo à consolidação da democracia e à maioria do Estado de Direito elevado ao grau de Estado Social.

10 - EVOLUÇÃO, REVOLUÇÃO E LEGITIMIDADE RESTAURADA

Pode ter aparência de paradoxo, mas consoante determinado ponto de vista a revolução nem sempre é antítese da evolução.

Portanto, num certo sentido, a evolução mesma se converte em revolução; lenta, silenciosa, muda, dispondo de meios e força imperativa bastante para levar a efeito, com feliz resultado, em meio às maiores vicissitudes, grandes e profundas transformações, que podem assinalar a passagem dos tempos e as alterações da vida na dinâmica das relações humanas.

A evolução se nos afigura bastante poderosa, e não raro, por instinto social, tanto conserva quanto altera de maneira adaptativa e ordenada o semblante das instituições. E, se for o caso, decreta mudanças, remove o entulho da tradição, renova ideias, reforma costumes, proclama distintos valores de civilização, progresso, desenvolvimento e pluralismo, fatores e elementos que regem a organização da sociedade e do poder.

Sobre o alicerce dessas premissas, largamente axiológicas, culturalistas e sociológicas, poder-se-á erguer o edifício duma democracia da liberdade e, ao mesmo passo, repolitizar a legitimidade e fundar a nova

ordem material de governos livres, fundadores da idade do constitucionalismo aberto.

As determinantes negativas e devastadoras da crise que assola as nações deixam contudo pensadores e publicistas esmorecidos, nas porfias da justiça e da liberdade.

O pessimismo invade a alma dos povos, de último acorrentada ao medo e ao pressentimento lúgubre duma catástrofe mundial.

Sem ordem, sem liberdade, sem paz, sem justiça, sem sacralidade da moral, sem harmonia de poderes, sem sacrifícios patrióticos, sem a formação da consciência republicana de repulsa e combate aos degenerados da corrupção e aos corruptos da improbidade administrativa; sem fidelidade nacional de governantes e governados aos mandamentos constitucionais; sem controle de constitucionalidade pelos missionários togados da Suprema Corte; jamais será o Brasil uma república livre e democrática.

E se isto malograr, os governantes da república desmaiada, pálida, desonrada, desfalecida poderão amanhã correr o risco do estigma, do anátema, da maldição das gerações porvindouras. O futuro nem sempre perdoa o passado, assim como o presente nem sempre se preocupa com o futuro.

11 - DEMOCRACIA E LEGITIMIDADE

Em certa ocasião de nossa fala e protesto contra a anulação do controle difuso de constitucionalidade no país, asseveramos que esse controle era em si magistério e escola onde juízes de primeira instância aprendiam a ler com mais frequência, e a interpretar, com mais familiaridade, rigor, e exação científica os preceitos da constituição.

Tudo, obviamente, acrescentávamos, fundado num raciocínio jurídico hermenêutico, aberto ao influxo de valores e princípios, que, de último, compõem os alicerces da concepção coeva do Direito.

Concepção, maiormente, esteada em termos de legitimidade axiológica e promotora da queda de preponderância do positivismo do século XIX.

Assinalávamos que, à ausência de legitimidade, sobrerrestava tão somente a força e a coação, jamais o direito e a justiça.

Acostado a um inviolável conteúdo de equidade, igualdade e liberdade; unicamente aquele direito faria a segurança das instituições populares e a energia constitucional dos poderes abertos e pluralistas da democracia do século XXI.

Tais poderes deviam manter-se, de conseguinte, fiéis à linha de

nossas aspirações políticas e sociais de nacionalidade.

O constitucionalismo da legitimidade- deixávamos perfeitamente patente- não admitia portanto a contrafacção duma política, como costumava acontecer, que lhe desvirtuasse a missão tutelar, minasse o contrato social, debilitasse a razão democrática do regime, submetesse o sistema a pressões inidôneas do Poder Executivo, rebaixasse o papel desempenhado pela jurisdição constitucional; enfim instituísse um falso constitucionalismo de submissão, sujeito a tornar em certa maneira mais agudas, mais frequentes, mais tormentosas as crises e mais graves as contradições da ordem governante.

É nesse quadro escuro que o Supremo Tribunal Federal, guarda da Constituição, senhor derradeiro e legítimo do controle de constitucionalidade, opera como instância máxima do judiciário, de salvaguarda, de intérprete superior da lei, de legislador constituinte potencial de primeiro grau e a partir daí, excepcionalmente concentrador e executor do poder minoritário de decisão hegemônica e soberana, em perfeita consonância e harmonia com seu papel de guardião e tutor do princípio da separação de poderes; esteio e base da organização do estado livre e democrático de direito. Acastelado no princípio da separação de poderes, esse estado é a antinomia do absolutismo e da autocracia.

12 - HANS KELSEN, ENTRE OS REPOLITIZADORES DA LEGITIMIDADE

Feita a antecedente digressão de natureza introdutória, passamos à parte teórica do fenômeno da repolitização tomando por objeto a inserção de Hans Kelsen entre os repolitizadores da legitimidade, repolitização que é o tema central deste escrito.

Mais uma vez o juriconsulto austríaco se faz objeto de nossas cogitações ao nos ocuparmos de sua presença como teórico material da Constituição vista pelo prisma da repolitização da legitimidade.

Expoente máximo do formalismo jurídico, propugnador da teoria pura do direito, ficou Kelsen até aos dias correntes oculto e desconhecido noutra vertente doutrinária da obra jurídica que nos legou. Vertente aliás de suma importância.

Em razão disso torna-se de todo o ponto indeclinável a reparação póstuma a essa singular omissão crítica de quantos já se ocuparam, com zelo e assiduidade, desse autor e de sua concepção do Direito e do Estado.

Em ensaio recente, por publicar, observamos o descuido ocor-

rido mostrando que ninguém, segundo nos consta, ao revolver o acervo de ideias de Kelsen, se depara ali com um dos pensadores mais graves e capacitados em elaborar a teoria material da Constituição, da maneira como ela veio a prevalecer no século XXI.

Kelsen mesmo numa interlocução com Triepel em Viena pelo ano 1928, numa assembleia de constitucionalistas reprovou quem o tomava por desafeto daquela teoria. E ao mesmo passo se confessou adepto da mesma por afigurar-se-lhe que as duas correntes não colidiam por correrem paralelas: o formalismo puro e a materialidade constitucional.

As provas, na linha da verdade e da sinceridade kelseniana, vieram aliás robustas, irrefutáveis, triunfantes com a ideia original da criação de cortes constitucionais; com o controle concentrado de constitucionalidade; com o livro sobre o valor e a essência da democracia; com as preleções acerca de temas filosóficos; com a riqueza conceitual de seu debate polêmico e sociológico com Ehrlich; com a preponderância de sua tese sobre a guarda da Constituição em memorável polêmica ferida com Carl Schmitt e, por derradeiro, com sua inserção, influência e presença póstuma na elaboração e reconhecimento do elo que tem a posição por ele assumida, enquanto teorista da materialidade constitucional, com a repolitização da legitimidade e a nosso ver com a lei da evolução constitucional; lei que não se revoga, norma que não retroage, pensamento que não perde contemporaneidade.

13 - O KELSEN VIVO DA LEGITIMIDADE REPOLITIZADA

Pertence Kelsen à plêiade dos grandes juristas do passado, cujos escritos, investigados, expostos, festejados, combatidos ou seguidos por luminares do meio jurídico, marcaram a doutrina constitucional de distintas épocas, fundando escolas, filiando-se a correntes do racionalismo imperante, estudando de maneira minudente, copiosa, exaustiva o pouco ou quase nada que ainda resta por dizer e acrescentar acerca do pensamento clássico do direito.

Tocante a constitucionalistas célebres e este é o caso de Kelsen, perdura espaço vazio a ocupar, precisamente na ciência que o pensador versou investigou e expôs com mais destreza e acuidade, a saber, a ciência da constituição, por sem dúvida a mais espinhosa das ciências sociais em virtude de conjugar, em união indissolúvel e perpétua, o elemento político e o elemento jurídico.

Ambos indissociáveis, não sendo possível estabelecer a rigidez da separação em que malograram distintas e abalizadas figuras do mundo jurídico.

Contudo Hans Kelsen parece haver sido o jurisconsulto, por excelência proficiente, atilado e douto ao aliciar no meio jurídico adeptos e aliados, com fé de missionário, disposto a fazer tremular no campo de batalha a bandeira do formalismo jurídico, em toda a sua pureza e teor de normatividade.

Separar porém o jurídico do político na hermenêutica das Constituições se afigura tarefa fácil senão árdua e dificultosa por desfigurar, distorcer e quebrantar a unidade constitucional, imanente à natureza, à peculiaridade e à essência da Lei Orgânica do Estado.

Significa, por conseguinte, tocar de maneira violenta, cáustica e corrosiva num dos pontos em que o ciclo repolitizador da legitimidade se move teoricamente, inovando e rasgando estradas por onde o constitucionalismo do século XXI há de passar e trafegar incólume.

A repolitização da legitimidade abre assim horizontes que nos consentem asseverar que a doutrina das Cartas Magnas, prospera desde a fundação do Estado Moderno, desde Maquiavel que batizou a pólis com a originalidade do vocábulo Estado, do qual nunca se ocupou em ir a fundo, num mergulho capaz de mostrar com os documentos e as cartas orgânicas em confronto com a realidade, a íntima conexão com as instituições, em que foram parte decisiva na evolução dos sistemas políticos.

Mas essa omissão, geradora de lacunas, apesar de ter manifesta visibilidade, só alcançou grau de evidência após quatro séculos de vida acompanhando o percurso e a trajetória do Estado Moderno cuja legitimação constitucional já não dá lugar a controvérsias.

Daí falarmos em épocas, períodos, ou ciclos distintos ao elegermos por centro de referência e debate a legitimidade das Constituições, nomeadamente as do Estado liberal e as do Estado social.

Ao mesmo passo, cumpre ainda assinalar a esse respeito o singular papel representado por Kelsen.

Foi ele protagonista de duas fases históricas, de dois momentos constitucionais de inquestionável relevância: o da despolitização da legitimidade, em que, ao lado de Luhmann, aparece entre os derradeiros abencerragens duma causa perdida: a do formalismo, o último reduto da legitimidade despolitizada.

Ao primeiro momento sucede o segundo, cifrado na repolitização da legitimidade, que decretou a perda da hegemonia do Estado libe-

ral e o crepúsculo político do “terceiro estado”.

Com efeito, o “terceiro estado” (a burguesia) formou a coluna eletiva e vertebral de sustentação do corpo representativo e da classe vitoriosa na guerra ao radicalismo ideológico e jacobino da Revolução Francesa.

Foi o Estado liberal, sob esse aspecto, a idade de ouro do estado constitucional recém-implantado, do princípio da separação de poderes, do poder eletivo limitado, do compromisso antiabsolutista de salvaguarda da democracia incipiente, titubeante e rastejante, enfim, dos primeiros passos dirigidos à afirmação da soberania popular nas urnas do sufrágio universal.

14 - MATERIALIDADE CONSTITUCIONAL E REPOLITIZAÇÃO

Hans Kelsen, o pensador, congrega em si a tríplice dimensão de jurista, sociólogo e filósofo do Direito.

Fora dessa dimensão, difícil mensurar-lhe toda a grandeza, latitude e densidade de pensamento na obra desse jurisconsulto que tanto influxo exercitou e continua a exercitar em distintas esferas jurídicas da doutrina.

A visão de conjunto faz a sua obra indissociável do juízo de valor que se possa ter de sua produção tão vasta, tão profunda, tão densa e tão rica que logrou devassar espaços virgens da Ciência do Direito, mormente quando concebeu com irrefutável originalidade a Corte Constitucional e o controle concentrado de constitucionalidade.

Fez desse modo o Estado de Direito da Teoria Material da Constituição alcançar um de seus mais altos e expressivos triunfos históricos, aos quais veio somar-se, a nosso parecer, outro não menos importante.

O primeiro, a nosso ver, entende com a teoria voluntarista da hermenêutica jurídica; o segundo, com a materialidade da Constituição, com o cimento de seus alicerces, com a força normativa de suas cláusulas e preceitos.

De conseguinte, não deve ficar deslembado o segundo Kelsen, morto aos discípulos nos pontos acima referidos e morto também aos fanáticos do apostolado jusnaturalista; porém muito vivo, muito presente, muito atual, se o colocamos, de justiça, entre os autores que de modo efetivo contribuíram bastante, como precursores, para a repolitização da legitimidade.

O levantamento narrativo dos rumos e tendências mais à vista na ciência da constituição, depois da queda do positivismo, nos remete ao triunfo do neoconstitucionalismo contemporâneo, aquele que ampara as

análises e acompanha as reflexões subsequentes.

Como se vê, e nunca há demasia em recapitular, ao lado do Kelsen formalista puro é de justiça, na sentença da posteridade, assinalar e trazer a lume também o autor esquecido, o segundo Kelsen, que tanto ajudou a legislar em esfera científica o constitucionalismo de matéria e substância, não havendo portanto nesse tocante lugar para neutros, omissos e indiferentes quando não percebem a gestação jurídica da qual brotou o noviciado kelseniano da teoria material da Constituição.

A sagrada fronteira da Teoria Pura do Direito, à qual Kelsen mesmo, em erro difícil de corrigir, parece haver associado, com exclusividade, a fama e a glória de jurista imortal, não deve persistir como divisa que separa o jurisconsulto do universo que é a morada da humanidade, o lar das gerações presentes, passadas e futuras na caudalosa corrente dos tempos.

Urge, por conseguinte, em preito póstumo, reparar os danos espirituais e intelectuais derivados de metafísicos, antipositivistas e detraidores, que nunca compreenderam a pureza metodológica do fundador da Escola de Viena, e arruinaram considerável parte da sua doutrina, posto que assentada na lógica, na originalidade, no rigor das reflexões, e sobretudo na fecundidade criativa das suas faculdades de pensador exímio e profundo, de que já deu sobejas e irrefutáveis provas.

A força criativa do publicista de Viena não há de ficar pois relegada à sombra, ao silêncio, ao esquecimento, aos apedreus de crassa ignorância, de estreiteza de visão que não descobre nem distingue com exação os dois Kelsen: o formalista puro do direito e o precursor teórico da materialidade jurídica.

Com efeito, a glória que ele desfruta, compendiada na versão que o consagra gênio do direito, se nos afigura merecida, porquanto o jurisconsulto da Áustria deveras concorreu para a ciência do Direito subir a alturas, além do estratosférico, de todo imprevisíveis e inesperadas, e ao mesmo passo, invariavelmente fecundas e admiráveis, que lhe honram e perpetuam o nome e a memória.

O recolhimento passivo e neutro dos formalistas do positivismo obviamente nunca lhes consentiu atravessar a sagrada fronteira da Teoria Pura do Direito, à qual Kelsen mesmo— e este foi seu erro capital que se busca remediar!— associou unicamente o lustre, o realce, o respeito, a fama, a glória de jurista imortal.

Prosélitos passionais duma teoria cujo alcance e sentido não descortinavam, se alistaram na cruzada formalista do positivismo decadente para combater com crueza e fanatismo, vigor e energia, a teoria material da Constituição.

Cuidaram assim pugnar como tropa de linha e guarda imperial do purismo metodológico daquele que se lhes afigurava o sumo sacerdote do juspositivismo reformador. Grave e lastimável equívoco!

Tão infiéis discípulos apedrejavam o ídolo e não sabiam que o autor da Teoria Pura do Direito também professava com profunda convicção a teoria material da Constituição.

O depoimento de Kelsen no duelo verbal com Triepel e Heller em 1928 a que já nos reportamos noutra ensaio atesta que na doutrina kelseniana sobre a Constituição havia de modo inquestionável lugar para cultivar a teoria do constitucionalismo material, por Kelsen também desenvolvida, sem alarde, com o silêncio da palavra, contrabalançado porém pela evidência da realidade fática.

Tal ocorreu em décadas posteriores, ao escrever ele as mais belas páginas de sua reflexão realista e substantiva acerca de matéria constitucional.

A esse respeito Kelsen representava para a Áustria o mesmo papel que Rui Barbosa para o Brasil. Ambas autoridades teóricas inspiradoras da Constituição. Rui escrevendo a Carta Republicana de 1891, após a queda do Império; Kelsen lavrando a Lei Maior da república austríaca, Lei que abrigava a esperança de resolver problemas constitucionais de alta importância.

Em suma, poder-se-á dizer sem demasia, que Kelsen e os demais juristas europeus da teoria material da Constituição fazem jus ao galardão da imortalidade que lhes é devido também por esse contributo.

Todos beneméritos, todos fecundos, todos constitucionalistas de renome, todos arquitetos do edifício que abriga as instituições do Estado Moderno.

15 - OBSTÁCULOS À REPOLITIZAÇÃO PELAS CORRENTES DO PENSAMENTO REACIONÁRIO

A repolitização da legitimidade, qual a entendemos por fator de renovação política e restauração institucional, há encontrado todavia resistência de fortes correntes do pensamento reacionário contemporâneo.

Forcejam essas correntes por restaurar a legitimidade despolitizada vigente na época do liberalismo do século passado, cuja queda ocorreu por obra e ideologia social.

Em países da compleição do Brasil tal retrocesso tomou, de último, proporções imprevisíveis com incremento alarmante, em razão de

ab-rogar importantes conquistas sociais.

Corre-nos assim obrigação de opor-lhe um dique porquanto retrogradar significa entre nós o crepúsculo da segunda geração de direitos fundamentais, a saber, os direitos sociais já consagrados na doutrina e na jurisprudência dos tribunais em virtude de seu exercício se conservar fiel à letra e ao espírito da Constituição e também ser chancelado por preservar a dignidade da pessoa humana.

O momento mais crítico e delicado de nossos dias trouxe ao país, como estorvo maior à repolitização da legitimidade aquela política fria e ortodoxa de ameaça duma sombria volta ao passado, às raízes coloniais da escravidão; às regras econômicas do capitalismo da desigualdade; ao pesadelo moral do regime rodeado de fantasmas; da retrogradação; da prevalência da injustiça; da impunidade; da insegurança; do privilégio; do desprezo da ordem constitucional; do desmantelamento da máquina de governo; do declínio e perda subsequente das liberdades públicas; do reino da autocracia dissimulada; do apogeu das ditaduras volvidas em tirania e opressão; da destituição do povo como fonte e titular legítimo da soberania; do império da corrupção que oxida e desmoraliza a forma presidencial de governo; do agravamento da crise na prestação jurisdicional; das comoções que espelham a decadência e a provável queda e ruína de um dos poderes da república; da extinção da soberania; do quebrantamento do próprio sistema; da baixa representatividade dos partidos e das casas congressuais; do pavor de abrir-se uma ferida mortal nas instituições que nos governam; da ação de dirigentes habitualmente despreparados, “ineptos e ruins de condição”, como dizia Alexandre Herculano de Dom João III, ao escrever a última página do seu livro acerca da introdução da Inquisição em Portugal.

As lâmpadas da cultura ética, do civismo, do progresso, da civilização, da moral, do constitucionalismo democrático, da ordem, da repolitização da legitimidade, correm risco de apagar-se no Brasil. E caso haja a deserção da cidadania, a fuga dos governantes ao dever sagrado de salvar a república pela via democrática, legítima e saneadora do advento duma nova representação política e da instauração dos foros de legitimidade de um poder incorruptível, só nos resta admoestar os governantes acerca da curta distância que vai do capitólio à rocha Tarpeia. A lição dos romanos nesse tocante tem foros de perpetuidade.

Nunca vivemos em nossa história constitucional época tão tenebrosa, tão trágica, tão tormentosa, tão conspurcada, de tanta ameaça de volvermos ao tempo das oligarquias funestas responsáveis da derriba-

da de quatro repúblicas; de volta à legitimidade despolitizada, rainha do conformismo e da resignação social.

Todavia, sem embargo do quadro sombrio que a nação ora atravessa, há em curso a doutrina da repolitização, escoltada de esperanças volvidas para a força do patriotismo que não cede espaço a atos de feição reacionária vinculados ao propósito de fazer o país retrogradar.

A doutrina da repolitização deveras nos conforta como brado da consciência e da determinação de resistir, que ainda anima a alma dos patriotas.

A legitimidade, entre nós, devidamente repolitizada, marcará avanços bem sucedidos como força e diretriz duma sociedade mais justa, mais humana, mais inclinada a abraçar o constitucionalismo emancipador, antiautocrático, pluralista, de riquíssima seiva social e democrática; constitucionalismo por igual de opulência ética ao serviço de governos imbuídos de espírito público e de probidade; resolutos no combate à corrupção, irreduzíveis no propósito de proteger a república; indomáveis e intemeratos na luta civil de sustentação das instituições e de inviolabilidade da ordem constitucional.

A repolitização, triunfante já em considerável parte do campo teórico, se consolida outrossim em escala gradual, por obra do constitucionalismo social domiciliado na consciência pública. Há de promulgar-se esse espírito de luta e resistência em cartas que não sejam meras folhas de papel; muito menos cartas frias, desertoras da concretização dos direitos fundamentais, dos velhos e imperecíveis postulados que os libertadores de épocas transactas tanto se empenharam em estabelecer.

A convicção de que já entramos desde muito na era das batalhas pela repolitização da legitimidade, nos leva a crer em fracasso da investida neoliberal, individualista, regressiva, inconsistente, que olha para o passado enquanto nós olhamos para o porvir.

O presidencialismo no Brasil tem sido o patriarca da desmoralização, o símbolo soez do poder público retroativo, a nódoa da nossa história constitucional.

A época republicana, açoitada de traições, nunca padeceu tamanho aviltamento da forma de governo; nunca gerou tantos corruptos, tantos cúmplices em todas as conjurações articuladas para desferir golpes de Estado, lesar o erário, instalar ditaduras, perjurar mandamentos da Constituição; perpetuar o atraso, a desigualdade, a miséria, a noite de recuo e de trevas; o dia que nunca amanhece. Faz-se mister, por conseguinte, regenerar e levantar o Estado social combalido; repolitizar a legitimidade; propiciar o advento da redenção nacional; abrir perspectivas ao futuro; concretizá-las em nosso sis-

tema de governo. Diferente anseio não entra, de conseguinte, na compleição formal e substancial da democracia que a nação ardorosamente, em meio a tantas batalhas já feridas, almeja implantar no Brasil.

16 - A REPOLITIZAÇÃO E O “CONSENSUS CONSTITUTIONIS”

Sem “consensus constitutionis” não há normatividade constitucional.

Desse “consensus” ficaram privadas algumas Constituições outorgadas neste país, a saber, as de 1937, 1967 e 1969.

O ingresso do social em Constituições, como aconteceu com as Cartas de Querétaro no México e de Weimar na Alemanha, foi o maior fenômeno político do século passado, fruto da criatividade constituinte no campo normativo das relações humanas que a Constituição entra a tutelar em suas cláusulas invioláveis, como agora é de necessidade clamar, asseverar, reiterar.

Tal avanço qualitativo do constitucionalismo se manifesta mediante o princípio de reconciliação que a doutrina de épocas não distantes já vinha apregoando, a saber, o imperativo de estabelecer a harmonia e a paz nas relações do capital com o trabalho, tornando a ordem econômica compatível com a ordem social pelas vias constitucionais.

Tudo isso mercê da introdução desse elemento novo, de racionalidade material, substantiva e palpável, que não pertence às formas, mas aos conteúdos; que substitui a Carta in abstracto pela Carta concreta; o teor programático pelo teor normativo; que muda em certa maneira a própria função e estrutura das Constituições, as quais deixam de ser unicamente textos jurídicos ou programáticos de distribuição de competência e de limitação de poderes, para se converterem em códigos políticos e sociais, de essência normativa e de garantia, proteção e respeito dos direitos fundamentais na abrangência pluralista das cinco dimensões que eles ostentam.

Constituições por igual vinculadas à prevalência contemporânea dos princípios sobre as regras, e que fazem a um tempo o Estado instrumento propulsor de juridicidade, e elemento de mudança, de renovação no âmbito institucional do sistema.

Desse modo o Estado Constitucional de Direito se politiza debaixo duma aspiração de justiça deveras contributiva ao estabelecimento de instituições estáveis e legítimas.

O “consensus constitutionis” no espírito das categorias judican-

tes, executivas e legislativas do poder é também força ética de considerável valor para a cidadania que, dele igualmente penetrada, deve amparar e proteger, opondo assim um dique ao transbordamento e propagação da crise moral do sistema; à decomposição da autoridade; à insegurança generalizada; à dissolução da sociedade; à inépcia do corpo político no governo dos entes federativos da república; à ação desagregadora duma lei que nem sempre resguarda nem afiança a segurança da vida ao cidadão; aliás cidadão que ao mesmo passo, de maneira passiva, se omite em ir ao fundo da questão a fim de solver problemas de sobrevivência tanto da individualidade como da nação.

Ao revés de remediar o Estado enfermo os governos, no Brasil, timbram em adotar medidas rasas, superficiais, efêmeras, inócuas, reveladoras de inépcia, inconstância, má-fé senão indiferença ante a gravidade da situação que o regimen faz a república padecer.

Perdeu o país de último a noção e memória das suas raízes, enquanto o corpo social jaz em apatia ante a iminência de eventos funestos ao sistema, à república, à solidariedade federativa.

A cidadania anêmica, destituída de esperança, vazia de fé, carente de energia, oca de espírito, não tem como debelar a tormenta que pode sepultar o futuro da nação.

Se não salvarmos a Constituição, a pátria da liberdade se perderá.

A corrupção, ferida que sangra, tem que ser erradicada enquanto é tempo.

A Carta de 1988 e as leis anticorrupção não podem descair de força normativa. Caso tal aconteça, o Brasil ficará fadado a ser no continente a Venezuela do século XXI.

Mais uma vez, por conclusão, o consenso constitucional se converte em dogma de pacificação da família brasileira.

Cabe à Suprema Corte de Brasília, órgão superlativo do ordenamento, não faltar a esse anseio coletivo. A honra de sua magistratura é a honra da nação. Desta deriva o apelo final para exercer impávida a suprema autoridade de guarda da Constituição. Urge não abdicar jamais tão relevante função, a saber, o ofício de salvar as instituições da democracia, da liberdade e do contrato social, ora debilitadas na confiança de que o povo dantes era depositário.

Faltando essa confiança profunda, faltará a governabilidade. Sem a intervenção legítima do órgão da soberania nacional que a forma representativa de governo instituiu no País, a pátria de José Bonifácio, Rui Barbosa, Nabuco, Caxias e Osório será tão somente a cubata de um povo escravo.

A alma imortal da nação jamais consentirá que tal tragédia venha a consumir-se. A corrupção deve a todo custo portanto ser banida de todas as regiões. Se o tribunal, porém falhar, nessa tarefa de preservação moral, a ruína da república acarretará também a ruína do Brasil. E se tal acontecer perderemos a condição de povo e nação.

As multidões e as massas jamais foram povo, muito menos nação. Não é esse o destino que nos aguarda porquanto tivemos antepassados e deles recebemos ensinamento e exemplo de ação pública que nos há de governar com a lição da moral e o sentimento patriótico e admirável do dever cumprido.

17 - O ESTADO CONTEMPORÂNEO E A REPOLITIZAÇÃO DA LEGITIMIDADE

O Estado constitucional dos direitos do homem articulados na abstração, na metafísica política, no céu da doutrina, fechou o ciclo formalista do positivismo clássico, do racionalismo puro, vigoroso e estreme para ceder lugar ao Estado constitucional da normatividade dos princípios, dos direitos fundamentais, das cláusulas pluralistas, das regras participativas da democracia do nosso século, em que estes, numa evolução de natureza teórica e pragmática, se colocam num ponto culminante de supremacia, concretização e normatividade jurídica nunca dantes alcançado.

Há direitos portanto que a legitimidade repolitizada sacralizou com a doutrina e o legislador constituinte com a hegemonia normativa e hermenêutica dos grandes princípios e valores superiores imperantes nas letras do constitucionalismo coevo.

O Estado, sem embargo da crise nele instalada por obra das vicissitudes que afetam o destino humano no orbe universal, não vai todavia desaparecer do horizonte institucional descortinado a esta altura do século.

Ao revés, a revolução das ideias, as metamorfoses determinadas pelos avanços da tecnologia, as turbulências, os tumultos sociais, a guerra civil aparente do gênero humano, os atos de terror, as chacinas que espargem luto, fome, sangue, orfandade e morte de milhares de vítimas inocentes, a fúria ideológica subjacente no solo político e social, as lutas de classe, a injustiça nas relações do trabalho e do capital, o desemprego gerador da miséria, a onda de corrupção que devasta repúblicas e dizima monarquias, a epidemia de medo e insegurança que se alastra por países de todos os continentes, o espectro da ingovernabilidade que ronda a nação e os poderes da soberania, o temor do apocalipse no destino da hu-

manidade, tudo isso compõe o quadro sombrio e turvo de dor, de trevas e de sofrimento, de malfetorias e de infortúnios como nunca se viu nos anais da humanidade.

Com efeito, neste cenário lúgubre de angústia, desalento, ira e desespero, sujeito a tantas tragédias morais que fulminam a vida pública, afetam partidos, governos, ordem social e ordem econômica e ordem constitucional, aflige-nos sobremodo assinalar a deserção do sentimento patriótico em todas as camadas do poder, a par do arrefecimento da consciência de nacionalidade na alma dos governantes e potentados. Esta, a grande sombra do porvir que ora atormenta a república e apavora a nação.

A época é escura, amortecida, angustiante. Mas tudo há de passar se a energia ética da sociedade reagir com energia para salvar o regimen e a nação, regenerando o sistema e garantindo a probidade na gestão dos poderes.

O povo, vítima de tantas crises, não vai esmorecer em sua ânsia de emancipar-se da servidão a governos corruptos, de instaurar as virtudes republicanas do sistema, de manter vivas as esperanças numa ação que, embora lenta, seja porém fonte profícua, decisiva e cicatrizadora das feridas que sangram as instituições, ação fomentadora da cultura de progresso, de civilização, de bens morais, de salvaguarda e dignidade do ser humano contra o crime, contra a perfídia, contra a impunidade.

Cultura coroada de grandeza e solidez participativa que a cidadania há de usufruir, redimida por obra das reformas em pró da ordem social; impulsionada pelo constitucionalismo da liberdade e da justiça.

18 - A MARCHA DA REPOLITIZAÇÃO PARA O FUTURO

O constitucionalismo prospectivo caminha assim para a polis universal pela mão da legitimidade repolitizada.

Com a repolitização da legitimidade já não vamos falar em utopia mas num veículo em marcha teórica tendo por alvo a globalização do Estado, a ser alcançada em bases democráticas puras se a paz vencer o belicismo, se a vida triunfar da morte; se a igualdade sair vitoriosa das batalhas da liberdade contra a servidão social; se o patriotismo republicano prevalecer na alma e na consciência da nacionalidade; se a desordem e os conflitos do trabalho e do capital não arruinarem a plataforma dos estadistas empenhados em rasgar horizontes ao porvir da humanidade; se as luzes da fraternidade não se apagarem na comunhão dos povos; se a coragem não espantar o

medo, a ambição e a fraqueza; se os verbos na gramática da emancipação não se conjugarem no condicional; se a perda da fé e da esperança não empecer com a retrogradação dos direitos os caminhos da jornada que nos levará ao futuro pelo braço dos libertadores; se a repolitização da legitimidade não for uma doutrina irrevogável na viagem para o porvir; se as gerações que vierem nos suceder não aprenderem e assimilarem em definitivo as lições do passado; se a pedagogia da história, grã-mestra do presente e do pretérito, não nos faltar.

A luta pela repolitização da legitimidade, levando em conta o caso do Brasil, ostenta a propensão de seguir a linha dura e rígida daquela velha teoria do poder que o tempo já arquivou no fichário das ideias ultrapassadas.

Ideia liberal oposta à ideia social significa recuo inadmissível. A primeira pertenceu ao Estado Liberal, a segunda pertence ao Estado social.

Vistas essas considerações, faz-se mister assinalar que o Brasil não é o universo da civilização. Portanto vamos persistir em reflexões que contemplem o admirável mundo da concórdia eterna. Mundo porém que não terá aurora se a ameaça do açoite da hecatombe nuclear fizer o gênero humano suspender a marcha para o futuro e entregar-se à morte na única guerra da qual não haverá vencidos nem vencedores que lavrem as derradeiras páginas do livro em que figurem eles também como os derradeiros protagonistas.

19 - A SOBERANIA CONSTITUCIONAL, A TERCEIRA SOBERANIA

A soberania, concebida em toda a extensão de poder infinito, na versão primitiva que a fez sucessora da dissolução do sistema feudal após dez séculos de imobilidade política, econômica e social, gerando nas entranhas silenciosas a fecunda transição do mundo antigo ao mundo moderno, da opressão feudal à força viva consagradora da liberdade, em sua versão original e significativa de alforria moral na contextura dos sistemas políticos e sociais foi o braço da liberdade que a levantou do berço para condignamente levá-la a respirar o ar da alforria, oxigênio tão rarefeito em tempos de perseguição política e de instabilidade das instituições.

Nessa quadra de perplexidade, dor e desalento, nessa quadra dificultosa em que despontam os espinhos da desordem e da rebelião, da fragilidade do ser humano e da incerteza do seu destino, todas as atenções

morais, sociais e espirituais se volvem numa convergência inamovível para o descortino de horizontes carregados de esperanças; horizontes em que as esperanças são restauradoras daquele espírito de luta e resistência sem o qual nenhuma plataforma de palavras e programas se apresenta capacitada a mover da ficção para a realidade as expectativas de mudança e reforma, dantes tão promissoras e doravante tão debilitadas na quadra pessimista em que vemos engolfado o país.

Em todas as épocas de crise, e a crise é a má conselheira de todos os governos fracos porque perderam a visão e o raciocínio e não têm um fio de racionalidade e reflexão que venha socorrê-los; em todas as épocas difíceis em que a adversidade toma a feição de uma sentença de morte, ninguém se sente seguro e disposto a enfrentar os gigantes impunes da maldade e da perfídia, aquartelados nos desvãos sombrios e ocultos do anonimato social e da perda do sentimento patriótico.

Essa soberania a que nos reportamos aufere sentido e alto significado quando seu vínculo mais apertado é o laço que a prende à Constituição; base e cimento de toda a legitimidade social dos regimens e dos sistemas de governo na organização política da sociedade.

Em razão desse entendimento figura-se-nos de extrema importância o papel representado pelo constitucionalismo normativo que rege os rumos e as diretrizes do poder público em ocasiões tão atribuladas da evolução política da humanidade como esta que agora estamos vivendo.

Não sabemos com certeza para onde nos conduz a máquina do poder que governa a nação. A época é de tamanha crise que gera a desorientação moral do sistema e do regimen.

Mas nutrimos a esperança de que se guardarmos fidelidade aos princípios, à democracia e à liberdade, seremos arquitetos partícipes da construção do edifício onde daremos acolhida e abrigo perpétuo aos nossos sentimentos de elevação política e social da organização que nos governa.

Mas isso, se o caminho que trilharmos for sempre o da legitimidade, da democracia e da liberdade.

O século XXI é o século da terceira soberania, a soberania constitucional, a mais alta expressão do poder legítimo no governo da sociedade humana.

20 - A IDEOLOGIA E O DOGMA NA REPOLITIZAÇÃO DA LEGITIMIDADE

O dogma representa o coroamento da intangibilidade dos conteúdos axiológicos no universo das relações humanas secularizadas.

A força de manifestação desse fenômeno se apresenta sobretudo quando as circunstâncias sociais e políticas de três séculos na evolução do Estado Moderno descobriram a ideologia por fonte, talvez a mais importante, a mais pura, a mais opulenta, a mais nobre, a mais profunda, tocante à formação silenciosa do acervo de valores que determinam as condutas humanas no campo político e social; nomeadamente aquelas de abrangência moral e material fixadas em políticas de governo ou em diretrizes universais de ação pública e privada.

Tais valores em geral têm por origem, centro e abrigo a ideologia, formadora material e substantiva também da pré-compreensão, a saber, daquela consciência subjetiva de aparência autônoma, que sociólogos, pensadores e doutrinadores nem sempre admitem e percebem no sentido que se lhe deve atribuir como este ora enunciado.

Daí resulta não atinarem com o comparecimento e ação de tão copioso e elevado acervo de valores presentes no campo da ideologia, que os impulsiona e transporta do mundo interno e subjetivo para o mundo externo e objetivo, onde se concretizam na substantiva materialidade dos comportamentos humanos.

Urge assim encarar a ideologia por um dos dogmas da normatividade constitucional, conforme ao entendimento que, a esta altura do XXI século nos inclina, por efeito dos avanços da teoria material da Constituição, a traçar novas linhas de reflexão e revisão acerca da normatividade constitucional e, por essa via, juridicizá-la fora do formalismo positivista do século passado, hoje em ruínas tocante à doutrina do direito.

A ideologia penetra pois, qual força oculta na ponderação reflexiva do magistrado, e, porventura, imperceptível, domina-lhe o ato judicante, e se faz espelho do regimen e dos valores que integram e constituem a essência do vigente sistema de poder. Nisto consiste, a nosso parecer, a força da ideologia e da preponderância que ela assume em determinadas fases da evolução dos sistemas sociais.

Prof. Dr. Paulo Bonavides

Homenageado do IV Congresso Mundial de Justiça Constitucional

SUMÁRIO

CAPÍTULO I - JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO | 41

CRIMINALIDADE GOVERNATIVA E CORRUPÇÃO COMO
ENTRAVES AO DESENVOLVIMENTO: ALGUMAS PROPOSTAS
JURÍDICAS DE ENFRENTAMENTO | 43

- Rogério Gesta Leal

ACCIÓN DE AMPARO EN CHILE: UNA REVISIÓN DE LOS
CRITERIOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN
MATERIAS MIGRATORIAS | 75

- Rodrigo Ríos Álvarez e Matías Bravo Farculh

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN
EN COLOMBIA | 97

- René Moreno Alfonso

A (RE)FUNDAÇÃO DO ESTADO E DA CONSTITUIÇÃO: O
PODER JUDICIÁRIO E (DIS)FUNÇÃO NA SOCIEDADE NO
CASO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL | 117

- Emerson de Lima Pinto

EL DERECHO HUMANO AL DESARROLLO: LA
RESPONSABILIDAD COMPARTIDA DE LA JUSTICIA
CONSTITUCIONAL | 133

- José de Jesús Becerra Ramírez

O “TRABALHADOR HIPERSUFICIENTE” NA REFORMA
TRABALHISTA: novo modelo no velho paradigma | 153

- João Vicente Rothfuchs

DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO: RELAÇÃO
ENTRE O HOMEM E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA | 171

- Felipe Camilo Dall'Alba

RELATÓRIO DO PAINEL JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O
DIREITO AO DESENVOLVIMENTO | 189

- David Medina da Silva

CAPÍTULO II - JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O DIREITO À PAZ | 193

THE PEACE AGREEMENT IN COLOMBIA IN THE LIGHT OF
INTERNATIONAL LAW | 195

- Nelson Arturo Ovalle Diaz

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: POSSIBILIDADES PARA O BRASIL
REVOGAR A LEI DE ANISTIA | 221

- Sérgio Tibiriçá Amaral

O DIREITO À PAZ: UMA ANÁLISE A PARTIR DE GREGORIO
PECES-BARBA E PAULO BONAVIDES E UMA PERSPECTIVA
DE EFETIVIDADE A PARTIR DA CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA
CONSTITUCIONAL DE GUSTAVO ZAGREBELSKY | 253

- Elisandra Riffel Cimadon e Felipe Schmidt

AS RECENTES REFORMAS NO ENSINO JURÍDICO E O
DIREITO À PAZ: PERSPECTIVAS PARA UMA SOCIEDADE
MAIS PACÍFICA? | 271

- Camila Silveira Stangherlin e Fabiana Marion Spengler

DA VIOLÊNCIA ESCOLAR À CONVIVÊNCIA PACÍFICA:
A NECESSIDADE DO TRABALHO CONJUNTO PARA O
REESTABELECIMENTO DA ORDEM CONSTITUCIONAL
BRASILEIRA | 287

- Yuliana Herrera Miranda de Souto e Ricardo Aparecido de Souto

A COMUNIDADE JUSTA E A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO
DESENVOLVIMENTO DA PAZ NAS RELAÇÕES HUMANAS
EM SOCIEDADE | 305

- Daniel Mayer de Brum

¿ES LA PAZ EN COLOMBIA UN COMODÍN POLÍTICO O UN
DERECHO FUNDAMENTAL? | 325

- Jorge Ivan Guerra Fuentes

O CONFLITO NA SÍRIA: TERRORISMO, SOBERANIA E
DIREITOS HUMANOS | 341

- Álvaro Augusto Lauff Machado

O PRIMEIRO PRINCÍPIO DE CHICAGO PARA JUSTIÇA DE
TRANSIÇÃO | 367

- Lucas Octávio Noya dos Santos e Sérgio Tibiriçá Amaral

RELATÓRIO DO PAINEL JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O
DIREITO À PAZ | 401

- Jorge Ivan Guerra Fuentes

**CAPÍTULO III - JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O
DIREITO DE PROPRIEDADE SOBRE O PATRIMÔNIO
COMUM DA HUMANIDADE | 403**

EL CONVENIO SOBRE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO
MUNDIAL CULTURAL Y NATURAL DE 1972: AGENDA
PARA UNA JUSTICIA CONSTITUCIONAL MEXICANA QUE
PROTEJA DERECHOS CULTURALES | 405

- Luis Gerardo Rodríguez Lozano

IDENTIDADE, MULTICULTURALISMO, INTERCULTURALIDADE:
A NECESSIDADE DE UMA CONSTITUIÇÃO INTERCULTURAL | 427

- Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

RELATÓRIO DO PAINEL JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E
O DIREITO DE PROPRIEDADE SOBRE O PATRIMÔNIO
COMUM DA HUMANIDADE | 453

- Thaís Janaina Wenczenovicz



CAPÍTULO I
JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O DIREITO AO
DESENVOLVIMENTO



CRIMINALIDADE GOVERNATIVA E CORRUPÇÃO COMO ENTRAVES AO DESENVOLVIMENTO: ALGUMAS PROPOSTAS JURÍDICAS DE ENFRENTAMENTO

ROGÉRIO GESTA LEAL¹

1 – NOTAS INTRODUTÓRIAS:

Alguns pesquisadores sobre o tema da corrupção têm postulado o que chamam de reconhecimento ao direito de viver em um mundo livre desta patologia, e o fazem em face de que os níveis endêmicos de corrupção existentes destroem valores fundamentais da Democracia como a dignidade humana e a igualdade política, tornando impossível o desenvolvimento social com ética e moralidade (pública e privada).²

Este argumento se torna ainda mais forte quando verificamos a extensão que toma em todos os quadrantes do globo o exercício do poder público para ganhos privados e ilícitos, facilitando a captura do Estado por interesses de elites e corporações privadas.

No presente texto pretendemos defender a necessidade de também utilizarmos para o controle destes fenômenos corruptivos o que passaremos a chamar de criminalidade governativa – conceito a ser aclarado -, a partir de instrumentos de Direito Penal e Processual Penal, justamente para prevenir e responsabilizar com maior efetividade e eficácia as tragédias que gestores públicos têm cometido.

2 – A CORRUPÇÃO COMO FENÔMENO INTERPESSOAL E INTERINSTITUCIONAL:

O professor Canotilho já teve oportunidade de dizer que o fenômeno da corrupção, que já contou como epicentro fático e normativo subornar alguém por dinheiro, sofre hoje do que ele chama de transvase,

1 Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito. Professor Titular da UNISC e da FMP.

2 Conforme o texto de BOK, Sissela. *Lying: Moral Choice in Public and Private Life*. New York: Random House, 1998.

isto porque, por excesso de líquido ou por defeito de vasos jurídicos, ele transborda de complexos fáticos para outros complexos fáticos, ganhando densidade simbólica e real em níveis de expansão incomensuráveis, causando dispersões dogmáticas sob o ponto de vista do seu enfrentamento muito perigosas.³

Isto se dá porque, em regra, este fenômeno da corrupção conta com alguns mecanismos de retroalimentação, tais como a falta de transparência nos negócios públicos e privados; a manipulação das regras no âmbito da gestão pública para favorecer interesses privados e, por vezes, ilícitos; a ausência de imparcialidade na tomada de decisões públicas, o que implica distorções, desvios de finalidades e abuso de poder – direta e indiretamente – na forma de conduzir demandas indisponíveis da Comunidade.

Estes cenários tem sido tão reais que o Banco Mundial, em 1992, já se ocupava de demarcar a importância do que chamou de *governance* e *good governance*, enquanto *modus operandi* de como o Poder deve ser exercido observando critérios mínimos a serem respeitados pelos Governos em suas administrações para evitar a corrupção, em especial envolvendo a transparência, a prestação de contas, a participação social, o controle interno e externo, a responsabilidade dos gestores mais dura e efetiva.⁴

É tão intensa estas perversas relações que, para alguns, é possível diferenciar entre corrupção provocada para ganhos públicos e ganhos privados; ou mesmo entre corrupção provocada pelo setor público e pelo setor privado, pois, *If ordinary citizens lie when they give testimony in court, this is corruption; it is corruption of the criminal justice system. However, it does not involve abuse of a public office by a public official. And when police fabricate evidence out of a misplaced sense of justice, this is corruption of a public office, but not for private gain.*⁵

A perspectiva norte-americana do conceito de corrupção destaca

3 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Pequena nóvula de apresentação*. In LOPES, José Mouraz. O espectro da corrupção. Coimbra: Almedina, 2011, p.08.

4 Ver o texto de KAUFMANN, Daniel. *Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción*. In www.worldbank.org/wbi/governance, acesso em 29/06/2018. Por certo que temos várias reservas a conceitos neoliberais que o Banco Mundial tem adotado para os efeitos de constituir modelos de gestão liberalizante de mercados, mas eles se ocuparam também de fomentar políticas de combate a corrupção. Ver nosso trabalho LEAL, Rogério Gesta. *Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

5 GAMBETTA, Diego (ed.). *Trust: Making and Braking Cooperative Relations*. Oxford: Basil Blackwell, 2000, p.41.

o impacto que comportamentos corruptivos – sejam quais forem, e cada vez mais estende a caracterização destes – provocam nas instituições e nas relações sociais, dando como exemplo: (a) a situação dos médicos que ceram fileiras em não denunciar ou sequer testemunhar contra colegas seus que foram negligentes no tratamento da vida humana; (b) quando a polícia fabrica provas para serem usadas em processos; (c) quando determinados patrocinadores de atletas em competições importantes os estimulam e mesmo obrigam a consumir produtos fármacos proibidos para obterem melhores resultados; (d) o próprio tema do nepotismo, que não precisa ter contraprestação econômica – suborno – para se caracterizar, isto porque, em todos estes exemplos, o que se distingue é a quebra de confiança no sistema na medida em que procedimentos institucionais são solapados (*institutional accountability procedures are thereby undermined*).⁶

Em face destes elementos, entendemos que não se possa dissociar de forma radical a corrupção institucional da pessoal, pois é plausível que ambas, modo geral, acarretem a fragilização do caráter moral das pessoas físicas e jurídicas envolvidas, o que leva a quebra de confiança da Sociedade em suas instituições e nas pessoas que ocupam cargos nestas.

Na Europa é a realidade e experiência de cada país com o tema que vai gerar diferentes tipos de regulamentações e políticas públicas. Na Suécia e Dinamarca, por exemplo, esta questão não está na agenda política cotidiana e sequer tem chamado o debate público social, isto porque seus índices de corrupção são ínfimos.⁷ Por outro lado, até em face de circunstâncias similares às da Suécia e Dinamarca, vários Estados da própria União Europeia ainda não adaptaram suas legislações domésticas em face dos tratados e convenções internacionais que foram gerados no período, o que causa certo desequilíbrio de forças preventivas e curativas contra o fenômeno da corrupção.

Um dos pontos talvez que tenha oportunizado convergência de políticas públicas anticorruptivas seja o das novas diretrizes da Comunidade Europeia para os Contratos Públicos e as Licitações, ampliando os níveis de transparência destes atos e, conseqüentemente, os controles consecutórios, tomando em conta aqui o fato de que desde a Resolução do Parlamento Europeu de 15 de dezembro de 1995, já há claras orientações

6 Ver o texto de BRAITHWAITE, Valerie & LEVI, Margaret (eds.). *Trust and Governance*. New York: Russell Sage, 1998.

7 Ver o excelente trabalho jornalístico de WALLIN, Claudia. *Um país sem excelências e mordomias*. São Paulo: Geração Editorial, 2014.

neste sentido.⁸

Algumas outras convergências podem ser detectadas em termos de legislação que tendem a se uniformizar mais entre os países europeus, equilibrando desde multas e penas, leves e pesadas, dependendo o tipo de corrupção levada a cabo; há normas internas que penalizam de igual forma corruptor e corrompido; em certos Estados-membros somente se penaliza por ato corruptivo o agente público, não o privado que se envolveu de alguma maneira (a não ser por eventual enquadramento em crime contra a administração pública).

Mas são poucos os casos de corrupção nos últimos anos que redundaram em processos de apuração e responsabilização, como informa Sabino Cassese: *Sono pochi in tutti gli Stati membri i casi di corruzione di fatto sfociati in processi, forse perché di rado ne sono coinvolti dei singoli che abbiano riportato un danno diretto ai loro interessi e che pertanto sporgono denuncia alle autorità pubbliche. Inoltre i sistemi giudiziari sono spesso oberati di lavoro e riluttanti a occuparsi di tali casi.*⁹

E isto a despeito dos inúmeros documentos internacionais firmados sobre a matéria, tais como: a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC), com adesão a partir de Mérida (09/12/2003); a própria Carta das Nações Unidas, os Pactos Internacionais relativos aos Direitos Cívicos e Políticos e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; a Convenção das Organizações para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCSE) sobre a luta contra a corrupção dos funcionários públicos estrangeiros nas operações econômicas internacionais (desde Paris, em 17/12/1997); a comunicação conjunta da Alta Representação da União Europeia para os negócios estrangeiros e para a política de segurança, e da Comissão do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12/12/2011, com o título sugestivo *Direitos Humanos e Democracia no centro das ações estrangeiras da União Europeia - em busca de uma abordagem mais eficaz* (COM (2011)0886), dentre outros.

Alguns documentos da comunidade internacional ao longo desta trajetória foram e ainda são paradigmáticos, na medida em que deixam clara a preocupação com o tema da corrupção e a necessidade do seu enfrentamento mais eficaz, sob pena de comprometer os regimes democráticos e os Direitos Fundamentais, notadamente em face

8 Ver <http://eur-lex.europa.eu/legal-content>, acesso em 20/03/2019.

9 CASSESE, Sabino. *L'Italia: una società senza Stato?* Bologna: Il Mulino, 2011, p.48.

do quadro estratégico da União Europeia em matéria de Direitos Humanos e de Democracia, e seu plano de ação sobre tais temas adotado por ocasião da 3179ª reunião do Conselho sobre Negócios Externos, no dia 25 de junho de 2012.¹⁰

É de se ver que, somente no final do século XX, a comunidade internacional foi tomando medidas mais claras a respeito da corrupção e seus efeitos difusos em diversas áreas, haja vista a Convenção do Conselho da Europa sobre a Corrupção aberta para signatários somente em 27/01/1999, assim como a Convenção Civil do Conselho da Europa sobre a Corrupção, aberta para os signatários em novembro (04) do mesmo ano – neste meio tempo contando com as Resoluções (98) 7 e (99) 5, aprovada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, respectivamente em 05/05/1998 e 01/05/1999, instituindo o Grupo de Estados contra a Corrupção (GRECO).¹¹

O evoluir deste debate trouxe contribuições também no âmbito conceitual e de compreensão sobre a corrupção como fenômeno altamente complexo, considerado como abuso de poder voltado a obtenção de

10 Importante o destaque igualmente para a comunicação da Comissão do Conselho e do Parlamento Europeu do dia 08/05/2001, com o título O papel da União Europeia na promoção dos Direitos Humanos e da Democratização nos países de Terceiro Mundo (COM (2001)0252). Na mesma linha vão os documentos referentes: (a) à Declaração do Milênio das Nações Unidas, de 08 de setembro de 2000, e o plano de ação global intitulado *Manter a promessa: unidos para realizar os objetivos de desenvolvimento do Milênio*, adotado pela Assembleia Geral da ONU de 10/10/2001; (b) à comunicação da Comissão do Parlamento Europeu e do Conselho e do Comitê Econômico e Social Europeu, de 27/02/2013, intitulado *Uma existência digna para todos: derrotar a pobreza e oferecer ao mundo um futuro sustentável*. (COM(2013)0092); (c) documentos do próprio Banco Europeu para Investimentos (BEI), como o intitulado *Política para a prevenção e luta contra a corrupção, a fraude, a colusão, a coerção, a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo nas atividades do Banco Europeu para o Desenvolvimento*, chamada de política anti-fraude do Banco, aprovada em 2008; (d) aos Princípios para a Agência Anti-Corrupção de Jacarta, aprovados em 26 e 27 de novembro de 2012.

11 Mesmo assim o documento sob análise dá conta de que: *dal 2000 al 2009 i paesi in via di sviluppo hanno perso 8 440 miliardi di USD in flussi finanziari illeciti, pari a oltre 10 volte gli aiuti esteri ricevuti; che, nell'ultimo decennio, i paesi in via di sviluppo hanno perso ogni anno 585,9 miliardi di USD in flussi illeciti; che il denaro sottratto ogni anno mediante la corruzione è sufficiente a coprire 80 volte l'importo necessario a sfamare le popolazioni denutrite del mondo, mentre le tangenti e i furti contribuiscono ad aumentare del 40% il costo complessivo dei progetti per la fornitura di acqua potabile e servizi igienici in tutto il mondo*. In Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 ottobre 2013, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013IP0395&from=PL>, acesso em 20/03/2019, p.18.

proveitos próprios, individuais ou coletivos, diretos ou indiretos, incluindo, dentre outras figuras, os crimes típicos de corrupção, apropriação indébita, tráfico de influência, abuso e desvio de poder, enriquecimento ilícito, nepotismo, doações políticas ilegais, associando-se inclusive com a criminalidade organizada – que opera corruptamente, criando poderes paralelos de Estado, Governo e Mercado.¹²

Com tentáculos imensos, as redes corruptivas têm perpetuado e agravado situações de iniquidade, injustas e discriminatórias no que diz respeito à fruição isonômica de Direitos Humanos e Fundamentais, sejam de natureza civil, política, econômica, social ou cultural, atingindo até interesses difusos, como a contaminação do equilíbrio ambiental (rural e urbano), e os grupos sociais mais frágeis e marginalizados, privando-os da paridade de acesso à vida política, aos serviços públicos, aos serviços da justiça, segurança, trabalho, educação, saúde e habitação; obstaculiza ainda, com maior ou menor intensidade, a discriminação de gênero, envolvendo a emancipação feminina e mesmo da liberdade sexual, na medida em que influencia na capacidade de fazer valer seus direitos.¹³

Não é só isto! Determinados tipos de criminalidade evidenciam de forma mais abrupta os níveis altamente sofisticados das redes corruptivas, como é o exemplo do tráfico de entorpecentes e, pior, o tráfico humano, cuja organização tentacular transcende os Estados Nacionais e suas políticas de segurança, fragilizando-os agudamente, pois inexistem ações cooperativas eficientes e suficientes para dar cabo de tal complexidade, inteligência e cadeia orquestrada de comando.

Em face de tais aspectos é que se diz que a corrupção distorce as dimensões e composições das despesas públicas, provocando danos graves na capacidade do Estado de gestar racional e eficazmente, sob a perspectiva social, os recursos disponíveis para os fins da plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, isto porque ela desvia imensas quantidades de financiamentos dos investimentos públicos, obstaculizando de certa maneira a retomada de desenvolvimento social equacionado com o crescimento econômico de países em dificuldades históricas.¹⁴

12 Ver nosso livro LEAL, Rogerio Gesta. *Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

13 Ver o excelente trabalho de OKIN, Susan Moller. *Diritto delle Donne e Multiculturalismo*. Roma: Cortina Raffaello, 2007.

14 É inacreditável a informação que o documento sob análise traz quando afirma que

Por outro lado, só para se ter noção da amplitude deste debate, a luta contra a corrupção faz parte do princípio de Bom Governo, sustentado e definido pelo art. 9º, §3º, do art. 97, do Acordo de Cotonou¹⁵, tendo-se plenamente claro que os atos de corrupção e as violações de Direitos Humanos e Fundamentais implicam geralmente a utilização imprópria do Poder¹⁶, a ausência de um sistema de assunção de responsabilidades e a institucionalização de várias formas de discriminações, evidenciando ainda que ela é mais frequente quando o respeito destes Direitos é escasso ou ausente, operando inclusive a fragilização das instituições e dos entes que normalmente fornecem sistemas de controles e contrapesos no escopo de assegurar o respeito dos princípios democráticos e dos Direitos Humanos (o parlamento, as autoridades prepostas à aplicação das leis, a magistratura, os ordenamentos jurídicos como um todo, e as próprias representações mais diretas da sociedade civil).¹⁷

até nas situações de calamidade pública e emergência humanitária há situações de aproveitamento corruptivo do mercado, *data la natura delle attività e la complessità delle azioni e degli attori responsabili della loro esecuzione, e che tali «opportunità» includono corruzione, ostruzionismo, estorsione ai danni del personale dell'organismo responsabile dell'aiuto, condotta illecita da parte del suddetto personale, frode, falso in bilancio, sviamento degli aiuti ricevuti e sfruttamento delle persone bisognose, e alimentano un senso diffuso di sconforto verso qualsiasi tipo di istituzione pubblica.* In Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 ottobre 2013, op.cit., p.13.

- 15 O Acordo de Cotonu (2000/483/CE) tem como principais objetivos a redução da pobreza e, a prazo, a sua erradicação e a integração progressiva dos Estados de África, das Caraíbas e do Pacífico (ACP) na economia mundial, em consonância com os objetivos de desenvolvimento sustentável. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM:r12101>, acesso em 20/03/2019.
- 16 Interessante que o documento aponta para o fato de que: *minacciando il consolidamento della democrazia e il rispetto dei diritti umani, la corruzione continua ad essere una causa fondamentale e un catalizzatore dei conflitti, delle diffuse violazioni del diritto umanitario internazionale e delle impunità nei paesi in via di sviluppo, e che la situazione attuale della corruzione e dell'arricchimento illecito nelle posizioni di potere pubblico ha portato a impadronirsi del potere e a perpetuarlo, nonché a creare nuove milizie e a diffondere la violenza.* In Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 ottobre 2013, op.cit., p.10.
- 17 O documento sobre a magistratura é claro: *la corruzione nel settore giudiziario viola il principio di non discriminazione, di accesso alla giustizia e il diritto a un giudice imparziale e a un ricorso effettivo, essenziali per il rispetto di tutti gli altri diritti umani, e che la corruzione distorce gravemente l'indipendenza, la competenza e l'imparzialità della magistratura e della pubblica amministrazione, alimentando la sfiducia nelle istituzioni pubbliche, indebolendo lo Stato di diritto e dando luogo alla violenza.* Idem, p.07

Encontra-se cada vez mais patente a natureza cultural da corrupção, pois fortemente radicada na mentalidade da sociedade de maneira difusa, sendo que o documento sob análise aponta que *tutti gli sforzi per combatterla devono concentrarsi in primo luogo sull'istruzione fin dalla più tenera età*.¹⁸

Mas não basta a formação das novas gerações, é preciso ter-se políticas de enfrentamento da corrupção instalada, oportunizando aos cidadãos meios eficientes de exercício do controle e monitoramento das ações públicas e privadas potencialmente corruptivas, afigurando-se importante para tanto a transparência e o acesso à informação clara sobre os negócios públicos, única forma de garantir as condições mínimas de exercício cívico e responsável da soberania popular. A União Europeia tem se ocupado disto, criando o Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF), que desde sua fundação em 1999 já realizou mais de 3.500 inquéritos que conduziram à recuperação de mais de US\$1.100.000.000,00, além de penas de prisão superior a 900 anos.¹⁹

Neste ponto importância singular ganha os meios de comunicação de massa, em especial o jornalismo investigativo, desenvolvendo papel crucial na luta contra a corrupção, controlando as atividades do governo e dos atores políticos institucionais, os financiamentos recebidos pelos partidos políticos, exigindo mais transparência e indicando responsabilidades por atos corruptivos. Contudo, não raro os jornalistas que desenvolvem este tipo de investigação - mesmo que apoiados pelas corporações em que trabalham -, seguidamente são expostos às ações violentas e coativas de grupos do crime organizado, dos poderes paralelos que não podem se submeter a este tipo de risco expositivo, principalmente em países nos quais as instituições democráticas são frágeis.²⁰

18 Idem, p.04.

19 Ver o site http://ec.europa.eu/anti_fraud/, acesso em 16/07/2014. Registra o site que: *OLAF manages programmes and tools to promote its policy objectives. (1) Hercules is a programme dedicated to fighting fraud, corruption and any other illegal activities affecting the financial interests of the EU. Annual budget: approximately €15 million; (2) Pericles is an exchange, assistance and training programme to strengthen the protection of euro banknotes and coins in Europe and worldwide. Annual budget: approximately € 1 million; (3) Anti-Fraud Information System (AFIS) offers tools to improve cooperation with partners, including other institutions, Member States, international organizations and non-EU countries. Annual budget: approximately € 6 million.*

20 Matéria do Jornal O Globo, em 02/11/2017, dá conta de que: *Além de Mauricio, João e Aldenísio, morreram Manoel, Valdecir, Santiago, Edinaldo, Luciano. Entre 2012 e 2016,*

Em razão disto, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) lançou publicação direcionada a jornalistas investigativos que cobrem ou desejam cobrir temas relacionados à corrupção, chamada *Informação sobre corrupção: uma ferramenta para governo e jornalistas*, durante a 5ª Sessão da Conferência de Estados-Parte da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, realizada na Cidade do Panamá, em novembro de 2013. Em oito capítulos, o documento abrange aspectos que incluem a proteção ao anonimato das fontes, o direito de acesso à informação e medidas auto regulatórias, tendo por base o art. 13, da Convenção da ONU contra Corrupção, que chama os Estados-Parte a respeitar, promover e proteger a liberdade de procurar, receber, publicar e disseminar informações e discursos abertos, com o entendimento de que os esforços de combate à corrupção florescem melhor com a ajuda de uma cidadania informada.²¹

Veja-se o caso dos denominados assuntos de Segurança do Estado, como os que envolvem as Forças Armadas – no plano nacional e internacional -, as quais operam com práticas e negócios por vezes pouco transparentes (em nome da segurança pública envolvida), e a partir disto gerando altos riscos de contaminação corruptiva em execuções orçamentárias sem licitação, com escolha unilateral de fornecedores que por vezes não possuem controle público de origem e natureza, sem falar na grave advertência referente às forças de segurança privadas (nova tendência internacional de políticas estatais):

Considerando che il ricorso alle imprese militari e di sicurezza private (PMSC) da parte di attori sia pubblici che privati è cres-

29 jornalistas foram assassinados no Brasil. Esses números põem o país em sexto lugar na lista de nações onde foram registradas, oficialmente, mortes de profissionais da imprensa nesse período. É uma longa lista. Começa com a Síria, o Iraque e o México. Passa pelas Filipinas, Iêmen e Afeganistão, até chegar a Finlândia, Sérvia e Estados Unidos. No total, foram 530 jornalistas mortos em 54 países. Em média, dois por semana. In <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/11/entre-2012-e-2016-29-jornalistas-foram-assassinados-no-brasil.html>, acesso em 20/03/2019.

- 21 In <http://www.onu.org.br/agencia-da-onu-lanca-ferramenta-para-apoiar-jornalismo-investigativo-sobre-corrupcao/>, acesso em 09/07/2014. Veja-se que o 11º Colóquio Ibero-Americano de Jornalismo Digital em Austin, Texas em 15 de abril de 2018, alertou para o fato de que *cibersegurança, escudos legais e trabalhar em alianças* são alguns dos fatores fundamentais a considerar na realização de investigações jornalísticas sobre questões de corrupção na América Latina, eis que as pressões e resistências pelos segmentos de poder envolvidos em atos de corrupção ameaçam de morte os jornalistas envolvidos nestas questões.

ciuto in modo esponenziale negli ultimi vent'anni, e che, data la natura delle loro attività, le PMSC sono particolarmente esposte alla corruzione e sono state accusate di gravi violazioni dei diritti umani, nonostante operino prevalentemente in un settore al di fuori di una rigida regolamentazione e senza che vi sia assunzione di responsabilità nei confronti del pubblico, come è generalmente richiesto alle forze armate.²²

A cidadania global, por sua vez, tem ocupado mais espaço e protagonismo denunciando casos e suspeitas de corrupção, entretanto, precisa contar com garantias contra eventuais represálias, perseguições coativas pela denúncia levada a efeito, sob pena de se desestimular e dissuadir as pessoas de realizarem esta cooperação com o Estado no combate à corrupção, pois, sem tais tutelas, pode ser grande o risco de suas seguranças e de seus familiares.²³ Veja-se que estes elementos apontam diretamente a necessidade do Estado se estruturar inclusive para gerar condições favoráveis ao controle social (o que implica custos à constituição de logística e aparatos de segurança).

O caso do auditor e advogado russo Sergei Magnitsky, que investigava atos de corrupção envolvendo atividades negociais ilícitas do governo soviético, morto em prisão russa no ano de 2009, é um exemplo claro da necessidade de se ter mecanismos eficientes de proteção de pessoas que querem contribuir no processo de combate à corrupção, a ponto do governo americano ter aprovado a lei conhecida como *Sergei Magnitsky Rule of Law Accountability Act of 2012*, buscando punir autoridades russas responsáveis pela morte de Magnitsky.²⁴ Talvez este seja um exemplo a ser seguido por outros países.

As próprias instituições financeiras – públicas e privadas – do Ocidente hoje (Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional, por exemplo) estão desenvolvendo políticas de tratamento dos riscos da corrupção para com seus clientes, em alguns casos colocando

22 In Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 ottobre 2013, op.cit., p.20. A par disto, ainda há que se considerar *l'insufficiente regolamentazione e l'opacità del commercio mondiale delle armi convenzionali e delle munizioni alimentano conflitti, corruzione, povertà, violazioni dei diritti umani e impunità.*

23 Ver a interessante matéria divulgada por <https://www.milenio.com/politica/ciudadania-no-denuncia-la-corrupcion>, acesso em 20/03/2019.

24 Conforme texto exposto no sitio: <https://www.congress.gov/bill/112th-congress/senate-bill/1039?q=%7B%22search%22%3A%5B%22money+AND+free%22%5D%7D&r=25>, acesso em 20/03/2019.

como critério de avaliação de projetos e propostas de financiamentos a existência de mecanismos e ferramentas de controle desta patologia, avaliando ainda os riscos manifestos de fragilização dos Direitos Humanos associados a vários recursos aportados em programas de ajustamento estrutural da gestão pública.²⁵

A União Europeia tem insistido, a partir destas considerações, com a ideia de titularidade democrática, aqui entendida como radicalizar a plena e efetiva participação dos cidadãos no âmbito da atuação e monitoramento das estratégias e políticas de gestão pública, gerando assim maior assunção de responsabilidades – sociais e institucionais - no combate à corrupção. Por isto tais diretrizes da EU constituem verdadeiros princípios de condicionalidade ao acesso a programas de ajuda para o desenvolvimento de Estados-Parte da comunidade, formatando cláusulas anticorrupção nas suas obrigações assumidas.²⁶

Mesmo com todos estes avanços, há brechas nas legislações dos Estados da Comunidade Europeia sobre a matéria em pontos muito similares, dentre os quais: (a) relacionados às condutas de pedidos de suborno que não são aceitas pelo agente público; (b) a falta de inclusão específica como praticantes de corrupção daqueles que ocupam cargos eletivos; (c) a ausência de responsabilização mais incisiva dos agentes privados envolvidos em atos de corrupção; (d) a falta de regulamentação processual de responsabilização de atos corruptivos praticados por funcionários públicos estrangeiros; (e) a ausência de punição mais incisiva do tráfico ilícito de influência; (f) a regulamentação das situações que envolvem a intimidação dos agentes públicos para instigá-los a agirem contrário às suas obrigações.²⁷

É verdade, por outro lado, que há também situações em que

25 Por outro lado, e paradoxalmente, sabe-se que várias instituições bancárias pelo mundo afora operam no âmbito da lavagem de dinheiro para muitos tipos de atos corruptivos, sem controle algum, tanto em face dos paraísos fiscais existentes, como pelo fato de que são responsáveis pelos níveis de crescimento econômico dissociados do desenvolvimento social. Ver meu livro LEAL, Rogério Gesta. *Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade*. Op. cit.

26 In Resolución del Parlamento europeo dell'8 ottobre 2013, op.cit., p.24. Ver o texto de TOMÁS Y TÍO, José María. *La sociedad civil contra la corrupción*. In Revista Vasca de Administración Pública n°104, 2, 2016, pp.115/162.

27 Ver o texto de HAMRO-DROTZ, Filip & GENDRE, Pierre. *Combatir la corrupción en la EU – afrontar las preocupaciones de las empresas y la sociedad civil*. In Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, acessado pelo sitio <https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/qe-02-15-754-es-n.pdf>, em 22/03/2019.

não se pode identificar a existência de atos corruptivos diretos – ativos e passivos –, mas *nexos causais corruptivos*, que igualmente levam a processos de **corrosão institucional** determinados setores e serviços públicos, desmantelando segmentos e ações institucionais importantes: sucateamento do Poder Judiciário, das controladorias do legislativo, executivo e judiciário, da polícia federal e estadual, etc.

Daí o argumento de que a íntima relação entre papéis institucionais (cargos e agentes públicos) de um lado, e processos e procedimentos institucionais de outro, explica porque a corrupção tem alcançado tanto a fragilização ética e moral das instituições e dos ocupantes de seus cargos, assim como dos processos e procedimentos que viabilizam a gestão pública e mesmo o setor privado, deixando claro que há uma dimensão simbólica do que significa a corrupção em termos de valores democráticos que independe dos seus efeitos práticos e quantitativo-financeiros, ou mesmo os que dizem com sua consumação de benefício ou não (modalidade da tentativa), pois estão em jogo as bases normativo-principiológicas fundantes das relações sociais e da confiança nas instituições representativas – públicas e privadas.²⁸

Neste ponto toma importância o argumento de que, ao identificarmos alguém como pessoa corrupta, ou ação corrupta, não raro associa-se a isto juízos de valor negativo sob o âmbito moral de tais ações e, ou, pessoas. Tomemos o exemplo seguinte: se um dono de bar oferece um lanche a um policial ocasionalmente isto não simboliza ato corruptivo, mas gesto de camaradagem e gentileza ao servidor público; mas de outro lado, se tivermos situações de oferta cotidiana de lanche a este mesmo policial, podemos suspeitar que isto ocorra para que o servidor público reforce as rondas para fins de segurança do estabelecimento comercial privado.

E ainda há tipos de culpabilidade corruptiva por vezes de difícil aquilatação, como a que envolve a negligência ou imperícia, quando, por exemplo, fiscais do Poder Público responsáveis pela inspeção de segurança de obras ou sustentabilidade ambiental, por negligência ou imperícia, deixam de realizar adequadamente seus ofícios, privilegiando iniciativas da construção civil em detrimento da legislação aplicada a espécie; outro cenário é o que envolve o pagamento de propina para que estes mesmos servidores façam vistas grossas para tais exigências normativas, para os fins específicos de atenderem pedidos ilícitos destes setores. As conse-

28 Ver o texto de GARCIA, Alejandro Nieto. *La “nueva” organización del desgobierno*. Barcelona: Ariel, 1996.

quências dos comportamentos indevidos destes servidores são, modo geral, as mesmas, mas as causas que lhes dão ensejo são distintas, eis que as consequências da negligência e imperícia dizem com a corrupção/ruptura do sistema normativo de natureza civil e administrativo vigente, enquanto que as consequências dos atos decorrentes da propina evidenciam a corrupção/ruptura do sistema normativo de natureza penal.

Claro que há também o problema cultural em face da corrupção, sobre o que Lawrence Rosen dá exemplo bastante interessante, quando lembra o diálogo que teve com um marroquino em congresso internacional:

Is there corruption in America?” “Yes”, I answered. “Give us an example”, he gently inquired. So, as the room quieted, I gave an example of a kickback arrangement. “Ah, no”, said Hussein, as the others’ heads shook in unison, “that is just buying and selling.” So I mentioned the Watergate scandal. “No, no”, Hussein replied to common assent, “that is just politics.” So I gave an example of nepotism. “No, no, no”, all voices cried out, “that is just family solidarity.” So, as I struggled to think of an example that would maintain the honor of my country for being every bit as corrupt as anyone else’s, Hussein turned to the others and said, with genuine admiration: “You see why America is so strong—the Americans have no corruption!”²⁹

Em face destes elementos, afigura-se como urgente tratar comportamentos corruptivos que envolvam os gestores públicos governamentais, pois as causas e consequências de seus atos ilícitos provocam danos trágicos a vítimas individuais, coletivas e difusas, além de desestabilizar políticas públicas e instituições democráticas.

3 - CRIMINALIDADE GOVERNATIVA COMO FENÔMENO JURÍDICO E POLÍTICO:

Há muito tempo tem se falado de modalidade específica de criminalidade referida como governativa, albergando os atos criminosos

29 ROSEN, Lawrence. *Law as Culture: An Invitation*. New Jersey: Princeton University Press, 2006, p.39. Ver o excelente *Code of Conduct in the Public Sector*, da Dinamarca, localizado no site <https://modst.dk/media/18742/code-of-conduct-in-the-public-sectorforside.pdf>, em 22/03/2019. O governo da Dinamarca, na abertura do texto, já refere que: *Employees in the public sector contribute greatly to ensuring that the citizens have trust in the sector and that they consider it to be reliable, efficient and competent. That is one of the reasons that Denmark is one of the least corrupt countries in the world.*

praticados por agentes públicos em geral contra o patrimônio e interesses públicos, isto em face, de um lado, da natureza dos bens jurídicos atingidos por tais comportamentos, e de outro, por conta da natureza dos cargos ocupados pelos infratores sob comento.³⁰

E isto se justifica porque, temos de reconhecer, os governantes são pessoas que, por conta dos cargos que ocupam, possuem conjuntos de informações e influências que têm impactos significativos no cotidiano das pessoas; e mais, podem lançar mão das estruturas estatais para operar estes elementos a seu favor (e não do público). Como nos refere Díez-Picazo: *la característica definitoria de la criminalidad gubernativa radica en que, bien para cometer el delito bien para evitar que sea investigado y perseguido, sus autores pueden disponer de medios jurídicos, económicos, humanos y tecnológicos que son privativos del Estado.*³¹

Por conta destas particularidades configurativas dos agentes públicos governamentais tem se evidenciado difícil, por vezes, a apuração de condutas criminosas e ímprobas que praticam, pois se valem de simulacros, cúmplices, arranjos institucionais públicos e privados, tudo para despistar ou atrapalhar investigações sobre irregularidades praticadas, reclamando estratégias e ferramentas adequadas e eficazes de apuração da verdade fática e real em ocorrência, as quais, não raro, implicam cuidados esmerados em termos de compatibilidade/sustentabilidade constitucional e infraconstitucional na ponderação dos bens, interesses e direitos envolvidos (individuais e sociais).

Associa-se a isto a cultura política que emerge com o Estado de Direito da Idade Moderna, pautado (ainda que com vestes inicialmente liberais) na premissa e busca (substancial e procedimental) de mecanismos para a limitação e controle do Poder, superando, desta forma, o costume histórico de períodos anteriores a este de que o governante não está vinculado as leis (*princeps legibus solutus est*).³²

30 A literatura no ponto pode ser referenciada com PENNOCK, John Roland. & CHAPMAN, John W. *Criminal Justice*. Nomos vol. XXVII. New York: New York University Press, 1985. Ver igualmente o excelente texto de SCHAFER, Stephen. *The political criminal – the problem of morality and crime*. New York: Free Press, 1974.

31 DÍEZ-PICAZO, Luis María. *La criminalidad de los gobernantes*. Barcelona: Crítica, 2000, p.13. Adverte o autor, adequadamente ainda que: *Es cierto que los gobernantes no encarnan el Estado en su conjunto y es, asimismo, cierto que concretos casos de criminalidad gubernativa no convierten al Estado en una organización criminal: pero es incuestionable que los gobernantes son órganos del Estado y, sobre todo, que representan la imagen visible del mismo.* (p.14).

32 Ver o clássico texto de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. *História del Derecho*

Nestes novos tempos os governantes não são invioláveis e tampouco gozam de imunidades absolutas como em períodos absolutistas, assim como os cargos e agentes públicos a eles vinculados não estão a seu dispor, mas a disposição do Estado e de suas políticas públicas. E isto se dá porque eles são investidos nesta condição pela soberania popular, via sufrágio livre e universal, sujeitando-se a legalidade constitucional e infraconstitucional, viabilizando, assim e weberianamente, o controle racional-legal da legitimidade de suas ações.³³

Com o reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado em face de danos que seus agentes provocam, somado ao dever de regresso destes para com o Poder Público, mais novas normativas que responsabilizam diretamente agentes públicos por seus atos de improbidade e corrupção, as possibilidades de os administradores públicos restarem blindados diante dos ilícitos que cometem são cada vez menores.

Lembrando Sartori, o governo de maiorias democráticas e representativas não pode implicar mecanicamente a imposição da vontade das maiorias (argumento contramajoritário), pois deve viabilizar-se a gestão do interesse público que é de todos, demandando sensibilidade ética e moral aprofundada dos gestores eleitos para tanto, o que dá mais ênfase a responsabilidade por decorrência dos cargos que ocupam (penal, civil, administrativa).³⁴ Daí também advém a ideia da responsabilidade política (mais ampla que a jurídica), consistindo na imposição de sanções cuja natureza é precisamente política aos governantes em face do modo que eles exercem o poder que lhes foi outorgado pelo sufrágio e limitado pela lei.³⁵ Esta responsabilidade política pode ser difusa (decorrente da opinião pública) ou institucional (pela via dos *check and balances*), e ambas têm importância significativa no processo de controle da gestão dos interesses comunitários.

Por certo devemos ter presente, como premissa geral, que a

Romano. Madrid: Civitas, 2010.

- 33 Abandonando-se, pois, a adesão dos súditos a sistemas políticos de índole carismática e tradicional, fundada em arraigadas tradições coletivas ou na atraente e sedutora personalidade de um Chefe. WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992, p.170 e ss.
- 34 SARTORI, Giovanni. *Democrazia (Cose è)*. Milano: Rizzoli, 1993, p.96 e ss.
- 35 Sobre o tema ver as excelentes monografias clássicas de RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *La responsabilità politica*. Milano: Giuffrè, 1967, e de MARSHALL, Geoffrey. *Constitutional Conventions – the rules and forms of political accountability*. Oxford: Clarendon Press, 1986.

expressão da potestade sancionatória do Estado (*ius puniendi* como *ultima ratio*) tem por finalidade salvaguardar os bens mais valiosos – notadamente constitucionais – e essenciais para a manutenção da ordem social demarcada normativamente, sancionando aqueles comportamentos que se afiguram lesivos a ela. Em outras palavras, aderimos ao argumento de que a responsabilidade penal não pode ser instrumento ordinário de regulação da convivência social, mas a última opção institucional para tanto, quando os demais mecanismos se revelarem insuficientes. Assim, nem todas as infrações por parte dos governantes dão lugar a responsabilidade penal, mas somente em certos casos muito bem demarcados pela Lei isto ocorre.

No âmbito das relações entre responsabilidade política e responsabilidade penal recordemos Herbert Hart, quando destaca quatro grandes demarcações conceituais da responsabilidade, a saber: (i) entendida como capacidade, atitude para realizar atos conscientes e voluntariamente; (ii) entendida como titularidade de um dever, função ou competência; (iii) entendida como atribuição causal de um fato a uma pessoa; (iv) entendida como imputação de resultados e consequências de um ato a uma pessoa.³⁶

A responsabilidade penal, nesta perspectiva de Hart, sem sombra de dúvidas é tanto a capacidade como atribuição causal de um fato, o que remete ao tema da personalização do comportamento criminoso e sua adequação típica. A personalização significa que a responsabilidade penal deve estar baseada em atribuição causal do fato ilícito a determinada pessoa (hoje falamos em pessoa física e jurídica) que o haja cometido; e que esta responsabilidade deva estar fundada na culpabilidade desta pessoa – o que envolve estado anímico e psíquico de entendimento e vontade. Por certo que partindo sempre da premissa de que inexistente crime sem prévia disposição de lei (*nullum crimen sine lege*).

Já a responsabilidade política conta com alguns dos elementos referidos, como o da capacidade, nexos causal entre o comportamento dos governantes e os fatos que a eles são atribuídos, o que está presente na responsabilidade penal, todavia, na política, ainda temos a responsabilidade decorrente ou própria da titularidade da função pública envolvida, que reclama – também pela via legal – deveres de diligência distinguidos com o interesse e patrimônio públicos, amplificando o significado de imputação de resultados e consequências de determinados fatos e atos que coloquem em risco ou mesmo que violem aqueles.

36 HART, Herbert L. A. *Punishment and Responsibility: essays in the philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p.210.

É desta percepção que também se justifica a responsabilidade objetiva que se tem reconhecido aos gestores públicos, nos termos do art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal brasileira de 1988. E reforça esta ideia Díez-Picazo, ao referir que, *por esta razón, no es descabellado afirmar que, en ciertas circunstancias, la responsabilidad política puede llegar a ser objetiva; esto es, la imposición de la sanción política puede ser correcta sin necesidad de que haya habido culpabilidad por parte del gobernante sancionado.*³⁷

Tais elementos não deixam mais dúvidas sobre as particularidades da criminalidade governativa, o que temos de avaliar é como tem evoluído os instrumentos normativos voltados a ela, o que passamos a fazer.

4 - MARCOS NORMATIVOS E PRAGMÁTICOS DE ENFRENTAMENTO DA CRIMINALIDADE GOVERNATIVA:

Podemos dizer que, junto aos fatores clássicos e contemporâneos que tradicionalmente se tem apontado como favorecedores das práticas corruptas (insuficiente tradição democrática, o escasso respeito aos princípios democráticos, a discricionariedade abusiva dos funcionários públicos, os processos de privatização sem os devidos controles, a tolerância social em relação a tudo isto), nos últimos tempos tem aparecido outros relacionados com a emergência de instituições e organizações internacionais, envolvendo novas categorias de funcionários e empregados públicos não pertencentes necessariamente ao Estado, mas com competências e capacidades de tomada de decisões importantes, suscetíveis de desvio de finalidades e abuso de poder (notadamente em mercados globalizados).³⁸

37 DÍEZ-PICAZO, Luis María. *La criminalidad de los gobernantes*. Op. cit., p.78.

38 Ver o interessante trabalho de GARCÍA, Nicolás Rodríguez y CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. (coords.). *La corrupción en un mundo globalizado. Análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2009. Na mesma linha ver o texto de SEÑA, Jorge F. Malen. *Globalización, comercio internacional y corrupción*. Barcelona: Gedisa, 2010. Os autores lembram que o processo de globalização da economia e das instituições propicia práticas corruptivas no comércio internacional como consequência também das assimetrias que se produzem em nível econômico, político, social e jurídico, aproveitando-se as empresas para alcançar fins ilícitos. Por outro lado, o desaparecimento progressivo de fronteiras físicas e políticas entre os Estados, permitindo que muitas pessoas – físicas e jurídicas, lícitas e ilícitas – se movam com maior facilidade pela aldeia global, dificulta o controle e a responsabilização por

Estes processos transnacionais de negócios e interesses globalizados tem provocado a criação de espaços econômicos carentes de regulação adequada e efetiva contra a corrupção, e, ao mesmo tempo, cria déficits de respostas a problemas gerados por ela. Delinquentes e empresas se aproveitam destas conjunturas e realizam o que se conveniou chamar de *jurisdiction shopping*, que consiste na eleição de territórios (países e economias) com legislações penais, administrativas e cíveis mais ineficientes e brandas em matéria de corrupção para realizar transações comerciais ilícitas.³⁹

Exsurgem daí dois novos comportamentos ilícitos que reclamam maior controle e regulação administrativa, civil e penal: a corrupção do setor/mercado privado, e a corrupção no âmbito das transações comerciais internacionais, cujos bens jurídicos afetados mais diretamente são: (i) o correto desempenho das funções públicas (legalidade, moralidade, transparência, eficiência), e (ii) a concorrência leal nos mercados (nacionais e internacionais). Estes bens, quando defraudados, apresentam consequências pluriofensivas, direta e indiretamente.⁴⁰ E uma das mais nefastas constatações que podemos fazer aqui é a que diz com a naturalização da corrupção, ou seja, quando muitos a praticam e a tem como própria de hábitos políticos e econômicos, transformando-a em sistêmica, e deixando de ser racional permanecer fora de seu círculo contaminante e predador.⁴¹

atos que indevidos que pratiquem.

- 39 Ver a crítica de ELLIOT, Kimberly Ann (ed.). *Corruption and the Global Economy*. Washington: Institute for International Economics, 1997. A autora lembra que os mercados financeiros ilícitos e globais abusam na disposição de suas rendas e recursos oriundos da corrupção de qualquer lugar do planeta a partir de um simples *mouse* em seus computadores, dificultando em muito o rastreamento destes bens, pois em regra não deixam os mesmos explícitos rastros que o dinheiro em moeda o fazia, encontrando em paraísos fiscais espaços de proteção e blindagem. O mesmo vale para os *offshores*, conforme o trabalho de MURPHY, Richard. *Dirty Secrets – how tax havens destroy the economy*. New York: Verso, 2017.
- 40 Pensemos nos casos em que, por conta do desvio de recursos públicos, empresas públicas e privadas reduzem a qualidade e quantidade de segurança do trabalho para seus empregados, colocando em risco suas vidas e saúde; ou mesmo os usuários de serviços públicos que recebem serviços e obras deficitárias por conta da malversação do dinheiro da Administração.
- 41 Ver o texto de BULL, Martin J.; NEWELL, James L. (eds.) *Corruption in Contemporary Politics*. New York: Palgrave Macmillan, 2003. O texto mostra como a corrupção reduz a eficiência no uso dos recursos públicos, aumenta o gasto público, reduz o investimento estrangeiro de longo prazo, prevê a fuga de capitais honestos

O Brasil possui vários documentos que tratam destes temas, em especial o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal⁴² e o Código de Conduta da Alta Administração Federal⁴³ – apenas para ficar com parâmetros mais gerais sobre a matéria.⁴⁴ Em tais normativas, os principais pontos de regulação são: (a) uso indevido do cargo público; (b) enriquecimento ilícito no exercício da função; patrocínio de interesse privado perante a administração pública (tráfico de influência); (c) violação de sigilo; (d) uso de informação privilegiada; (e) prestação de assessoria a entidade privada; (f) atividade profissional paralela à função pública; (g) hipóteses de conflito de interesse; (h) limitações para atividade profissionais posteriores ao exercício do cargo (quarentena); (i) recebimento de presentes; (j) uso de recursos públicos e servidores em atividades particulares; (l) apropriação de fundos ou de bem móvel públicos, dentre outros.

Vejam que todas estas situações de comportamento antiético

para outros territórios que lhes deem mais segurança, impede o *livre* jogo da oferta e procura não somente nos mercados nacionais, mas também nos internacionais. Na mesma linha o texto de DOMÈNECH, Antoni. *Ética pública y control democrático. A función da ética pública no funcionamiento da democracia*. In *Ética Pública: desafios e propostas*. Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública, 2008.

- 42 Instituído pelo Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994. Nele estão estabelecidos princípios e valores que visam a estimular um comportamento ético na Administração Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm. Acesso em 13/02/2013.
- 43 Instituído pelo Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm. Acesso em 13/02/2013. É interessante referir que as autoridades submetidas ao Código de Conduta da Alta Administração Federal (CCAAF) são: ministros e secretários de Estado, titulares de cargos de natureza especial, secretários executivos, secretários ou autoridades equivalentes ocupantes de cargo do Grupo de Direção e Assessoramento Superiores (DAS) nível seis - presidentes e diretores de agências nacionais, de autarquias, inclusive especiais, de fundações mantidas pelo Poder Público, de empresas públicas e de sociedades de economia mista. Todos esses agentes públicos, além da declaração de bens e rendas de que trata a Lei n. 8.730/93, devem encaminhar à Comissão de Ética Pública as informações sobre sua situação patrimonial que, real ou potencialmente, possa suscitar conflito com o interesse público, indicando o modo pelo qual irá evitá-lo (art. 4º do CCAAF).
- 44 Há outras normas de igual importância que formatam um sistema normativo de ética pública hoje vigente, dentre as quais podemos citar a Lei 8112/90, que estabeleceu o regime jurídico único do servidor; a Lei 9429/92, que tipificou os casos de improbidade; a Lei 9784/99, regulando o processo administrativo.

tranquilamente podem configurar, dependendo das circunstâncias, ações criminosas envolvendo justamente vínculos – diretos e indiretos – com instâncias de governos as mais diversas.

Daí porque foi necessária a criação do sistema de declaração de bens dos servidores públicos, introduzido no Brasil pela Lei nº 3.164, de 1/07/1957, instituindo o chamado registro público obrigatório dos valores e bens pertencentes ao patrimônio privado de quantos exerçam cargos ou funções públicas da União e entidades autárquicas, eletivas ou não (art. 3º), sendo que a atualização dos dados dessa declaração deve ser feita anualmente, ou na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função, podendo substituí-la por cópia da declaração anual de bens e rendas apresentada ao Fisco federal (art. 13, § 4º).

Já a Lei nº 8.730, de 10/11/93, estabeleceu a obrigatoriedade de todos os agentes políticos e membros da magistratura e do Ministério Público da União, bem como os que exerçam cargos eletivos, empregos ou funções de confiança, na administração direta, indireta e fundacional, apresentarem declaração de bens, com indicação das fontes de renda, no momento da posse, no final de cada exercício financeiro, ao final da gestão ou mandato, exoneração, renúncia ou afastamento definitivo, como medida de controle interno do aumento do patrimônio dessas categorias de servidores e agentes políticos e a compatibilidade desse aumento com as rendas declaradas.⁴⁵

Para além disto, veio a lume a Comissão de Ética Pública Federal, órgão consultivo do Governo Brasileiro, estabelecido por Decreto Presidencial de 26 de maio de 1999, e que constituiu rede de profissionais com responsabilidades em gestão da ética em cada uma das entidades e órgãos federais. São 165 representantes setoriais da Comissão, em 220 entidades e órgãos. Tais representantes vinculam-se tecnicamente à Comissão, mas não têm qualquer subordinação administrativa. A responsabilidade básica desses profissionais é apoiar a Comissão no cumprimento das suas funções, assim como zelar pela execução das funções básicas em gestão da ética em suas respectivas organizações.⁴⁶

45 Esta lei também é aplicável aos governos estaduais e municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8730.htm. Acesso em 22/03/2019.

46 In http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/dnn/Dnnconduta.htm, acesso em 22/03/2019. Ver também o link <http://etica.planalto.gov.br/>. Aliás, na década de 1990 vamos assistir movimentos consistentes no Ocidente no âmbito da formatação de marcos regulatórios da ética/moralidade pública, como, exemplificativamente,

É preciso que se registre, todavia, que em termos históricos, o Decreto-lei nº 3.240, de 08 de maio de 1941, já autorizava o sequestro dos bens de pessoas indiciadas por crimes de que resultassem prejuízo para a Fazenda Pública, podendo este atingir inclusive bens em poder de terceiros, desde que estes os tivessem adquirido dolosamente, ou com culpa grave. No caso do prejuízo não ser coberto por essa forma, deveria ainda ser promovida, no juízo competente, a execução da sentença condenatória, recaindo sobre tantos bens quantos bastassem para ressarcir os prejuízos levados a efeito. E mais, a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, naquela quadra histórica definiu de forma expressa os chamados *crimes de responsabilidade*, regulando o respectivo processo e julgamento, e alcançando o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, Governadores e Secretários dos Estados, cuja sanção em caso de condenados era a perda do cargo ou função, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos casos do artigo 52, da Constituição Federal, e pelo Supremo Tribunal Federal nos casos do artigo 102, I, “c”, do mesmo Estatuto, sendo que os atos nela caracterizados não constituem crimes e sim infrações político-administrativas.

Com relação aos Prefeitos Municipais e Vereadores, as infrações político-administrativas foram disciplinadas pelo Decreto-lei nº 201/1967, fazendo distinção entre os crimes de responsabilidade (artigo 1º), a serem julgados pelo Poder Judiciário, cabendo inclusive pena de detenção e reclusão, e as infrações político-administrativas, a serem julgadas pela Câmara dos Vereadores, cabendo sanções puramente políticas, à semelhança dos crimes de responsabilidade da Lei nº 1.079/1950.

No ano de 2013 outro avanço importante neste tema foi o advento da Lei nº 12.846, a conhecida Lei Anticorrupção, que passou a estabelecer a responsabilidade civil e administrativa objetiva de pessoas jurídicas

a Finlândia, que cria sua Lei de Funcionários do Estado; a Austrália, editando a Lei do Serviço Público; a Noruega, com a Lei da Função Pública; a Dinamarca, com a Lei de Pessoal da Administração Central e Local; a Holanda, com a Lei da Função Pública; a Nova Zelândia e Portugal (1990), com seus Códigos de Condutas dos Serviços Públicos; os Estados Unidos da América (1992), com as Normas de Conduta dos Funcionários do Poder Executivo; o Reino Unido (1995), publicando as Normas de Conduta da Vida Pública e o Código da Função Pública; e mesmo o Japão, editando sua Lei sobre Ética dos Serviços Públicos. Ver informações no sítio <http://www.oecd.org/redirect/puma/gvrnance/surveys/>, acesso em 22/03/2019.

pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, prevendo a imposição pela própria Administração de sanções rigorosas, envolvendo desde multas pequenas e altíssimas, até a suspensão ou extinção de atividades – ai pela via judicial.⁴⁷

Mas este universo todo de dispositivos jurídicos tem se mostrado suficientes para diminuir atos de corrupção e criminalidade governativa? A resposta é negativa, razão pela qual a necessidade de termos ampliado, nos últimos tempos, a intervenção penal à proteção de determinados bens jurídicos indisponíveis e públicos que envolvem âmbitos da vida social em seu evolver histórico, e que reclamam proteção diferida – inclusive penal – para a salvaguarda de bens agora tomados como indispensáveis para o desenvolvimento sustentável e responsável com as presentes e futuras gerações, prevenindo riscos e perigos (concretos e abstratos) que podem causar danos irrecuperáveis não só a interesses individuais, mas fundamentalmente a interesses públicos, difusos e coletivos.⁴⁸

O problema é que o Direito Penal, modo geral, até há pouco tempo, estava mais focado em delitos perceptíveis pelos sentidos, tangíveis e identificados facilmente em face de suas materialidades e autorias, mensuradas pelos níveis de violência ínsita que os caracterizavam (crimes contra as pessoas, contra a propriedade); agora, entretanto, encontra-se tensionado em alguns de seus institutos dogmáticos tradicionais, como culpabilidade, imputabilidade, autoria, materialidade, dentre outros, pois novos comportamentos criminosos exurgem, não sendo a violência física o que os caracteriza, intensificando-se os delitos de perigo abstrato ou presumido, como os que atingem direitos difusos e coletivos – meio ambiente e consumidor, os crimes contra a administração pública, dentre outros.⁴⁹

47 Ver nosso LEAL, Rogério G. *A nova Lei Anticorrupção Empresarial no Brasil: novo marco regulatório às responsabilidades das pessoas jurídicas por atos atentatórios aos bens públicos*. In *Interesse Público*, Belo Horizonte, n. 88, p. 25-54, nov./dez. 2014.

48 Ver os textos de ZAPATERO, Luis Arroyo, *et ali* (coords.). *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad Castilla la Mancha, 2003; e MARTÍN, Luis Gracia. *Fundamentos de Dogmática Penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

49 Ver o texto de HOYOS, Gustavo Balmaceda. *Consideraciones críticas sobre el derecho penal moderno y su legitimidad*. Santiago do Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007.

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Podemos dizer, em face do ponderado, que não se sustentam hoje, para o enfrentamento satisfativo da criminalidade governamental, apenas medidas ordinárias administrativas e cíveis, pois elas já se mostraram insuficientes para dar conta dos desafios, riscos e perigos aos quais estamos submetidos todos, motivo pelo qual impõem-se pensarmos em um Direito Penal não exclusivamente subsidiário de bens jurídicos individuais; ao contrário, estamos a reclamar um Direito Penal funcionalizado como sistema de controle de riscos e responsabilidades de danos a bens jurídicos públicos indisponíveis elevados à proteção constitucional e penal viabilizadores das condições necessárias e estabelecidas para o livre desenvolvimento digno do indivíduo na Sociedade.⁵⁰

Por isto defendemos o chamado Direito Penal de Riscos⁵¹, formatado a partir de algumas notas especiais, que em hipótese alguma se constituiriam como exaustivas, a saber: (a) a intervenção do Direito Penal dar-se-ia em âmbitos diferentes do que tem sido seu espaço tradicional, ampliando-se o número de comportamentos penalmente relevantes; (b) tratar-se-ia de um Direito Penal que oferece tutela a grande número de bens jurídicos de natureza supra individual ou coletiva; (c) predominariam neste novo Direito Penal os tipos de perigo e os delitos de perigo abstrato⁵²; (d) antecipar-se-ia o momento da intervenção penal, aumentando-se a repressão penal de determinados atos preparatórios, haja vista o potencial de danos irrecuperáveis que poderíamos produzir; (e) haveria modificações no sistema de imputação da responsabilidade, ampliando as situações de imputação objetiva e a responsabilidade penal da pessoa jurídica; (f) haveria mudanças pontuais no âmbito das garantias

50 Ver o texto de CURBET, Jaume. *Un Mundo Inseguro: la seguridad en la sociedad del riesgo*. Barcelona: UOC, 2011.

51 Defendemos isto em nosso livro LEAL, Rogério Gesta. *Responsabilidade penal do patrimônio ilícito como ferramenta de enfrentamento da criminalidade*. Porto Alegre: FMP, 2017, acesso em <http://www.fmp.edu.br/servicos/285/publicacoes/>.

52 O esclarecimento destas questões por Bidasolo é importante: *La situación de peligro ex ante opera como límite a la actuación incriminadora del legislador: la legitimidad del castigo de conductas peligrosas está vinculada al respeto a dichos límites axiológicos. Sólo en la medida en que se incriminen conductas con suficiente peligrosidad normativa, en abstracto, se respetarán los postulados del Estado de Derecho, en particular, el principio de intervención mínima y ultima ratio del Derecho Penal*. In BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Legitimidad de la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. In Revista do CENIPEC. Vol. 30. Barcelona: Cenipecc, 2011, p.104.

processuais para determinados delitos de maior complexidade e gravidade, atingindo de certa forma alguns institutos clássicos do Direito Penal, como o da legalidade estrita, devido processo legal, contraditório, dentre outros – por óbvio que sem menoscabo deles.⁵³

Em termos de legislação penal material, houve também avanços no país em direção a este Direito Penal de Riscos, basta vermos algumas alterações envolvendo os crimes contra a Administração Pública que são de difícil apuração, dentre os quais:

(a) a **inserção de dados falsos em sistema de informações** (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000), regulado pelo art. 313-A, no sentido de inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano, com reclusão de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa;

(b) a **modificação ou alteração não autorizada de sistema de**

53 RIPOLLÉS, José Luis Díez. *De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: un debate desenfocado*. In Doutrinas Essenciais de Direito Penal, Vol. 2, p. 975 – 1021. Out / 2010, p.980. Ver também o texto de GRACIA, Leonardo. ¿Qué es la modernización del Derecho Penal? In La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo - Libro en Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002. Outro texto importante é o de BUERGO, Blanca Mendoza. *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, afirmando que: *la política criminal en el derecho penal del riesgo prima facie se caracteriza por un acentuado adelantamiento de la protección penal, así como la configuración de bienes jurídicos universales (de vago contenido)*. (p.44). **Gracia Martín** já amplia este âmbito para os seguintes: a) *El denominado Derecho penal del riesgo, con el cual se trataría de dar una respuesta, preferentemente por medio de los tipos de peligro abstracto, a los grandes riesgos que crean ciertas actividades en la actual “sociedad del riesgo”, como las relativas a la tecnología atómica y nuclear, a la informática, a la genética, o a la fabricación y comercialización de productos;* b) *el Derecho penal económico y del ambiente, que agrupa un conjunto de tipos penales orientados a proteger el ambiente y otros “nuevos” bienes jurídicos de la Economía que, generalmente, remiten a substratos de carácter colectivo;* c) *el Derecho penal de la empresa, en el cual se trata sobre todo de las cuestiones de imputación que plantea el hecho delictivo cometido a partir de una organización empresarial, y por esto con arreglo a los principios de división del trabajo y de jerarquía;* d) *el Derecho penal de la Unión Europea para la protección de los bienes jurídicos “europeos” diferenciados de los nacionales;* e) *el Derecho penal de la globalización para la protección de bienes jurídicos en el actual mercado global autorregulado y no controlado por los Estados nacionales;* y f) *el tan controvertido —y por Jakobs denominado en 1985— Derecho penal del enemigo*. In MARTÍN, Luis Gracia. *El Derecho penal moderno del Estado social y democrático de Derecho*. In <http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/>, acesso em 13/06/2016, p.05

informações (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000), regulado pelo art. 313-B, no sentido de modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente, com pena de detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa, podendo ser aumentadas de um terço até a metade se da modificação ou alteração resulta dano para a Administração Pública ou para o administrado;

(c) a ampliação punitiva da **violação de sigilo funcional** do art. 325, introduzido pela Lei nº9.983/2000, aduzindo que nas mesmas penas deste artigo incorre quem *permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública; ou que se utiliza, indevidamente, do acesso restrito. Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública* ou a outrem a pena resta com reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa;

(d) a alteração do art. 342, pela Lei nº10.268/2001, que criminaliza **fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral**, com pena de reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, sendo que as penas aumentam de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta. A complexidade probatória destas situações se amplifica nos termos do art. 343, ao criminalizar o comportamento de **dar, oferecer ou prometer** dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação.

Os delitos acima referidos são formatados, não raro, a partir de redes organizadas de colaboração entre diversos protagonistas (pessoas físicas e jurídicas), do setor público e privado, provocando danos imensos tanto na credibilidade das instituições atingidas, como em direitos e garantias individuais e sociais (difusos e coletivos) os mais diversos. Vamos imaginar como se dão os atos de: (a) adulteração e forja de documentos envolvendo o comércio ilícito de veículos; (b) manipulação de avaliações no âmbito da sustentabilidade ambiental de intervenções econômicas; (c) violação de licitações e contratos administrativos (no campo da formatação e execução) a partir daqueles expedientes.

Em termos de processo penal também tivemos inovações para combater a criminalidade governativa, como a **ação controlada**, prevista na lei das organizações criminosas (art. 2º, II, da Lei nº 9.034/95), na lei de lavagem de dinheiro (art. 4º, §4º, da Lei nº9.613/98), e na nova lei de tóxicos (art. 53, II, da Lei nº 11.343/2006), consistente em estratégia de investigação que possibilita aos agentes policiais retardarem suas intervenções em relação a infrações em curso, mediante o acompanhamento da ação delituosa, com o objetivo de fazer com que a intervenção se efetive no momento mais apropriado para a obtenção de provas e para a identificação e responsabilização do maior número possível de pessoas envolvidas.

Da mesma forma a **infiltração de agentes**, enquanto técnica de investigação criminal prevista na lei das organizações criminosas (art. 2º, inciso V) e na lei de tóxicos (art. 53, inciso I), através da qual agente do Estado (de polícia ou de inteligência), mediante prévia autorização judicial, infiltra-se em organização criminosa, simulando a condição de integrante desta, para obter informações acerca de seu funcionamento.

Nesta senda em 2012 temos alterações na Lei nº9.613/1998, que trata da lavagem de ativos, admitindo, no âmbito das condutas antecedentes, a prática de qualquer infração penal, inclusive as contravenções.

Somam-se a estas as interceptações telefônicas, telemáticas, escutas ambientais, quebra de sigilo fiscal, bancário, os monitoramentos por imagem com *drones*, e as rotineiras medidas investigativas inominadas, dentre as quais, as conversas informais com possíveis testemunhas, observação dos contatos presenciais e hábitos de determinada pessoa, avaliação meramente ocular de possíveis sinais ostensivos de riqueza, coleta de material descartado, consulta a fontes públicas de informação (impresas ou virtuais), filmagem, fotografia ou gravação de situações públicas.⁵⁴

Todos estes expedientes e estratégias tem se apresentado necessários para a apuração da criminalidade governativa, pois ela também tem

54 Podemos citar ainda o Sistema de Identificação automatizada de Impressões Digitais – AFIS (usado para comparar uma impressão digital com impressões previamente arquivadas no banco de dados do sistema); relatório da Reconhecimento Visuográfica (articula e sistematiza vários elementos do crime, como local, hora, dia do fato e da semana, condições climáticas, subsídios coletados junto às testemunhas e pessoas que tenham ciência dos acontecimentos); sistema Ômega (programa que unifica as doze principais bases de dados do país, usa o banco de dados do RDO, DETRAN (CRLV, CNH e multas), DE (Delegacia Eletrônica), Junta Comercial, Disque-Denúncia, Infocrim, Phoenix, cadastros civil e criminal e outros); infoseg; infocrim; fotocrim.

se sofisticado e complexificado a ponto de tornar difícil a investigação e apuração de responsabilidades dos seus agentes. Por tais razões é que novas técnicas, métodos e instrumentos de investigação tem vindo a lume em todo o mundo, como o que se tem chamado de *inteligência financeira*, para justamente conseguir com eficácia maior monitorar e rastrear a movimentação de recursos bilionários de capital que – modo geral – acompanham ações corruptivas.

No Brasil, o exemplo do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, constituído pela Lei nº9.613/1998, é muito peculiar, pois, enquanto unidade de inteligência financeira do governo federal que atua principalmente na prevenção e no combate à lavagem de dinheiro, desde sua criação, já produziu cerca de 40 mil Relatórios de Inteligência Financeira (RIFs), sendo que somente no ano de 2018 constituiu 7.279 relatórios, que listaram cerca de 330 mil comunicações de operações suspeitas e em dinheiro em espécie.⁵⁵ Todas estas informações são partilhadas com a Polícia Federal, Receita Federal, Banco Central e Ministério Público, entidades também responsáveis pela investigação de crimes financeiros.

*A proatividade da inteligência financeira na vigilância e monitoramento do sistema financeiro aumente o nível de governança sobre a movimentação de recursos de natureza ilícita e repercute, quase que inevitavelmente, nas investigações criminais. O COAF passa a ser mais um ator nos procedimentos de persecução penal, principalmente porque a tecnologia tem lhe possibilitado uma capacidade cada vez mais robusta e qualificada no processamento e análise de grande quantidade de dados e informações.*⁵⁶

55 Conforme matéria do Globo, no site <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/01/21/saiba-o-que-e-e-como-funciona-o-coaf.ghtml>, acesso em 29/03/2019. Ver o texto de BECHARA, Fábio Ramazzini e SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Ministério Público e a estratégia de investigação no caso lava a jato: legalidade e eficácia probatória da informação de inteligência financeira*. In AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos e MENDES, Paulo de Sousa. *Corrupção – ensaios sobre a Operação Lava a Jato*. São Paulo: Marcial Pons/CEDPAL, 2019.

56 BECHARA, Fábio Ramazzini e SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Ministério Público e a estratégia de investigação no caso lava a jato: legalidade e eficácia probatória da informação de inteligência financeira*. Op. cit., p.61. Aduzem os autores que: *A lógica e a eficiência impõem que se arbitre um regime de cooperação e coordenação entre ambas as atividades, cujo intercâmbio de resultados observe os parâmetros do processo justo, principalmente aquele incidentes sobre a atividade probatória, para resguardar a sua legalidade e eficácia, seja como elemento de informação, meio de obtenção de prova, meio de prova ou argumento de prova.*

Ao lado destes marcos normativos, a jurisprudência dos tribunais brasileiros foi lentamente maturando posicionamentos atinentes aos bens públicos protegidos penalmente, até chegar, por exemplo, a súmula nº 599, do Superior Tribunal de Justiça, julgada somente em 20/11/2017, e publicada no DJe de 27/11/2017, dizendo que: *O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública, evidenciando, pois, ser incabível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos cometidos contra a Administração Pública, uma vez que a norma visa a resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moral administrativa, insuscetível de valoração econômica.*⁵⁷

E não era sem tempo, pois efetivamente os crimes praticados contra a Administração Pública provocam danos trágicos e, por vezes, irreversíveis, em face dos desvios bilionários de dinheiro públicos que deveriam estar sendo usados na concretização de Direitos Fundamentais Sociais de alta relevância, deixando a deriva milhões de brasileiros que necessitam de políticas e ações garantidoras de seus mínimos existenciais vitais, o que reclama medidas extremas de prevenção e responsabilização, por óbvio observadas as garantias constitucionais e infraconstitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

6 - BIBLIOGRAFIA:

AGRG no Agravo em Recurso Especial nº 572.572 - PR (2014/0212773-0), Relator Min. Jorge Mussi, julgado em 08/03/2016.

BECHARA, Fábio Ramazzini e SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Ministério Público e a estratégia de investigação no caso Lava a Jato: legalidade e eficácia probatória da informação de inteligência financeira*. In AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos e MENDES, Paulo de Sousa. *Corrupção – ensaios sobre a Operação Lava a Jato*. São Paulo: Marcial Pons/CEDPAL, 2019.

BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Legitimidad de la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. In Revista do CENIPEC. Vol. 30. Barcelona: Cenipec, 2011.

BOK, Sissela. *Lying: Moral Choice in Public and Private Life*. New York: Random

57 Ementa do AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 572.572 - PR (2014/0212773-0), Relator Min. Jorge Mussi, julgado em 08/03/2016. Grifos nossos.

House, 1998.

BRAITHWAITE, Valerie & LEVI, Margaret (eds.). *Trust and Governance*. New York: Russell Sage, 1998.

BUERGO, Blanca Mendoza. *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

BULL, Martin J.; NEWELL, James L. (eds.) *Corruption in Contemporary Politics*. New York: Palgrave Macmillan, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Pequena nóvula de apresentação*. In LOPES, José Mouraz. *O espectro da corrupção*. Coimbra: Almedina, 2011.

CASSESE, Sabino. *L'Italia: una società senza Stato?* Bologna: Il Mulino, 2011.

CURBET, Jaume. *Un Mundo Inseguro: la seguridad en la sociedad del riesgo*. Barcelona: UOC, 2011.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. *La criminalidad de los gobernantes*. Barcelona: Crítica, 2000.

DOMÈNECH, Antoni. Ética pública y control democrático. La función de la ética pública en el *funcionamiento de la democracia*. In *Ética Pública: desafíos e propuestas*. Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública, 2008.

ELLIOT, Kimberly Ann (ed.). *Corruption and the Global Economy*. Washington: Institute for International Economics, 1997.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. *Historia del Derecho Romano*. Madrid: Civitas, 2010.

GAMBETTA, Diego (ed.). *Trust: Making and Braking Cooperative Relations*. Oxford: Basil Blackwell, 2000.

GARCIA, Alejandro Nieto. *La "nueva" organización del desgobierno*. Barcelona: Ariel, 1996.

GARCÍA, Nicolás Rodríguez y CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. (coords.). *La corrupción en un mundo globalizado. Análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio

Legis, 2009.

GRACIA, Leonardo. ¿Qué es la modernización del Derecho Penal? In *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo - Libro en Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002.

HAMRO-DROTZ, Filip & GENDRE, Pierre. *Combater la corruption en la EU – afrontar las preocupaciones de las empresas y la sociedad civil*. In *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo*, acessado pelo sítio <https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/qe-02-15-754-es-n.pdf>, em 22/03/2019.

HART, Herbert L. A. *Punishment and Responsibility: essays in the philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HOYOS, Gustavo Balmaceda. *Consideraciones críticas sobre el derecho penal moderno y su legitimidad*. Santiago do Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007.

http://ec.europa.eu/anti_fraud/, acesso em 16/07/2014.

<http://etica.planalto.gov.br/>, acesso em 20/03/2019.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content>, acesso em 20/03/2019.

<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/11/entre-2012-e-2016-29-jornalistas-foram-assassinados-no-brasil.html>, acesso em 20/03/2019.

<http://www.oecd.org/redirect/puma/gvrnance/surveys/>, acesso em 22/03/2019.

<http://www.onu.org.br/agencia-da-onu-lanca-ferramenta-para-apoiar-jornalismo-investigativo-sobre-corrupcao/>, acesso em 09/07/2014.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm, acesso em 13/02/2013.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm. Acesso em 13/02/2013.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/dnn/Dnnconduta.htm, acesso em 22/03/2019.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM:r12101>,

acesso em 20/03/2019.

<https://modst.dk/media/18742/code-of-conduct-in-the-public-sectorforside.pdf>, em 22/03/2019.

<https://www.congress.gov/bill/112th-congress/senate-bill/1039?q=%7B%22search%22%3A%5B%22money+AND+free%22%5D%7D&r=25> , acesso em 20/03/2019.

<https://www.milenio.com/politica/ciudadania-no-denuncia-la-corrupcion>, acesso em 20/03/2019.

KAUFMANN, Daniel. *Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción*. In www.worldbank.org/wbi/governance, acesso em 29/06/2018.

LEAL, Rogerio Gesta. *Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.

----. *Responsabilidade penal do patrimônio ilícito como ferramenta de enfrentamento da criminalidade*. Porto Alegre: FMP, 2017, acesso em <http://www.fmp.edu.br/servicos/285/publicacoes/>.

----. *A nova Lei Anticorrupção Empresarial no Brasil: novo marco regulatório às responsabilidades das pessoas jurídicas por atos atentatórios aos bens públicos*. In *Interesse Público*, Belo Horizonte, n. 88, p. 25-54, nov./dez. 2014.

MARSHALL, Geoffrey. *Constitutional Conventions – the rules and forms of political accountability*. Oxford: Clarendon Press, 1986.

MARTÍN, Luis Gracia. *El Derecho penal moderno del Estado social y democrático de Derecho*. In <http://www.sitios.scjn.gob.mx/cursoderechopenal/sites/>, acesso em 13/06/2016.

----. *Fundamentos de Dogmática Penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

MURPHY, Richard. *Dirty Secrets – how tax havens destroy the economy*. New York: Verso, 2017.

OKIN, Susan Moller. *Diritto delle Donne e Multiculturalismo*. Roma: Cortina Ra-

ffaello, 2007.

PENNOCK, John Roland. & CHAPMAN, John W. *Criminal Justice*. Nomos vol. XXVII. New York: New York University Press, 1985.

RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *La responsabilità politica*. Milano: Giuffrè, 1967.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. *De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: un debate desenfocado*. In Doutrinas Essenciais de Direito Penal, Vol. 2, p. 975 – 1021. Out / 2010.

RISOLUZIONE DEL PARLAMENTO EUROPEO DELL'8 OTTOBRE 2013, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013IP0395&from=PL>, acesso em 20/03/2019.

ROSEN, Lawrence. *Law as Culture: An Invitation*. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

SARTORI, Giovanni. *Democrazia (Cose è)*. Milano: Rizzoli, 1993.

SCHAFER, Stephen. *The political criminal – the problem of morality and crime*. New York: Free Press, 1974.

SEÑA, Jorge F. Malen. *Globalización, comercio internacional y corrupción*. Barcelona: Gedisa, 2010.

TOMÁS Y TÍO, José María. *La sociedad civil contra la corrupción*. In Revista Vasca de Administración **Pública** nº104, 2, 2016.

WALLIN, Claudia. *Um país sem excelências e mordomias*. São Paulo: Geração Editorial, 2014.

WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8730.htm. Acesso em 22/03/2019.

ZAPATERO, Luis Arroyo, et ali (coords.). *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad Castilla la Mancha, 2003.

ACCIÓN DE AMPARO EN CHILE. UNA REVISIÓN DE LOS CRITERIOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN MATERIAS MIGRATORIAS

RODRIGO RÍOS ÁLVAREZ¹
MATÍAS BRAVO FARCUH²

INTRODUCCIÓN

En los últimos años una de las temáticas que más ha generado debate en nuestra sociedad ha sido el denominado *fenómeno migratorio*. El aumento sostenido de personas extranjeras que buscan radicarse en el territorio patrio, evidentemente ha traído como consecuencia un incremento en las externalidades naturales -positivas y negativas- que de ello derivan, de entre las cuales, el debate suele concentrarse en aquellas que son negativamente valoradas por la sociedad. Probablemente las más sensibles de estas externalidades negativas, vistas desde la perspectiva del ciudadano común, son aquellas que tienen relación con la comisión de delitos por parte de los ciudadanos extranjeros. Si a esta natural aprensión social, se le adiciona el elemento de la desinformación provocada por la falta de disposición de antecedentes específicos y oficiales por parte de los organismos llamados a ejercer los controles migratorios y de persecución penal de los delitos; el sinnúmero de artículos de prensa especulativos -particularmente sensacionalistas-; y los discursos políticos populistas -peligrosamente punitivos-, todo ello redundará en un escenario en donde proliferan ideas, apreciaciones y opiniones que necesariamente han de ser corroboradas con antecedentes objetivos para abordar responsablemente esta temática.

A nivel normativo, el núcleo central de nuestro derecho migratorio está en el Decreto Ley N° 1.094 del año 1975, conocido como la “Ley de Ex-

-
- 1 Profesor de Derecho Procesal Penal y Litigación Oral, Universidad Finis Terrae. Magíster en Derecho con Mención en Derecho Público y Abogado de la Universidad de Chile. Correo electrónico: rriosa@uft.edu
 - 2 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Finis Terrae, Magister (c) en Derecho y Litigación Penal, Universidad Finis Terrae, Profesor Ayudante de Cátedra Derecho Procesal Penal, Universidad de Finis Terrae; correo electrónico: mbravof@uft.edu

trajería³. Una de las características de esta regulación, viene dada por las amplísimas potestades que les entrega a los órganos encargados del control migratorio, facultándolos a impedir bajo supuestos genéricos, el ingreso de personas extranjeras o su expulsión del territorio nacional, sin necesidad de observarse mayores formalidades de orden procesal. Como consecuencia del ejercicio de estas facultades, en la práctica se producen una serie de situaciones que colisionan con los legítimos intereses de los migrantes, y en general, afectando aspectos esenciales del debido proceso. Es precisamente en este escenario que los tribunales superiores de justicia han jugado un rol fundamental cuando, una vez solicitada su intervención por parte de los afectados, han otorgado tutela efectiva a los derechos de los migrantes en los casos en que la autoridad ha ejercido sus facultades de forma arbitraria o ilegal, afectando su libertad personal o seguridad individual, adquiriendo la acción de amparo del artículo 21 de la Constitución un rol protagónico, como mecanismo idóneo y eficaz para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado.

El artículo 21 de la Constitución Política de la República, dispone que: *“todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución Política de la República o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.*

Esa magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención.

Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.

El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual.

La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”.

A continuación, se expondrán los principales criterios y fun-

3 Complementada por el Decreto Supremo N° 597 del año 1984, que establece su reglamento.

damentos que ha considerado y esgrimido en los últimos años la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, al acoger recursos de apelación interpuestos en contra de decisiones adoptadas por las diversas Cortes de Apelaciones del país, en conocimiento de amparos deducidos en diversas materias relacionadas con migrantes. Debe hacerse presente que para este trabajo sólo se analizaron acciones de amparo en la cuales se impugna una decisión de autoridad fundada en algún presupuesto de relevancia penal. Así el análisis lo clasificaremos por materias: (1) Ingreso clandestino, (2) Expulsiones por comisión de delitos diversos al ingreso clandestino, (3) Impedimento de ingreso al territorio nacional de extranjeros que registran orden de expulsión por haber sido condenados previamente, (4) Imputación o condena por delito cometido en el extranjero.

1- INGRESO CLANDESTINO

La primera de las materias que abordaremos, son los criterios que la Corte Suprema ha utilizado para resolver los amparos que han llegado a su conocimiento en torno al delito de ingreso clandestino, previsto y sancionado en el artículo 69 del DL N° 1.094. Dicha norma establece: *“Los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él clandestinamente, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo. Si lo hicieren por lugares no habilitados, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a máximo. Si entraren al país existiendo a su respecto causales de impedimento o prohibición de ingreso, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. Una vez cumplida la pena impuesta en los casos precedentemente señalados, los extranjeros serán expulsados del territorio nacional”*.

A su turno, el artículo 146 del Reglamento dispone que: *“[...] se entiende que el ingreso es clandestino cuando se burla en cualquier forma el control policial de entrada [...] Una vez cumplida la pena impuesta en los casos señalados en el presente artículo y en el precedente u obtenida su libertad conforme a lo dispuesto en el artículo 158, se deberá disponer su expulsión del territorio nacional”*.

A su turno, el artículo 158 del Reglamento regula aspectos procedimentales, estableciendo que: *“[...] El proceso respectivo se iniciará por denuncia o requerimiento del Ministro del Interior o del Intendente Regional respectivo, en base a los informes o antecedentes de los Servicios de Control, de otras autoridades o de particulares. El Ministro del Interior*

o Intendencia Regional, podrán desistirse de la denuncia o requerimiento en cualquier tiempo, dándose por extinguida la acción penal. En tal caso, el Tribunal dictará el sobreseimiento definitivo y dispondrá la inmediata libertad de los detenidos o reos”.

Mediante la interposición de amparos, lo que se pretende dejar sin efecto es aquella resolución o decreto que ha dispuesto la sanción de expulsión para aquellos extranjeros que, en cuanto al ingreso o egreso del territorio nacional, no han dado cumplimiento a las normativas legales vigentes, incurriendo y configurando los presupuestos de este tipo penal, en la medida que se considera a dicha resolución o decreto como arbitraria o ilegal.

En general, puede constatarse que las acciones de amparo en esta materia toman como antecedente y fundamento la circunstancia de que la autoridad respectiva había efectuado la correspondiente denuncia ante el Ministerio Público, lo que la habilitaba para decretar la correspondiente expulsión, en los términos del artículo 158 del Reglamento de Extranjería. Así, interpuesta que hubiere sido la respectiva denuncia, acto seguido, la misma autoridad formulaba el desistimiento de ésta, produciéndose por el sólo ministerio de la ley la extinción de la responsabilidad penal. Cabe señalar, que en nuestro catastro no logramos detectar caso alguno en que se impugnara una expulsión decretada como sanción a consecuencia de haber sido efectivamente condenado el ciudadano extranjero por el delito de ingreso clandestino, y para el evento de haberse cumplido la sanción penal, hipótesis contenida en el artículo 69 de la Ley de Extranjería.

Frente a este sistemático proceder de las autoridades con competencia migratoria, la Corte Suprema se ha pronunciado de la siguiente manera:

En sentencia de abril de 2018, la Sala Penal revocando la resolución apelada, y acogiendo en definitiva el amparo, resolvió: “[...] Que al desistirse de la denuncia la Intendencia Regional impidió que el órgano persecutor pesquisara y verificase los hechos constitutivos del delito de ingreso clandestino del que se le daba noticia, lo que precisamente llevó al término de esa causa. Asimismo, tal proceder impidió a la amparada defenderse y controvertir los hechos que fundaron la denuncia”⁴.

En el mismo sentido ya había resuelto en mayo de 2017, disponiendo: “[...] Que, asimismo, consta de los antecedentes que la autoridad

4 SCS Rol N° 5.413-2018, de 3 de abril de 2018. Mismo criterio puede encontrarse en SCS Rol N° 41.469-2017, de 24 de octubre de 2017; SCS Rol N° 7.007-2017, de 7 de marzo de 2017; SCS Rol N° 16.545-2016, de 9 de marzo de 2016.

administrativa presentó denuncia ante el Ministerio Público el día 9 de febrero de 2016 por el delito de ingreso clandestino, desistiéndose de la misma con igual fecha, producto de lo cual la Fiscalía comunicó al Tribunal de Garantía su decisión de no iniciar investigación, determinación que fue aprobada el 29 de febrero de 2016, de manera que el supuesto delito cometido no ha sido establecido”⁵.

En la misma línea que venimos destacando, y con un mayor desarrollo argumentativo, podemos citar las siguientes sentencias dictadas por la Sala Penal en los años 2016 y 2015, respectivamente. En la primera de ellas se estableció: “[...] Que el referido artículo 69, norma de rango legal, es complementado por el ya mencionado artículo 146 del Decreto Supremo N° 597, que contiene el reglamento de extranjería y que consagra como antecedente de la medida de expulsión, además del cumplimiento de la pena, la obtención de la libertad conforme con lo previsto por el artículo 158, esto es, en el caso que la autoridad administrativa se desista de la denuncia o requerimiento por la comisión, entre otros, del delito de ingreso clandestino, dándose por extinguida la acción penal, debiendo resolverse el sobreseimiento definitivo como la inmediata libertad de los detenidos o reos.

Esta última hipótesis implica la ausencia de un pronunciamiento emitido por un tribunal con competencia penal que establezca la existencia del delito migratorio como la participación culpable del extranjero, permitiendo la expulsión de un sujeto respecto del cual no se ha declarado responsabilidad penal alguna en el hecho ilícito que le sirve de base. Evidentemente, tal situación no resulta admisible, más aún cuando ha sido prevista por una norma de rango inferior a la ley que establece el tipo penal y el castigo que acarrea⁶”.

En la segunda sentencia de septiembre de 2015, se resolvió: “[...] Que, conforme prescribe el artículo 78 de la Ley de Extranjería, en delitos migratorios como el de la especie, el desistimiento del denunciante importa la extinción de la acción penal, lo que acarrea la imposibilidad de determinar la existencia del ilícito y la participación culpable del extranjero en su comisión, quedando, por ello, amparado por la presunción de inocencia.

En ese escenario, en que no existirá castigo penal por los hechos denunciados, tiene importancia atender a lo prevenido por el artículo 69

5 SCS Rol N° 21.916-2016, de 30 de mayo de 2017. Mismo criterio puede encontrarse en SCS Rol N° 3.973-2016, de 21 de enero de 2016.

6 SCS Rol N° 50.026-2016, de 18 de agosto de 2016.

del citado cuerpo normativo, que dispone en su inciso final que, una vez cumplida la pena por el delito de ingreso clandestino, los extranjeros serán expulsados del territorio nacional. La antedicha circunstancia –cumplimiento de la pena impuesta por el delito-, aparece como una condición previa al decreto de expulsión que, en este caso, no podrá verificarse, al estar extinguida la acción penal por el desistimiento de la autoridad, de lo que se sigue que tampoco será factible imponer una sanción administrativa por un hecho cuya naturaleza delictiva no fue establecida previamente por el tribunal llamado por la ley a conocer de ello”⁷.

Como puede observarse, en los últimos años la Sala Penal de la Corte Suprema ha sido categórica en cuanto a la inaplicabilidad de la medida de expulsión de un extranjero por la sola denuncia de la autoridad ante el Ministerio Público, elevando el baremo a la necesidad de que exista una sentencia penal condenatoria que haya dado por acreditado el delito de ingreso clandestino.

2 - EXPULSIONES POR COMISIÓN DE DELITOS DIVERSOS AL INGRESO CLANDESTINO

Otro grupo de amparos acogidos por la máxima magistratura está constituido por aquellas acciones constitucionales interpuestas por afectados de órdenes de expulsión, negativa a otorgar permisos de residencia y prohibiciones de ingresos al territorio nacional, por haber cometido delitos diversos al ingreso clandestino en nuestro país, y respecto de los cuales fueron condenados por nuestros tribunales.

En primer término, el principal sustento positivo de la potestad de autoridad administrativa para decretar la expulsión del migrante está contenido en el artículo 17 en relación con el artículo 15 N° 2 de la Ley de Extranjería, que en lo pertinente señalan:

Artículo 17: *“Los extranjeros que hubieren ingresado al país no obstante encontrarse comprendidos en alguna de las prohibiciones señaladas en el artículo 15 o que durante su residencia incurran en alguno de los actos u omisiones señalados en los números 1, 2 y 4 del artículo indicado, podrán ser expulsados del territorio nacional”.*

Artículo 15: *“Se prohíbe el ingreso al país de los siguientes extranjeros:*

7 SCS Rol N° 12.356-2015, de 2 de septiembre de 2015. Mismo criterio en SCS Rol N° 8.436-2015, de 9 de julio de 2015.

Nº 2: Los que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres”.

Frente a la redacción objetivamente condicional (dediquen) de las primeras hipótesis señaladas en el segundo numeral del artículo 15, como también respecto de la naturaleza y entidad los actos subsumibles en las hipótesis genéricas que este artículo contiene en el mismo numeral (actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres) la Corte ha manifestado lo siguiente:

“[...] Que el sustento del acto que se impugna, cual es dedicarse al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, la ejecución de actos contrarios a la moral o las buenas costumbres, no parece aplicarse en la especie, pues las definiciones explicitadas en la norma son conceptos jurídicos indeterminados a los que la autoridad debe otorgar contenido, más cuando se alzan como fundamento de una medida como la que se objeta, exigencia que se desvanece si, como en este caso, es el único reproche que se atribuye al amparado, cuya sanción penal ha sido íntegramente cumplida”⁸.

En otro caso, a propósito de la habitualidad de la conducta delictiva, la Sala Penal resolvió lo siguiente:

“[...] De este modo, el delito cometido no constituye la situación que el legislador pormenorizó en el artículo 15 Nº 2 de la ley especial, en que se enuncian actividades cuya realización, por su gravedad y habitualidad, determinan el más absoluto rechazo de ingreso al territorio nacional para quienes se dedican a ellas, lo que no se satisface con una sola conducta aislada que ya ha sido sancionada”⁹.

En cuanto al tipo y carácter de delito cometido por el migrante:

“[...] Que a juicio de esta Corte, el delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad por el que fue sancionado el amparado, del que no se sabe si ocasionó daños o afectó de otra forma a terceros, no constituye ninguno de los ilícitos que el legislador pormenorizó en el artículo 15 Nº 2 precitado, en que se enuncian actividades cuya realización, por su gravedad, peligrosidad y perniciosas consecuencias sociales, determinan el más absoluto rechazo de ingreso al territorio nacional para quienes se dedican a ellas, y tampoco puede ser catalogado en la generalización

8 SCS Rol Nº 7.532-2018, de 2 de mayo de 2018.

9 SCS Rol Nº 2.309-2015, de 29 de febrero de 2015.

con que concluye dicha norma, la cual evidentemente pretende incluir en tales conceptos, del todo abstractos, otras conductas de la misma entidad de aquellas que fueron enumeradas en su primera parte, entre las cuales no puede considerarse la comisión de los delitos objeto de la condena impuesta y cumplida por el amparado [...]”¹⁰.

Estos fundamentos que dicen relación con la habitualidad o reiteración de las conductas delictivas, han sido utilizado por la Corte Suprema cuando los actos administrativos se han basado en haber sido el recurrente condenado por alguno de los siguientes delitos: Quiebra fraudulenta¹¹; Estafa¹²; Uso malicioso de instrumentos mercantil falso¹³; Infracción a la Ley de Propiedad Intelectual¹⁴; Giro doloso de cheques¹⁵; Hurto¹⁶; Conducción en estado de ebriedad¹⁷; Porte ilegal de arma de fuego¹⁸; Robo con violencia¹⁹; Robo con intimidación²⁰; Delitos de la Ley N° 20.000²¹.

Dentro de los fallos analizados, encontramos un criterio opuesto al recién expuesto en cuanto a la necesidad de reiteración o habitualidad en la conducta para incurrir en la causal, este criterio ha sido consignado en votos disidentes de la siguiente manera:

“[...] En todo caso, la naturaleza del injusto penal cometido justifica la invocación del artículo 15 N° 2 del Decreto Ley N° 1.094, desde que las expresiones “se dediquen” que emplea este texto no implican una

10 SCS Rol N° 8.775-2015, de 21 de julio de 2015.

11 SCS Rol N° 8.689-2018, de 16 de mayo de 2018.

12 SCS Rol N° 8.689-2018, de 16 de mayo de 2018.

13 SCS Rol N° 2.540-2018, de 13 de febrero de 2018.

14 SCS Rol N° 10.836-2014, de 20 de mayo de 2014.

15 SCS Rol N° 6.649-2013, de 9 de septiembre de 2013.

16 SCS Rol N° 66-2013, de 9 de enero de 2013.

17 SCS Rol N° 8.775-2015, de 21 de julio de 2015.

18 SCS Rol N° 2.540-2018, de 13 de febrero de 2018.

19 SCS Rol N° 2.268-2018, de 7 de febrero de 2018.

20 SCS Rol N° 7.532-2018, de 2 de mayo de 2018.

21 SCS Rol N° 2.269-2018, de 7 de febrero de 2018, SCS Rol N° 1.152-2018, de 23 de enero de 2018, SCS Rol N° 16.754-2017, de 8 de mayo de 2017, SCS Rol N° 12.208-2017, de 18 de abril de 2017, SCS Rol N° 97.645-2016, de 13 de diciembre de 2017 y SCS Rol N° 2.309-2015, de 29 de febrero de 2015.

exigencia de reiteración o habitualidad de la conducta”²².

Podemos destacar además otros fundamentos utilizados por la Corte Suprema para acoger amparos deducidos contra la autoridad que dispuso expulsiones de migrantes por haber sido condenados en Chile. Estos argumentos básicamente son los siguientes:

- *Registrar una única condena:*

“[...] Que, en relación con el ilícito por el que fue condenado [...], cabe tener presente que el hecho que se le atribuye es un evento único, verificado dentro de un período de permanencia en el país superior a diez años sin reproche previo. Así, la medida impugnada se evidencia arbitraria, desde que el acto irregular que motivó la decisión, si bien es un ilícito, no aparece como una trasgresión que afecte los intereses nacionales que pretende tutelar el cuerpo normativo en examen, puesto que no se devela en el amparado una conducta permanente llevada a cabo con fines ilegítimos”²³.

- *Ausencia de nuevas imputaciones:*

“[...] Que la conducta ilícita que funda la expulsión [...] data del año 2013 y no se ha reclamado que desde esa fecha haya participado en otro hecho delictivo o que actualmente se encuentre sujeta a alguna investigación penal. De este modo, el delito cometido no puede constituir el fundamento actual de la expulsión, habiendo perdido oportunidad el acto administrativo impugnado”²⁴.

- *Antigüedad de causas invocadas y rehabilitación del condenado:*

“[...] Que este tribunal tiene, además, en consideración que la medida recurrida se advierte como desproporcionada, atendida la antigüedad de las causas instruidas contra el amparado -siendo la última de ellas del año 2011- sin que se haya demostrado la imputación de nuevos hechos delictivos a su respecto, de manera que es posible sostener su rehabilitación, lo que se ve refrendado en autos al haberse aportado antecedentes que dan cuenta del ejercicio de una actividad comercial lícita

22 SCS Rol N° 7.532-2018, de 2 de mayo de 2018. Mismos fundamentos o similares en SCS Rol N° 2.268-2018, de 7 de febrero de 2018, SCS Rol N° 1.152-2018, de 23 de enero de 2018 y SCS Rol N° 2.309-2015, de 29 de febrero de 2015.

23 SCS Rol N° 10.836-2014, de 20 de mayo de 2014.

24 SCS Rol N° 16.754-2017, de 8 de mayo de 2017. Mismo criterio en SCS Rol N° 12.208-2017, de 18 de abril de 2017.

con la cual procura su sustento y el de su grupo familiar”²⁵.

- *Comportamiento prolongado conforme a Derecho:*

“[...] Que atendiendo a estos conceptos y para lo que ha de resolverse, es menester consignar que la conducta ilícita que funda la expulsión es de 17 de septiembre de 2008. No se ha reclamado que durante su estadía en el país haya participado en otro hecho delictivo o que actualmente se encuentre sujeto a otra investigación penal [...]”²⁶.

- *Inejecución de las órdenes de expulsión supone la aceptación de permanencia:*

“[...] Que, por último, la inejecución de la medida de expulsión, que data de mayo de 2009, supone aceptación por la autoridad administrativa de la permanencia del recurrente en el país”²⁷.

- *Otorgamiento previo de permiso de residencia:*

“[...] Que atendiendo a estos conceptos y para lo que ha de resolverse, es menester consignar que por Resolución Exenta N° 32681, de fecha 4 de junio de 2009 del Ministerio del Interior se otorgó a la amparada permiso de permanencia definitiva, en tanto que la conducta ilícita que funda la expulsión se produjo durante el año 2013, sin que haya incurrido en otros delitos con posterioridad”²⁸.

- *Otorgamiento posterior a la condena de permiso de residencia:*

“[...] Que, por último, la decisión de la autoridad administrativa resulta contradictoria con el otorgamiento de permiso de permanencia definitiva, el 6 de julio de 2009, y de residencia temporaria luego de la condena, por Resolución Ex. N° 10272, de 15 de enero de 2016”²⁹.

- *Actuar negligente del amparado en regularizar situación migratoria:*

“[...] Que, por otra parte, el descuido del amparado para regula-

25 SCS Rol N° 8.689-2018, de 16 de mayo de 2018. Criterio similar en SCS Rol N° 2.540-2018, de 13 de febrero de 2018.

26 SCS Rol N° 2.309-2015, de 29 de febrero de 2015.

27 SCS Rol N° 2.540-2018, de 13 de febrero de 2018.

28 SCS Rol N° 97.645-2016, de 13 de diciembre de 2017.

29 SCS Rol N° 2.268-2018, de 7 de febrero de 2018. Mismo criterio en SCS Rol N° 2.269-2018, de 7 de febrero de 2018.

rizar su situación migratoria en Chile no aparece como una circunstancia de entidad y gravedad suficiente para justificar por sí sola la expulsión del recurrente”³⁰.

- *Cumplimiento íntegro de los beneficios alternativos a la pena:*

“[...] Que, de esa manera, las razones entregadas por la autoridad administrativa para fundamentar la expulsión de [...] no cumplen las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad propias de una decisión no arbitraria, si se considera además que el amparado ingresó legalmente al país, no hay antecedentes de incumplimiento o revocación de la medida de remisión condicional impuesta en la causa penal ya mencionada [...]”³¹.

1º) Que el fundamento de las Resoluciones [...], que rechaza la solicitud de visación temporal (acuerdo de residencia MERCOSUR) y le ordena hacer abandono del país, la primera, y decreta su expulsión del territorio nacional, la segunda, reside en la condena de tres años y un día de presidio impuesta al amparado por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo.

2º) Que según los antecedentes allegados a este expediente, la pena privativa de libertad impuesta en la mencionada sentencia, fue servida mediante libertad vigilada, beneficio este último que fue íntegramente cumplido. Ahora bien, el otorgamiento del beneficio referido, dado lo prescrito en el artículo 15 letra c) de la Ley N° 18.216, importa que el Tribunal del grado estimó en su oportunidad que los informes sobre antecedentes sociales y características de personalidad del recurrente, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitían concluir que un tratamiento en libertad aparecía eficaz y necesario, en el caso específico, para una efectiva readaptación y resocialización del beneficiado.

3º) Que, en ese orden, no resulta razonable que el Estado, a través de la actuación del órgano jurisdiccional y de sus organismos auxiliares de Gendarmería, inste por el cumplimiento de la pena en libertad del imputado extranjero, con el objeto de conseguir de ese modo su resocialización, para que, a renglón seguido, una vez cumplido el beneficio y, por ende, al tenerse por cumplida la pena privativa de libertad -como ocurrió en la especie-, la autoridad administrativa

30 SCS Rol N° 8.775-2015, de 21 de julio de 2015.

31 SCS Rol N° 8.775-2015, de 21 de julio de 2015.

le imponga el abandono y la expulsión del país.

4º) Que, de ahí que en el caso sub-lite, la mera dictación de la condena mencionada no resultaba suficiente sustento para decretar el abandono y, posteriormente, su expulsión del territorio. Por otra parte, igualmente se ha tenido en consideración que no se tienen antecedentes ni se ha esgrimido por la autoridad administrativa que desde entonces haya incurrido en el mismo u otro ilícito que permita descartar que aquel por el que fue condenado no haya correspondido a un hecho aislado durante su permanencia en este país y, asimismo, no puede dejar de ponderarse que el recurrente ha demostrado arraigo familiar y laboral en este país”³².

- *Visa de residencia restringida negada para cumplimiento de beneficio de libertad vigilada:*

En los últimos años la Corte también ha acogido amparos presentados por extranjeros que han sido condenados por delitos en Chile, a los cuales se les ha otorgado el beneficio de la libertad vigilada, disponiéndose por la autoridad respectiva la expulsión o abandono una vez cumplida la medida alternativa a la pena, pero que frente a una solicitud de visación de residencia restringida al plazo de cumplimiento de la medida alternativa, esta se les ha negado, no obstante lo dispuesto en el artículo 143 del Reglamento de Extranjería³³.

“[...] Que para la adecuada resolución de la acción interpuesta, no puede desatenderse que la permanencia del amparado en el territorio nacional no es voluntaria, sino dispuesta por una sentencia ejecutoriada que lo sujetó al cumplimiento de una sanción de orden penal y que el recurso invoca como presupuesto de su

32 SCS Rol N° 12.393-2018, de 5 de junio de 2018. En este mismo sentido, a propósito de la remisión condicional de la pena, SCS Rol N° 49.674-2016.

33 Artículo 143: “La resolución que rechace la solicitud o revoque un permiso de residencia de algún extranjero que se encuentre procesado por crimen o simple delito, deberá disponer que el plazo que se fije para abandonar voluntariamente el país empezará a regir desde el momento de notificación de la sentencia firme o ejecutoriada, cuando ella sea absolutoria o del término del cumplimiento de la pena, si fuese condenatoria. Excepcionalmente, mientras el cumplimiento de la orden de abandono esté pendiente, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso anterior, podrá otorgarse al extranjero una visación de residencia restringida en su plazo de validez, prorrogable sucesivamente hasta el término del proceso o cumplimiento de la condena, según corresponda, luego de lo cual éste deberá dar cumplimiento a la medida de abandono vigente.

planteamiento. En tales términos, no resulta razonable postular que todas las peticiones del amparado tendientes a regularizar su situación migratoria han de ser desestimadas por la sola existencia de la condena impuesta, si precisamente sus requerimientos apuntan a la observancia y sujeción no sólo a los términos de la referida sentencia, sino también a las normas de carácter migratorio que regulan la forma en que los ciudadanos extranjeros han de permanecer en el país. Cabe tener en consideración que mediante la solicitud planteada no se cuestiona la vigencia de la medida de expulsión decretada, la que -conforme los propios términos del decreto de expulsión- se encuentra suspendida, sino solamente a la regularidad de la permanencia del encartado en el territorio nacional y la necesidad de acceder a una fuente regular de ingresos.

[...] Que en ese estado de cosas, en que el amparado debe permanecer en el territorio nacional para dar cumplimiento a la pena impuesta bajo la modalidad de libertad vigilada, instituto que se encuentra sujeto a condiciones, entre las que se encuentra “el ejercicio de una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, bajo las modalidades, que se determina en el plan de intervención si el condenado careciere de medios conocidos y honestos de subsistencia, y no posee la calidad de estudiante” (artículo 17 de la Ley 18.216), la autorización solicitada aparece como imperativa toda vez que aparece como la única fórmula que contempla el ordenamiento jurídico para regularizar su estadia en el territorio nacional y permitir su reinserción laboral en condiciones de legalidad.

[...] Que, conforme lo expresado, el recurso será acogido, desde que la negativa de la autoridad recurrida, además de desoír el mandato que le impone el artículo 18 de la Ley 18.216, permite la configuración de una perturbación o amenaza del derecho del recurrente a su libertad personal y seguridad individual, al vedarle la autorización que le permite el ejercicio de una actividad económica legal que dé cumplimiento a las condiciones que el artículo 17 de la ley citada contempla para la satisfacción y mantención de la pena alternativa impuesta [...]”³⁴.

34 SCS Rol N° 37.397-2017, de 23 de agosto de 2017. Mismo criterio en SCS Rol N° 11.674-2017, de 11 de abril de 2017, SCS Rol N° 99.764-2016, de 22 de diciembre de 2016 y SCS Rol N° 25.959-2016, de 5 de mayo de 2016.

3 - IMPEDIMENTO DE INGRESO AL TERRITORIO NACIONAL DE EXTRANJEROS QUE REGISTRAN ORDEN DE EXPULSIÓN POR HABER SIDO CONDENADOS PREVIAMENTE

Dentro de las situaciones relevantes que dicen relación con la condena a un migrante por la comisión de un delito penal en Chile, encontramos aquellos amparos deducidos y acogidos por la Corte, en donde la autoridad encargada del control migratorio, ha impedido el ingreso al territorio nacional de aquellos migrantes que han sido condenados previamente en Chile.

“1°.- Que mediante el Decreto N° 975 [...] se dispuso la expulsión de la amparada por haber sido condenada el año 2002 por un delito de tráfico de estupefacientes [...].

2° Que, actualmente la recurrente se encuentra en territorio extranjero y desea regresar a Chile, acreditó que vivió en el país desde su llegada en el año 1958, formando una familia de la que se encuentra alejada considerando que sus tres hijos y nietos residen en territorio nacional, sumado a sus 77 años, siendo viuda y sin descendencia en el extranjero, gozando una pensión de vejez otorgada por el Estado chileno, actualmente cobrada por una de sus hijas.

3° Que, en este estado de cosas, aparece que mantener la medida de expulsión decretada hace diez años, por un delito de tráfico de estupefacientes y considerando la situación particular de la amparada, resulta una medida desproporcionada e innecesaria puesto que las circunstancias en que se encuentra la recurrente en la actualidad han variado respecto de aquellas tenidas en cuenta al momento de disponerla, vinculadas a un delito ya sancionado y ocurrido el año 2000, por lo que su permanencia en Chile no reviste una gravedad y peligrosidad que amerite mantenerla alejada de su grupo familiar, considerando su estado civil, delicada salud, edad y arraigo, por lo que la medida deviene en ilegal³⁵.

En una situación similar, la Sala Penal se pronunció en el siguiente tenor:

“1° [...] ciudadano peruano al cual se le impidió el ingreso al territorio nacional en virtud de tener una prohibición en tal sentido, a raíz de la dictación de la Resolución Exenta N° 1261 de 10 de enero de 2008 que dispuso la revocación de su visa y el abandono del país, medidas que se encuentran vigentes. Indica la autoridad recurrida que también

35 SCS Rol N° 8.946-2018, de 28 de mayo de 2018.

tuvo en consideración la circunstancia que el amparado registraba dos condenas por delito de lesiones cometido en contexto de violencia intrafamiliar, ambas con penas cumplidas, situación que le permitió concluir que [...] se encontraba en las hipótesis que prevén los artículos 26 y 27 del Reglamento del DL 1094.

2° Que por otra parte, la defensa del recurrente acompañó, sin que fuera objetado, copia de la Resolución Exenta N° 2433 de 30 de diciembre de 2015, emanada de la Intendencia Regional Metropolitana, de la cual aparece que una medida de expulsión que fuera dispuesta a su respecto el 5 de marzo de 2014 por ingreso clandestino al territorio nacional, fue dejada sin efecto en atención a que el amparado contaba con oferta laboral, había cumplido las penas impuestas por los delitos de lesiones cometidos en contexto de violencia intrafamiliar ya citados, y es padre de dos menores de edad de nacionalidad chilena que residen en el país. Esta decisión de la autoridad administrativa se adoptó con posterioridad a aquella que se invoca actualmente como fundamento de la negativa de ingreso al país.

3° Que de acuerdo a los antecedentes referidos, no resulta razonable postular la vigencia de una medida de suyo menos gravosa que aquella dejada sin efecto -la expulsión- [...]”³⁶.

En otro caso, la Corte resolvió lo siguiente:

“1° Que, de acuerdo a los antecedentes del proceso, el motivo tenido en cuenta para haber dispuesto en su oportunidad la expulsión del recurrente fue la circunstancia de haberse dictado a su respecto una sentencia condenatoria como autor del delito de uso malicioso de instrumentos oficiales falsos [...] cumplida el 1 de diciembre de 2006, medida que fuera ejecutada el 19 de febrero de 2009 [...].

2° Que, conforme los antecedentes hechos valer en la vista de esta causa, sólo dos meses después del cumplimiento de la orden de expulsión, esto es el 22 de abril de 2009, el señor Secretario Regional Ministerial de Justicia de la Región de Valparaíso dictó la Resolución Exenta N° 149 por la que consideró a don [...] como si nunca hubiere delinquido, para todos los efectos legales y administrativos.

3° Que, en tal contexto, considerando particularmente el tiempo que ha transcurrido desde la comisión del delito materia de la condena que fundó el decreto de expulsión que impide el ingreso del amparado al territorio nacional, que supera el establecido para la prescripción de tal ilícito y de la pena asignada al mismo, la circunstancia de encontrarse no

36 SCS Rol N° 2.888-2017, de 26 de enero de 2017.

sólo cumplida la sanción impuesta sino además el haber sido beneficiado por la autoridad correspondiente con la dictación del acto administrativo en virtud del cual se le considera como si nunca hubiese delinquido, este tribunal concluye que el Decreto N° 1481 del Ministerio del Interior, Departamento de Extranjería y Migración, que dispuso la expulsión de [...], ha perdido eficacia, por lo que la vigencia de la prohibición de ingreso al territorio nacional aparece desproporcionada e injustificada, dado que el amparado ha dado cumplimiento a las prescripciones de la autoridad pertinente, ha cumplido la pena impuesta y ha sido beneficiado por los términos del Decreto 409 sobre Regeneración y Reintegración del Penado a la Sociedad, de manera que no es posible impedirle válidamente, asentado en tales antecedentes, su derecho a ingresar al territorio nacional³⁷.

4 - IMPUTACIÓN O CONDENA POR DELITO COMETIDO EN EL EXTRANJERO

Otro grupo de amparos en materia migratoria que destacamos, se refieren a aquellas situaciones en que la imputación o condena por la comisión de un delito en el extranjero, ha servido a nuestra autoridad migratoria como fundamento para impedir su ingreso, negar las peticiones de visaciones, como también para decretar su expulsión de nuestro país.

Los fundamentos que la Segunda Sala de la Corte Suprema recurrentemente ha tenido presente para efectos de revocar las sentencias apeladas y acoger estas acciones cautelares se han basado principalmente en: arraigo social; ausencia de sentencia condenatoria en país extranjero; registrar una única condena en país extranjero; antigüedad de las condenas invocadas; prescripción; carácter y naturaleza del delito, entidad del desvalor de acción y resultado de la conducta; ausencia de nuevas imputaciones o condenas en Chile o en el país de origen; forma de cumplimiento de la pena en país de origen y cumplimiento efectivo de la pena; denegación a solicitud de extradición pasiva previa, y eliminación prontuarial previa.

Revisemos una síntesis de casos y los argumentos de la Sala Penal en estas hipótesis:

“1°) Que el fundamento de la Resolución [...] que rechaza la solicitud de visación de residente temporal por motivos laborales presentada por el amparado y le ordena hacer abandono del país dentro del plazo de 15 días

37 SCS Rol N° 7.407-2013, de 24 de septiembre de 2013.

a contar de la fecha de su notificación, radica en haber sido condenado en su país de origen a 8 meses de prisión por el delito de porte ilegal de armas.

2º) Que según los antecedentes allegados a este expediente, al amparado se concedió “el subrogado de la pena de la condena de ejecución condicional por un período de prueba de 2 años”, la que fue servida, resolviéndose en el año 2002 tener como definitiva su liberación. Asimismo, no hay antecedentes de que se siga otro procedimiento o investigación penal en contra del recurrente, ni en Chile ni en su país de origen [...].

3º) Que, de ahí que en el caso sub lite, la mera dictación de la condena mencionada no resultaba suficiente sustento para decretar la obligación de abandonar el país como consecuencia del rechazo de la visa pedida, tratándose de una sanción de antigua data, cumplida en libertad que, además, se refiere a un delito de peligro por el porte de un objeto prohibido, sin afectar derechos de terceros, y sin que se tengan antecedentes ni se haya esgrimido por la autoridad administrativa que desde entonces incurrió en el mismo u otro ilícito que permita descartar que aquel por el que fue condenado no haya correspondido a un hecho aislado, menos aún si el recurrente ha demostrado arraigo familiar y laboral en este país”³⁸.

En otro caso, la Corte resolvió:

“1º) Que la Resolución Exenta [...] por la que se ordena el abandono del país por la amparada, se funda exclusivamente en la condena dictada en contra de ésta en su país de origen por el delito de hurto agravado.

2º) Que respecto del delito antes referido, la documentación acompañada da cuenta que se decretó la prescripción de la pena impuesta, sin existir ninguna otra investigación o proceso penal en su contra en su país de origen o en Chile, apareciendo entonces que su conducta en el territorio nacional se ha llevado conforme a nuestro ordenamiento, resultando de esa forma carente de proporcionalidad y razonabilidad fundar la orden de abandono de la amparada en un delito que afectó únicamente el patrimonio de terceros cometido en el año 2003, más aún si igualmente se desatienden las circunstancias personales y familiares actuales de la amparada, persona que en el año 2014 contrajo matrimonio en Chile, contribuyendo su cónyuge a su sustento económico mientras regulariza su situación migratoria.

3º) Que, en consecuencia, los fundamentos que se invocaron por la autoridad en su oportunidad para rechazar la visación solicitada por la amparada y, consecuentemente, ordenar el abandono del país,

38 SCS Rol N° 12.438-2018, de 5 de junio de 2018.

por el extenso lapso transcurrido desde la condena invocada así como por las contemporáneas circunstancias personales de la recurrente y de su entorno familiar, no sirven para justificar los efectos que conllevaría el actual cumplimiento del abandono ordenado, de donde se deriva que esta medida decretada por la Administración carece hoy de razón plausible que la sostenga y, consecuentemente, por esa falta de fundamentación, deviene en ilegal [...]”³⁹.

En un tercer caso, siguiendo el mismo criterio anterior tomando como base la prescripción de la pena:

“1.- Que, el fundamento de hecho de la Resolución Exenta [...] por la cual se ordena el abandono del país del recurrente [...], es el hecho de haber sido condenado el 23 de noviembre de 2004 a treinta meses de prisión por el delito de invasión de tierras en su país de origen.

2.- Que, respecto de aquella condena según consta del mérito del Interlocutorio N° 824 de diecinueve de agosto de dos mil quince, del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la República de Colombia, tenido a la vista, “ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción de la pena en los términos del artículo 89 del Código Penal, modificado por el artículo 99 de la Ley 1709 de enero 20 de 2014, sin que se hay presentado durante el término de ley ningún tipo de interrupción al respecto”, por lo que su responsabilidad penal esta extinguida.

3°- Que así las cosas, la resolución atacada, deviene en ilegal por ausencia de fundamentos que la justifiquen, motivo por el cual la presente acción constitucional será acogida, al afectar la libertad ambulatoria del ciudadano colombiano individualizado, sujeto a la medida de abandono del territorio nacional”⁴⁰.

En un amparo interpuesto por negativa a otorgar visa sujeta a contrato y orden de abandono del país, la Corte, confirmando la resolución de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, resolvió:

“1° Que el fundamento de la resolución exenta [...] mediante la cual se rechaza la solicitud de visa sujeta a contrato efectuada por el amparado y le ordena hacer abandono del país, se ha hecho consistir en que fue condenado en su país de origen por el delito de lesiones personales a una pena de 40 meses de prisión.

[...] 3° Que es menester consignar que la denegación de visado al amparado deriva de un hecho delictivo cometido el año 2004, que no

39 SCS Rol N° 21.928-2017, de 30 de mayo de 2017.

40 SCS Rol N° 7.076-2017, de 8 de marzo de 2017.

constituye ninguno de los tipos penales que el legislador pormenorizó en el artículo 15 N° 2 ya reseñado, ni reviste el carácter de crimen.

4° Que por otro lado, no es posible desatender las circunstancias concretas de la entrada y permanencia del amparado en el país, quién ingresó de manera legal y prontamente intentó regularizar su permanencia a través de una solicitud de visa de trabajo, que le fue denegada bajo el único argumento de registrar una condena pretérita, de antigua data y por ende, presumiblemente prescrita.

5° Que, en consecuencia, los fundamentos que se han invocado carecen de proporcionalidad en relación con la gravedad y época de los hechos que motivan la decisión adoptada por la autoridad, tornándose en arbitraria, razón suficiente para dar lugar al amparo solicitado”⁴¹.

Relativo a eliminación de antecedentes de condena dictada en el extranjero:

“1° Que el fundamento de hecho del Decreto [...], por el cual se ordenó la expulsión del país de la recurrente [...], es la imputación de registrar antecedentes por terrorismo en su país de origen -Perú-, y haber sido condenada el 29 de abril de 1999 por el delito de tenencia ilegal de arma de fuego en agravio del Estado a la pena privativa de libertad de seis años. Esa situación procesal, a juicio de la autoridad administrativa, configuró la causal de expulsión contemplada en el artículo 15 N° 3 en relación al artículo 17, ambos del Decreto Ley N° 1094.

2° Que según aparece de los documentos adjuntos de fojas 35 a 40 y lo informado por el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, la amparada únicamente fue acusada por el delito de terrorismo, siendo liberada de ese cargo, y condenada por el delito de tenencia ilegal de arma de fuego, sanción que cumplió íntegramente.

3° Que el Consulado General del Perú certificó que la amparada no registra antecedentes penales en ese país, lo que es concordante con lo manifestado por su defensa en estrados en cuanto eliminó el registro de la condena penal tras su cumplimiento.

4° Que la situación antes anotada también se halla contemplada en nuestra legislación, pues de acuerdo a lo que dispone el D.L. N° 409 de 1932, en relación al artículo 9 del D.S. N° 64, cumplida la condena, el penado puede acceder a la eliminación total y definitiva del prontuario, cual es lo que da cuenta el documento señalado en el acápite anterior, de manera que la sanción penal que motiva el acto que se impugna no ha podido esgrimirse por la autoridad como fundamento de la expulsión de

41 SCS Rol N° 97.823-2016, de 19 de diciembre de 2016.

la amparada del territorio nacional. Tampoco la acusación por un delito respecto del cual no existió condena.

5° Que sin perjuicio de ello, tampoco puede obviarse el hecho que la amparada ha permanecido 10 años en Chile, lo que en concepto de esta Corte es suficiente demostración de arraigo con el país que ha constituido su residencia por todo ese lapso⁴².

Cuando el fundamento de la expulsión se basa en una difusión roja de Interpol y el consecuencial pedido de extradición pasiva es rechazado, la Corte ha sido categórica a la hora de acoger la acción de amparo:

“1° Que los antecedentes que sirven de fundamento al Decreto de Expulsión [...], y a la medida administrativa de abandono, contenida en la Resolución [...], consistentes en el registro de una “difusión roja” emanada de OCN Lima-Perú, de veinte de septiembre de dos mil doce, por la supuesta comisión del delito de violación de menor de edad en el país del origen del amparado, aparecen desvirtuados, pues tales actos se basan, en el fondo, en los mismos hechos que dieron origen al pedido de extradición Rol N° 22301-14 de este Tribunal, el cual fue rechazado por sentencia firme, por no encontrarse debidamente acreditado el delito invocado por el Estado requirente.

En tales condiciones, la decisión del ente administrativo quedó, por virtud de una sentencia judicial -resolución de jerárquica superior-privada de su fundamento principal y central⁴³.

CONCLUSIONES:

- En los últimos años, la doctrina se ha encargado de evidenciar una tendencia, fundamentalmente de la Corte Suprema, en orden a ampliar el alcance del habeas corpus más allá del ámbito judicial penal, es decir, para casos en que no se recurre en contra una resolución judicial, o que, de recurrirse en contra de ella, dicha resolución no ha sido pronunciada en sede penal, casos entre los cuales destacan por su cantidad, aquellos relacionados con materias migratorias.
- Respecto al rol de la Sala Penal de la Corte Suprema, podemos concluir que la acción de amparo en materia penal-migratoria, ha sido el principal medio de defensa legal, para aquellos extranjeros que han visto amena-

42 SCS Rol N° 16.664-2015, de 5 de octubre de 2015.

43 SCS Rol N° 2.308-2015, de 18 de febrero de 2015.

zada, privada o perturbada su libertad personal o seguridad individual, constituyendo un verdadero escudo de protección jurisdiccional, frente a las conductas arbitrarias o ilegales desplegadas por las autoridades encargadas por la ley del control migratorio.

- Tratándose en específico del delito de ingreso clandestino, se pudo apreciar que las principales circunstancias o elementos que la Corte frecuentemente considera para fundar sus resoluciones favorables a los intereses de los extranjeros recurrentes, han sido las siguientes: Inejecución de las órdenes de expulsión hace perder oportunidad al acto administrativo; No mantener investigaciones penales vigentes o haber sido condenado por delitos en Chile durante su estadía; No registrar condenas en sus países de origen u otro país; Desproporcionalidad de la sanción frente a la falta de antijuridicidad material del ingreso clandestino.

- También se evidenció, que por regla general la Corte exige la concurrencia de habitualidad o reiteración de conductas delictivas, respecto de aquellas órdenes de expulsión fundadas en la situación descrita en el artículo N° 17, en relación con el artículo 15 N° 2 de la ley de extranjería.

- Por último, no podemos dejar de hacer presente que se torna indispensable la dictación de una nueva legislación que condense y regule de forma transversal -orgánica, sustantiva y adjetivamente-, bajo criterios armónicos y respetuosos de la dignidad, y derechos fundamentales de las personas, aquellas situaciones que comprenden el estudio del derecho migratorio. Solo así, una normativa que posibilite el cumplimiento de los objetivos pretendidos por la política migratoria, pero que, a su vez, descansa en el pleno reconocimiento de la igualdad ante la ley más allá de origen del individuo, la no discriminación arbitraria y el cumplimiento irrestricto de las garantías mínimas del debido proceso, tornará legítimo el ejercicio de facultades fiscalizadoras, sancionatorias y punitivas de parte de los órganos del Estado.



EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN EN COLOMBIA

RENÉ MORENO ALFONSO¹

1 - INTRODUCCIÓN

El término “control de convencionalidad” es creación de la doctrina² y ha sido aplicado y desarrollado pretorianamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos³ dentro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

A pesar de la relevancia del tema para la defensa de los derechos humanos, éste no ha tenido la difusión, ni divulgación académica que permita a los actores- *victimias, defensores de derechos humanos y jueces nacionales o locales*- la utilización de los convenios y pactos internacionales aceptados por los estados para la protección de los derechos de las personas en los casos de violación de éstos.

En ese contexto el presente artículo tiene por objeto, contribuir a la difusión y conocimiento de la utilidad práctica de la aplicación y ejercicio del control de convencionalidad, como instrumento jurídico que permita materializar la defensa de los derechos humanos consagrados en las convenciones y pactos internacionales, cuando se reclama su protección por su violación o amenaza y en concreto señalamos casos en que los diferentes órganos de poder en Colombia han introducido la aplicación de las normas sobre derechos humanos consagrados en los diferentes

1 Docente Corporación Universitaria Republicana y Universidad Libre de Colombia. Presidente de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. Miembro fundador del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos y Asociación Mundial de Justicia Constitucional.

2 Control de Convencionalidad de las leyes y Derechos Humanos. Ernesto Rey Cantos. Editorial Porrúa México. 2008 Pág. LVIII cita como los autores se refieren al tema con las siguientes denominaciones: Control de legitimidad convencional, Mauro Cappelletti; Control de Constitucionalidad Transnacional, Juan Carlos Hitters; control de Convencionalidad y a la Jurisdicción supraconstitucional, Carlos Ruiz Miguel; Control de Convencionalidad Hector Fix- Zamudio; Control de Compatibilidad, Ana Salcedo Osuna; t Control de convencionalidad, Susana Albanese.

3 El concepto de control de convencionalidad ha sido desarrollado por la C.I.D.H., en varias sentencias y opiniones consultivas.

instrumentos internacionales para la solución de controversias o litigios, para la armonización del ordenamiento jurídico interno con aquellos.

2- GLOBALIZACIÓN Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial - 1939-1945-, surgió la Organización de las Naciones Unidas, el 6 de junio de 1945 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1.948)⁴, como garantía que todo ser humano es titular de derechos oponibles frente a todo estado y particulares; actos que transformaron política y jurídicamente el ejercicio del poder en el ámbito de los denominados estados nacionales.

Los estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas se comprometieron con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al respeto universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales del hombre como un ideal común que deben garantizar a nivel nacional e internacional, por ser derechos universales que deben ser reconocidos y respetados efectivamente por la comunidad internacional.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue aprobada, teniendo en cuenta dentro de sus considerandos “*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 y de creencias,*” por lo tanto la finalidad de la declaración es la libertad, la justicia y la paz mundial y como fundamento básico para su logro, el reconocimiento y protección de los derechos humanos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos -DUDH-, es la fuente y fundamento de las normas internacionales sobre derechos humanos, que han inspirado la existencia de numerosos tratados internacionales de derechos humanos con efectos jurídicos vinculantes para los estados partes, promoviendo así, mecanismos de protección de los derechos humanos en las diferentes regiones del hemisferio, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos -1.969-⁵; La Convención Interamericana

4 El 10 de diciembre de 1948 la Asamblea general de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de los derechos Humanos.

5 También denominado Pacto de San José de Costa Rica, suscrito el 22 de noviembre

para Prevenir y Sancionar la Tortura -1.985-⁶ y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas - 1.994-⁷.

La relación estado- persona, sufrió un profundo cambio, con la aprobación de normas internacionales protectoras de los derechos humanos que vinculan a los estados partes, porque el respeto de los derechos de las personas por parte de los estados, paso a ser un tema de derecho doméstico o nivel local, a un tema de interés jurídico de la comunidad internacional.

Este proceso de transformación de las relaciones de derecho, estado- persona, se inscribe dentro del fenómeno de la globalización, provocado por el reacomodamiento de las nuevas fuerzas en la distribución geopolítica del poder a nivel mundial, como consecuencia de los efectos devastadores sufridos por la humanidad y causados por las dos confrontaciones mundiales.

La globalización entendida como “*los procesos en virtud de los cuales los Estados Nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios*”⁸.

En esa dinámica de los procesos impulsados por la globalización, los estados nacionales, se debilitan y la órbita de su poder absoluto, ya no puede ser ejercido libremente en el ámbito de sus fronteras, ya que tiene las barreras o límites establecidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos y sus acciones deben estar orientadas a la protección y defensa de los mismos, para no incurrir en responsabilidades internacionales del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales. Esos límites al Estado se evidencian en la existencia de instituciones y organismos supraestatales que a nivel mundial están asumiendo competencias que hasta hace poco eran de la esfera exclusiva del Estado y formaban parte de la manifestación del poder como elemento

de 1969, fue ratificado por Colombia, mediante la Ley 16 de 1972 y entro en vigencia el 18 de julio de 1978.

6 Aprobada por la Asamblea General de la Organización General de los Estados Americanos - OEA- en Cartagena de Indias – Colombia- el 9 de diciembre de 1985, entró en vigencia el 28 de agosto de 1.991, ratificada por Colombia en virtud de la Ley 409 de 1.997 y entró en vigencia el 19 de febrero de 1.999.

7 Aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos - OEA - en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, entró en vigencia el 28 de marzo de 1.996 y aprobado por Colombia por la Ley 707 de 2001.

8 ¡Que es la globalización? Ulrich Beck. Paidós 1988. Pag 29

de la soberanía nacional⁹.

Es decir el campo jurídico sufre una transformación en la conformación de las nuevas relaciones de poder, no es ajeno a ese entramado y el derecho es utilizado como instrumento para regular e imponer límites a la acción de los estados nacionales y así garantizar derechos a la persona, sin distinguir su origen o pertenencia a una asociación u organización política determinada.

En esa nueva dinámica de las relaciones estatales, los estados nacionales se entremezclan mediante la aceptación de ordenamientos jurídicos transnacionales o supra estatales que los vinculan y que se obligan a cumplir en el marco de la comunidad política internacional.

Esas reglas o normas de protección a la persona, aceptadas y reconocidas internacionalmente por los estados, son el objeto de los tratados de derechos humanos.

“Los tratados de derechos humanos se dirigen al tratamiento dispensado por los Estados, en el ámbito de su ordenamiento jurídico interno, a todos los seres humanos sujetos a su jurisdicción; aunque los conceptos que utilizan encuentren paralelo en los empleados en el derecho interno, se revisten de un sentido internacional autónomo, estableciendo patrones comunes de comportamiento para todos los Estados Partes”.¹⁰

La coexistencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos, unos a nivel nacional y otros de orden internacional, provoca tensiones y choques entre ellos, cuando el contenido de sus normas es contradictorio y se hace necesaria su aplicación para un caso concreto. Frente a esta variedad de ordenamientos jurídicos vigentes, unos de carácter interno y otros de carácter internacional, surge como problema o conflicto jurídico por resolver, cuál de los sistemas normativos es el que prevalece en su interpretación para su aplicación.

Frente al interrogante planteado, el derecho internacional público clásico o tradicional, resolvió el conflicto jurídico mediante dos teorías; (I) El monismo, que señala que entre el derecho interno y el derecho internacional, existe una unidad jurídica y por lo tanto, constituyen uni-

9 Mundialización, Globalización y Nacionalismos: La quiebra del moderno estado nación. Isidoro Moreno. En Estado Constitucional y Globalización. Editorial Porrúa UNAM México. México 2003 Pág. 78.

10 El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Antonio A. Cançado Trindade. Editorial Jurídica Chile. Segunda Edición 2006 Pag 28.

dad en el sistema de fuentes y así el derecho internacional se constituye en fuente del derecho interno; y (II) El dualismo, que establece que son dos sistemas autónomos e independientes, con dos tendencias, una que defiende la supremacía del derecho nacional sobre el internacional y la otra, que considera que el derecho internacional prevalece sobre el derecho nacional o local. Las anteriores posiciones jurídicas, son asumidas por los estados de manera particular y su estudio depende como cada uno de ellos, han incorporado la teoría a su derecho interno.

3 - LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

Como quedo señalado atrás, las reglas de protección de las personas, son los tratados de derechos humanos, es decir, su objeto difiere de los tratados clásicos de derecho público, que tenían como sujeto de regulación los estados.

En esa evolución de los tratados de derecho público, encontramos y ubicamos los tratados de derechos humanos, que tienen por objeto la defensa de los derechos de la persona para preservar la integridad y desarrollo de la humanidad.

Frente a esa pluralidad de ordenamientos, nuevamente nos encontramos con el dilema de la fuerza vinculante de los tratados en el derecho interno y en particular de los tratados de derechos humanos. Así mismo como el derecho internacional público clásico resolvió la tensión entre la aplicación del derecho interno y el derecho internacional, hoy ese conflicto entre derecho interno y derecho internacional de los derechos humanos, es resuelto mediante dos posiciones jurídicas:¹¹

(I) La primera que considera la **Internacionalización del Derecho Constitucional**, mediante el proceso de inclusión de un segmento del derecho internacional, como son los instrumentos internacionales so-

11 En este sentido se encuentran sub realizadas a la tesis desarrollada por Manuel Fernando Quinche Ramírez en su trabajo sobre “El Control de Convencionalidad y el sistema Colombiano”, en www.ildpc.org/revistas/12/pdf/. Por su parte Susana J. Albanese considera que “la internacionalización del Derecho Constitucional y la Constitucionalización del Derecho Internacional son los dos ejes a través de los cuales circula el concepto de control de convencionalidad “En Derecho al Día” Año VII No. 123. Boletín Informativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

bre derechos humanos y derecho internacional humanitario, dentro del derecho constitucional interno de un país, para que las referidas normas internacionales integren el sistema de fuentes del respectivo estado.

En el caso de Colombia, ésta es la tesis que encontramos recogida en la carta política de 1991¹², al consagrar que los convenios y tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, tienen el reconocimiento o rango constitucional. La anterior posición ha sido desarrollada por la Corte Constitucional Colombiana, mediante la adopción jurisprudencial del denominado bloque de constitucionalidad.¹³

(II) La segunda considera la constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, en el sentido que los mencionados tratados adoptados por la comunidad internacional tienen una dimensión constitucional, es decir, que constituyen verdaderas constituciones del orden internacional, que implican la supremacía y el respeto de los derechos humanos por la comunidad internacional.

En estas posturas encontramos valores supranacionales, que son aceptados o reconocidos por la comunidad internacional, mediante normas jurídicas comunes internacionalmente que vinculan jurídicamente a los estados nacionales mediante la aprobación y ratificación de tratados y convenios sobre derechos humanos. Estos tratados y convenios constituyen una verdadera fuente de derechos para la persona y por su contenido son normas supranacionales que vinculan a todos los estados partes y por lo tanto se encuentran sometidos a ellos, o sea que los ordenamientos jurídicos internos quedan subordinados a la supremacía convencional.

Ese conjunto de Instrumentos Internacionales de contenido y efectos jurídicos variados - *tratados, convenios y declaraciones*- es lo que constituye el corpus juris de los derechos humanos¹⁴

La eficacia en la aplicación de los mencionados instrumentos de protección de los derechos humanos por parte de los Estados, contribuirá a la aspiración universal del ser humano de vivir en comunidad con dignidad y respeto de sus congéneres.

El marco de referencia de esos instrumentos internacionales sobre protección de los derechos humanos, más relevantes para el continen-

12 Artículo 93 “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los Derechos Humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción prevalecen en el orden interno”

13 SC.225 de 1995; SC 358-1997 y SC. 582-99

14 Párrafo 115 de la Opinión Consultiva Oc-16/1999 de la Corte Interamericana.

te americano son : (I) La Declaración Universal de los Derechos Humanos; (II) La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre ; (III) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y (IV) La Convención Americana sobre Derechos Humanos.

4 - LOS SISTEMAS DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Ese conjunto de instrumentos internacionales que garantizan los derechos de la persona, para lograr su efectiva aplicación se han organizado como sistemas, denominados, así: (I) Sistema Universal; (II) Sistema Africano; (III) Sistema Europeo y (IV) Sistema Interamericano.

Por la importancia del contenido de las decisiones sobre la protección de los derechos humanos, delimitaremos nuestra referencia al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH).

“La expresión “sistema interamericano” se refiere a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – *C.I.D.H.* - y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a los relatores de la comisión y eventualmente a pronunciamientos de los órganos políticos de la Organización de Estados Americanos – *OEA*”.¹⁵

El sistema interamericano está integrado por las normas que consagran derechos y los mecanismos de protección de los mismos y se encuentran establecidos fundamentalmente en la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Convención Americana de Derechos Humanos, fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre derechos humanos y Colombia la aprobó mediante la ley 16 de 1992, ratificada el 31 de julio de 1973 y aceptó la competencia de la Corte Interamericana del 21 de junio de 1985.

15 Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Daniel O'Donnell Primera Edición Bogotá. 2004. Pag 25 y 26

5 - EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Entendemos por control de convencionalidad, la confrontación que se hace de normas u actos de derecho interno con la Convención Americana de Derechos Humanos para verificar su salvaguarda o protección.

Susana Albanese define el control de convencionalidad como “*una garantía destinada a obtener la aplicación armónica del Derecho vigente, un control arraigado en la protección de los derechos y garantías particulares.*”¹⁶

Así como el control de constitucionalidad pretende la armonía y la compatibilidad entre las normas infraconstitucionales y las normas de rango constitucional; el control de convencionalidad examina que las normas y actos de derecho interno no sean contrarias a la normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Para el profesor Ernesto Rey Cantor el control de convencionalidad “*se trata de un examen de confrontación normativo – material- del derecho interno con la norma internacional, alrededor de unos hechos - acción u omisión- internacionalmente ilícitos, la confrontación es una técnica jurídica que se denomina control y tiene por objeto “asegurar y hacer efectiva la supremacía” de la Convención Americana.*”¹⁷

Ese control de convencionalidad está a cargo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por los órganos que integran la estructura de poder de los estados partes de la convención¹⁸.

6 - CLASES DE CONTROL

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, encontramos que existen dos (2) clases de control de convencionalidad.

16 Derecho al Día, Publicación de la Facultad de derecho (UBA) año VII. Número 123 en www.derechos.uba.org.

17 Control de Convencionalidad de las leyes y derechos humanos. Editorial Porrúa México 2008. Pág. 47

18 Creada por el capítulo VIII, artículo 52 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

1 - CONTROL DE CONVENCIONALIDAD CONCENTRADO O EN SEDE INTERNACIONAL

El principio de supremacía convencional se encuentra implícito en el artículo 2 de la Convención que establece: “*Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los estados partes se comprometen a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*”.

La norma citada consagra dos hipótesis, una cuando el estado adopta disposiciones de derecho interno violando la Convención y la segunda, cuando el legislador omite expedir una Ley a que ésta obligado internacionalmente el Estado para garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención.

La incompatibilidad normativa en los dos casos señalados, genera un conflicto que la Corte Interamericana resuelve, declarando la inconvencionalidad de la norma nacional en el primer caso y en el segundo, por omisión legislativa, ya que es un deber imperativo cumplir la convención y su incumplimiento genera responsabilidad del estado.

Esta clase de control puede denominarse en sede internacional o concentrada, por ser la Corte Interamericana su Juez natural.

2 - CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE NACIONAL O DIFUSO

El control de convencionalidad en sede nacional opera cuando el Juez nacional en un caso concreto, inaplica el derecho interno y aplica la Convención u otro tratado de derechos humanos, mediante la confrontación normativa, derecho interno con el tratado y adopta una decisión protegiendo los derechos de la persona humana con fundamento en la normativa internacional; ésta es una especie de control de convencionalidad difuso, ya que el control puede ser ejercido por cualquier autoridad jurisdiccional con competencia en el derecho nacional del respectivo estado.¹⁹

“En otras palabras, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete último de

19 CIDH, caso Almonacid Arellano y otros Vs Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 144. Párrafo 124.

la Convención Americana²⁰.

Esta clase de control es la regla general de aplicación, ya que la intervención de los órganos supranacionales es subsidiaria, y las actuaciones deben ser revisadas en las instancias nacionales antes de acudir al sistema interamericano, por eso la existencia de la convención de agotar previamente los derechos internos.²¹

Lo anterior significa que el Juez nacional debe no sólo aplicar el control de constitucionalidad, sino que también debe efectuar el análisis y control de convencionalidad y con su decisión debe prevalecer la supremacía convencional.

3 - CONTROL EX- OFICIO

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los órganos del poder judicial de los estados partes, miembros de la Organización de Estados Americanos, deben ejercer no solo control de constitucionalidad, sino también es su obligación aplicar control de convencionalidad ex officio entre las normas locales y la Convención Americana. Esta función no debe quedar exclusivamente a la iniciativa de los accionantes en cada caso en particular, ya que es una obligación de todos los órganos que integran el poder de un estado en particular, cumplir y velar por la protección de los derechos humanos garantizados en la convención.

7 - NORMAS SUPRANACIONALES OBJETO DE CONTROL CONVENCIONAL

Los legitimados para ejercer el control de convencionalidad - *Jueces nacionales y Corte interamericana* -, deben confrontar las normas locales con las normas internacionales que garantizan los derechos humanos para determinar su compatibilidad y no vulneración de los derechos de la persona. En este análisis o confrontación no solo se deben examinar el derecho interno con el Pacto de San José de Costa Rica, sino con otros tratados internacionales ratificados por el respectivo estado sobre derechos humanos, al *ius cogens*, y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, buscando su armonía en defensa de los derechos humanos.

20 Control de Convencionalidad. Guillermo Pacheco Pulido. Ed. Porrúa México 2012. Pag 1.

21 Art. 46.L. a de la C.A.D.H.

8 - NORMAS NACIONALES OBJETO DE COMPARACIÓN

En el apartado anterior indicamos que normas de carácter internacional deben confrontarse con el derecho local para realizar el control de convencionalidad. Ahora bien corresponde señalar que normas o actos de nivel local deben ser comparados con la normativa internacional que garantizan los derechos humanos.

Las normas y actos locales objeto de confrontación de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son: (i) la constitución; (ii) las leyes; (iii) los reglamentos; (iv) los actos administrativos; (v) las prácticas administrativas o judiciales; (vi) sentencias judiciales; (vii) la jurisprudencia; que deben ser examinadas para verificar su compatibilidad o incompatibilidad con la Convención Americana de Derechos Humanos, u otros tratados protectores de los derechos humanos.

El no cumplimiento de los tratados internacionales de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, bien sea por acción o por omisión de las autoridades, se conoce como hecho ilícito internacional y genera responsabilidad para el estado.

9 - CONSECUENCIAS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

1 - CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Cuando la Corte Interamericana en ejercicio del control de convencionalidad, define en un caso concreto que se vulneró la Convención Americana de Derechos Humanos, esa decisión es vinculante para el estado responsable y tiene la obligación de adaptar o modificar su derecho interno, incluyendo su propia constitución²² so pena de incurrir en responsabilidad estatal.

En los casos de delitos de lesa humanidad la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha comportado como un verdadero tribunal constitucional declarando inaplicables con efecto erga omnes las leyes internas de un país, como en el caso de las leyes de amnistía dictadas en el Perú.

22 C.I.D.H., “La última Tentación de Cristo” Colmedo Bustos y otros J Vs Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C. No. 73.

2 - LA JURISDICCIÓN LOCAL

En los casos en los que los jueces locales, ejercen control de convencionalidad e inaplican el derecho interno por ser inconvencional, sus decisiones de fondo tienen que ser en defensa de los derechos humanos sometidos a protección y el amparo tienen que estar fundamentando en el derecho internacional de los derechos humanos para argumentar la incompatibilidad del derecho interno con la normativa internacional protectora de los derechos humanos. El control de convencionalidad es un instrumento jurídico que debe ser asumido por las Jurisdicciones nacionales para materializar la defensa de los derechos humanos.

10 - APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN COLOMBIA

La práctica del control de convencionalidad ha sido introducida paulatinamente por los diferentes órganos jurisdiccionales de cierre en la estructura del poder en Colombia, aplicando el principio de supremacía convencional por encima del ordenamiento jurídico interno, en defensa de los derechos humanos y cumpliendo así los compromisos pactados en instrumentos internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario suscritos, aprobados y ratificados por Colombia. En particular se registra algunas decisiones judiciales y actos del legislativo que demuestran la aplicación del control de convencionalidad.

(i) La Corte Constitucional Colombiana ha evolucionado al incorporar en el orden jurídico interno los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario, vía bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante su función como máximo órgano de control abstracto de constitucionalidad y en sede de revisión en tutela en ejercicio del control concreto de constitucionalidad.

En una primera fase la Corte Constitucional²³ declaró la naturaleza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Posteriormente mediante sentencia C-04/2003

23 ST 568 del 99- C010 del 2000; C-200/2002; C-228/02; C370/06.

declaró que en caso de violaciones de derechos humanos o de infracciones graves al derecho internacional humanitario derivados del incumplimiento protuberante por el Estado de sus deberes de sancionar esas conductas, no existe cosa juzgada, pues consideró que esta no es más que una sentencia aparente. Finalmente la Corte de manera reiterada ha aceptado la fuerza vinculante de las medidas cautelares adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las medidas provisionales adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁴.

(ii) El Consejo de Estado como máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa en Colombia ha aplicado el precedente interamericano a casos sometidos a su control, y así, mediante sentencia del 26 de marzo de 2007 en el caso Carmen Rosa Muñoz de Sarmiento el Consejo de Estado señaló que el resarcimiento económico no es suficiente, permitiendo que las víctimas demandantes en lo contencioso administrativo reclamen pretensiones distintas al simple resarcimiento económico. En el mismo sentido mediante sentencia del 19 de octubre de 2007 en el caso Roberto Zuleta Arango y Otros, extendió los efectos de la cosa juzgada internacional en el caso de “Las Masacres de Ituango Vs Colombia” al señor Joaquín Guillermo Zuleta Zabala, por ser persona que encontraba en la misma situación fáctica de las demás víctimas de la masacre, pero quien no había acudido al sistema interamericano para reclamar la indemnización integral por los daños causados. Desde la sentencia proferida el 20 de febrero de 2008 por la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Magistrado Ponente Enrique Gil Botero, sobre reparación de daño causado por agentes del Estado, en sus providencias ha venido incluyendo en las condenas los criterios que determinan la reparación integral de las víctimas diseñados por el Sistema Integral de Derechos Humanos, entre ellas las sanciones no pecuniarias, como excusas por torturas, sistema de promoción y respeto de DDHH, etc.

La Sección Tercera de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, mediante sentencia proferida el 3 de diciembre de 2014, con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expresamente reconoció que actuaba como “Juez de Convencionalidad”, para decidir el recurso de apelación en la opción de reparación directa por hechos constitutivos de graves violación de los derechos humanos. En la referida sentencia la corporación señaló: **“El control de convencionalidad es una manifestación de lo que se**

24 ST-558/03; T- 786/03; T-327/04; T524/05; T 367/10; T 85 A/11; T-078/13 y T-976/14

ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional, también llamado con mayor precisión como el “control difuso de convencionalidad”, e implica el deber de todo juez nacional de realizar un examen de compatibilidad entre disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

La anterior precisión conceptual le permitió concluir que los hechos objeto del debate judicial implican una clara y grave violación de los DDHH y se verifica una configuración de un acto de lesa humanidad y como consecuencia surge para el Juez de convencionalidad la competencia para pronunciarse oficiosamente sobre las responsabilidades del estado por hechos constitutivos de una masacre en contra de la población civil e invoca normas de la CADH y la jurisprudencia de su corte para evitar que se concrete una circunstancia de impunidad en un caso constitutivo de lesa humanidad.

La evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado en el caso del medio de control de reparación directa, permite que sean garantizados los derechos de las víctimas sin necesidad de acudir al SIDH²⁵

(iii) La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al analizar el artículo 502 del Código de Procedimiento Penal, que establece los fundamentos de la Resolución que concede o niega la extradición debe estar probado el cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos y en relación al mencionado mecanismo jurídico de extradición la Sala precisó en relación con las víctimas que no solo debe tenerse en cuenta los tratados internacionales, referidos a los de colaboración internacional dirigidos a la lucha contra la impunidad, sino a todos aquellos que se refieren a los derechos y garantías de los extraditados como de los restantes asociados²⁶, es decir que precisó como criterio para expedir el concepto de extradición, la protección de los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad, la reparación y garantías de no repetición, teniendo como fuente el SIDH en armonía con el artículo 75-6 del Estatuto de Roma, que prevé que en los delitos de lesa humanidad

25 “*La Génesis del Control de Convencionalidad*” Página 39 en El Control de Convencionalidad (CCV): fundamentos e implementación desde el SIDH- Jaime Alfonso Cubides y Otros – Universidad Católica de Colombia, 2017.

26 En Control de Convencionalidad, Manuel Fernando Quinche Ramírez. Editorial Temis 2014. Páginas 186 y 188

no podrán interpretarse en perjuicio de las víctimas con arreglo del derecho interno.

(iv) En materia de legislación el Congreso de la República expidió la Ley 1564 del 2012, que aprobó el Código General del Proceso e incorporó en el artículo 333 un avance en materia legislativa al consagrar como fines del recurso extraordinario de casación defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos, unificar la jurisprudencia nacional y reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida.

(v) En relación a la denominada justicia transicional, la C.I.D.H., en varias sentencias ha declarado contrario a la Convención toda forma de amnistía, perdón e indultos generales²⁷, regla jurisprudencial obligatoria para la totalidad de las autoridades de los estados partes y en particular para los jueces internos.

Frente a la diversa naturaleza del conflicto interno colombiano y a los acuerdos celebrados con los paramilitares que culminó con la expedición de la Ley 975/05²⁸ por medio de la cual se dictaron disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictaron otras disposiciones para acuerdos humanitarios denominada Justicia y Paz, a la cual la Corte Constitucional definió como un instrumento encaminado a lograr la reconciliación y a facilitar los procesos de paz siempre y cuando no desproteja los derechos de las víctimas y su interpretación y aplicación deberán realizarse conforme a las normas constitucionales y a los tratados internacionales ratificados por Colombia

El acuerdo final de paz del 24 de noviembre de 2016 celebrado entre el gobierno colombiano y el grupo insurgente FARC- EP se refiere en el punto 5 a las víctimas del conflicto que incluye

27 Caso Barrios altos contra Perú. Sentencia de Fondo. Marzo 14/01, Serie C No. 74, pág. 41 y 44. Caso la Cantuta contra Perú. Sentencia Nov 26 de 2006. Serie C No. 162 Párrafo 186. Caso Almonacid Arellano vs Chile. Septiembre 26 – 2006. Serie C No. 154 Párrafo 147 y parte resolutive No. 5.

28 Ley en concordancia con la Ley 418 de 1997; Ley 548 de 1999; 782 de 2002 y Ley 1106 de 2006.

los subpuntos: 1) Derechos humanos de las víctimas; 2) Verdad, tratando de dar contenidos que satisfagan las reivindicaciones de quienes han sido afectados por la larga confrontación y acuerdan los siguientes principios; El reconocimiento de las víctimas; reconocimiento de responsabilidad; satisfacción de los derechos de las víctimas; participación de las víctimas; esclarecimiento de la verdad; reparación de las víctimas; garantías de protección y seguridad;

Garantía de no repetición; principio de reconciliación y enfoque de derechos. Sobre la base de los anteriores principios se creó un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición; y el Compromiso con la promoción, el respeto y la garantía de los derechos humanos.

En ambos procesos de concertación política se ingresó a la denominada justicia transicional con los límites constituidos por la jurisprudencia de la Corte I.D.H., especialmente sobre los derechos a las víctimas, a la justicia, reparación a la verdad y no repetición.

11 - CONCLUSIONES

1. El control de convencionalidad es un mecanismo eficaz para la defensa de los derechos humanos, si es utilizado por las judicaturas nacionales, cuando inaplican normas de derecho interno que son violatorias de los tratados, convenciones, resoluciones y jurisprudencia internacional sobre derechos humanos.

2. La existencia de un corpus iuris de derechos humanos, modifica el paradigma de la aplicación del derecho interno, por ser normas supranacionales que vinculan jurídicamente a los estados con carácter de supremacía convencional, lo que implica que necesariamente las facultades de derecho tienen que transformar los contenidos de los programas de derecho en el continente americano, para que se ajusten a las nuevas realidades del mundo jurídico.

La formación de las nuevas generaciones de juristas americanos, futuros defensores de los derechos ciudadanos y jueces encargados de su tutela y protección, tienen que estar capacitados en la nueva visión legal, doctrinaria y jurisprudencial para la defensa de los derechos humanos, en procura de una mejor sociedad y esto no se logra, sino con el conoci-

miento y aplicación de las normas protectoras de la persona humana sin distinción de pertenencia a un estado en particular.

3. El cumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos, y demás instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos no es solo obligación de los Jueces nacionales, sino que el legislativo, las entidades del poder ejecutivo y demás autoridades del orden nacional, provincial o municipal como integrantes del poder del estado, están todos obligados y comprometidos, al respeto y protección de los Derechos humanos, para no incurrir en responsabilidad internacional por violar los compromisos internacionales.

4. En el ejercicio del derecho por parte de los abogados, pueden orientar su acción con fundamento no solo en el derecho local o nacional, sino con mayor fuerza y eficacia, en el corpus iuris convencional de los derechos humanos, resoluciones, declaraciones e informes de los órganos internacionales protectores de los derechos humanos, para que esas normas internacionales tengan un efecto útil en la aplicación a casos concretos.

5. Los órganos superiores o de cierre de la jurisdicción en Colombia en sus decisiones son cada vez más evidentes, el amparo de los derechos de las víctimas por graves violaciones de los derechos humanos, con fundamento en el ordenamiento jurídico interno integrado a los instrumentos internacionales sobre protección de derechos humanos y derecho internacional humanitario.

6. El legislativo en la expedición de las normas²⁹ que han desarrollado los acuerdos de paz con los paramilitares y la FARC- EP, han aceptado las restricciones que ha orientado la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

12 - SUGERENCIAS

En el proceso de integración entre normas de derecho interno y los instrumentos internacionales sobre DDHH y DIH, los estados deben

29 Ley 975 de 2005 y Ley 1820 de 2016.

cumplir su obligación convencional de adoptar y adaptar su ordenamiento jurídico a aquellas para no incurrir en hecho ilícito internacional y quedar expuestos a asumir su responsabilidad y enjuiciamiento internacional.

Para el caso colombiano es necesario modificar la facultad del Procurador General de la Nación consagrada en el artículo 277-6 de la Carta política que le permite sancionar disciplinariamente con restricción de los derechos políticos a quienes desempeñen funciones públicas, inclusive los de elección popular. Disposición constitucional que contraviene el artículo 23-2 de la CADH que señala que la citada sanción como limitación al ejercicio del derecho político, solamente procede mediante sentencia de juez penal.

La anterior ambigüedad y contradicción normativa impone la obligación del Estado colombiano de adaptar nuestra constitución a la CADH, tarea que está por desarrollar y así evitar futuras sanciones por violación al derecho fundamental de participación política.

BIBLIOGRAFÍA

Control de Convencionalidad de las leyes y Derechos Humanos. Ernesto Rey Cantor. Editorial Porrúa México. 2008

¿Que es la globalización? Ulrich Beck . Paidós 1988.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Antonio A. Cancado Trindade. Editorial Jurídica Chile. Segunda Edición 2006.

Constitucionalización del Derecho Internacional son los dos ejes a través de los cuales circula el concepto de control de convencionalidad “En Derecho al Día” Año VII No. 123. Boletín Informativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Daniel O’Donell Primera Edición Bogotá. 2004.

Derecho al Día, Publicación de la Facultad de derecho (UBA) año VII. Número 123 en www.derechos.uba.org.

Control de Convencionalidad de las leyes y derechos humanos. Editorial Porrúa México 2008.

Control de Convencionalidad. Guillermo Pacheco Pulido. Editorial Porrúa. México 2012.

El Control de Convencionalidad. Manuel Fernando Quinche Ramírez. Editorial Temis 2014.

El Control de Convencionalidad. Susana Albanese. Editorial Ediar Buenos Aires 2008.

Estado Constitucional y Globalización. Miguel Carbonell- Rodolfo Vasquez. Editorial Porrúa UNAN- México 2003.

Medidas Provisionales y Medidas Cautelares en el Sistema Internacional de Derechos Humanos. Ernesto Rey Cantor y Ángela Margarita Rey Amaya. Editorial Temis- UNAM México 2008.



A (RE)FUNDAÇÃO DO ESTADO E DA CONSTITUIÇÃO: O PODER JUDICIÁRIO E (DIS)FUNÇÃO NA SOCIEDADE NO CASO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

EMERSON DE LIMA PINTO¹

INTRODUÇÃO

A (re)fundação do constitucionalismo e a consolidação da ideia da Constituição aberta pressupõe uma (re)afirmação do Estado e de uma Constituição garantista, dirigente e pluralista, fundada numa concepção material que trilhe aproximações entre o procedimentalismo e o substancialismo no processo hermenêutico, capaz de condicionar um processo (re)legitimador do Poder Judiciário na concretização de um projeto humanista que contraponha à barbárie pós-nacional.

Na construção de uma perspectiva humanista capaz de (re)legitimar e (re)estatizar o próprio Estado Contemporâneo se torna indispensável para consolidação de uma Constituição Cultura, uma vez que ainda é o principal instrumento de que dispõe a sociedade na garantia de seu processo civilizatório. Na atual conjuntura, aproximar o pensamento garantista de Ferrajoli (2002), expressa em *Derecho y Razón*, relevante para Estados Centrais; mas, acima de tudo, é vital para os Estados periféricos como o Brasil assumir compromissos de proteção ambiental que assegure a jurisdição constitucional do campo de análise e eventual contenção de ações abusivas ou ilegais que permeiam o agir tanto da própria sociedade quanto do Estado (Administração) na violação do princípio que impõe ao estado o dever de promover o meio ambiente ecologicamente equilibrado em razão de uma perspectiva de desenvolvimento econômico predatória ao meio ambiente.

A investigação foi desenvolvida por meio de leituras prévias, utilizando-se como referencial teórico os autores Bonavides (2001), Calera (1992) e Pelayo-García (1996), Streck (1998) que possibilitaram indícios reflexivos relevantes para aprofundamento vindouro. Do mesmo modo, a análise dos resultados pertinentes à verificação do papel da Constituição e da legislação brasileira se deu por meio do método de abordagem

1 Pós-Doutor em Direito na UNISINOS. Doutor em Filosofia e Mestre em Direito Público. Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo na Universidade FEEVALE e CESUCA. Advogado. E-mail: ersonlp@terra.com.br

dedutivo, que parte do geral para o específico, ou seja, pesquisa sobre a matéria através de doutrinas, legislações e levantamentos bibliográficos para, posteriormente, realizar a análise dos dados obtidos.

1. TEORIA DA CONSTITUIÇÃO E (RE)FUNDAÇÃO DO ESTADO

A Teoria da Constituição atravessa um período de crise, tendo em vista que, segundo Calera (1992) o processo de mundialização instiga a *(re)fundação do Estado* que reorganize as funções clássicas do Estado e ressalte uma perspectiva garantista que dê à Constituição um papel significativo na sociedade contemporânea, reduzindo seu aspecto meramente formal e tornando-se hegemonicamente material (substancialista). Vislumbra-se que, conforme Cerqueira (1993), a Constituição na *história* passou a ser reconhecida pela sociedade, na medida em que, inicialmente, conteve monarcas despotas com as leis do reino; após, quando (re)conheceu o dever jurídico de incorporar no texto fundamental direitos reivindicados que se não positivados poderiam manter os conflitos sociais decorrentes de um novo tipo de organização humana, como o sindicato, o círculo operário ou o partido político. É importante relembrar do nascimento da Constituição como pacto e sua (re)legitimação constante, a fim de (re)afirmação indispensável do novo contrato social garantido pelo Estado.

A sociedade aberta, a partir do constitucionalismo pluralista e contemporâneo, deve fundar-se no princípio da tolerância essencial a uma *Constituição Cultural* que se (re)orienta no sentido da (re)organização do poder político que vá além dos bens jurídicos culturais, no sentido formal, como, por exemplo, o texto constitucional alemão, conforme refere a lição de Häberle (2002, p. 113-114):

El núcleo fundamental de todo ello no es otro que el formato por proprio principio constitucional “tolerancia activa”, así como por el de “renuncia al uso de la fuerza”. [...] así como un objeto de aprendizaje imprescindible a toda Constitución plural tanto para docentes y discentes como para padres y hijos, estudiantes universitarios y sus profesores, representantes de las asociaciones civiles, y la prensa la LF ofrece, por tanto, las líneas maestras y el marco orientativo de toda educación y formación política como “expres-

sión de Constitución cultural”. Visto todo ello en panorámica, sería peligroso establecer un pluralismo concreto – peligroso incluso frente al propio pluralismo filosófico en sí –, amistoso neutral, que pusiera si mismo en peligro las susodichas líneas maestras o las respectivas disposiciones contenidas en la LF federal alemana, pero también aquel otro pluralismo que “de hecho” hiciera peligrar cualquier tipo de ulterior progreso y desarrollo dentro de la propia Republica Federal.

A legitimidade de uma Constituição assenta-se na visão de que funciona como dispositivo de controle de poder. Conforme Calera (1992), a constituição material e a *substancialização* do constitucionalismo que se estruturam na cultura constitucional estatizada exigem um processo (re)legitimador que busque concretamente, na sociedade, um novo caminho de legitimação, com intuito de garantir as condições de sobrevivência do Estado e da Constituição nestes tempos em que a sociedade carece de organismos e instituições com capacidade de intervir na defesa de seguimentos sociais excluídos.

Se Calera (1992) aborda a relação entre a dialética e o Estado e o tipo de dialética, cabe a nós na atualidade potencializarmos essa reflexão em torno da dialética e da Constituição para que (in)corpore a cultura como ciência fundamental na (re)construção da Constituição, que se integre ao adequado processo de (re)forma constitucional e o reconhecimento natural da *mudança constitucional* são abordadas por Jellinek (1991), ao vislumbrar que as Constituições contêm preceitos jurídicos. Todo o Direito é reformado e complementado seja mediante a lei, pelo *direito consuetudinário* ou pela doutrina jurídica.

Com esse desiderato, tem-se como referenciais na teoria política e do Estado autores como Bonavides (1996), que tem demonstrado preocupação com a organização do Estado e suas *transformações*, bem como as perspectivas de uma visão civilizadora e democrática. Nesse sentido, suas contribuições, como Constituição aberta e a *teoria constitucional da democracia participativa*, assumem relevância essencial para a compreensão do Estado que esteja em sintonia com a sociedade constitucional aberta e pluralista (BONAVIDES, 2001). A democracia substancial de Ferrajoli (1997) é desafiadora enquanto proposta a ser realizada pela sociedade diante de um cenário tão adverso em razão da fragilização dos Estados Nacionais pela *economia moderna* e antidemocrática (FARIA, 2000).

É preciso (re)conhecer que as funções clássicas da Constituição

devem ser nosso ponto de partida, em uma análise crítica, a respeito dos limites que a Teoria da Constituição tem apresentado, uma vez que nossa cultura constitucional tem sido predominantemente estatal. Assim, verificam-se as condições de possibilidades que a ciência da cultura oferece para uma (re)fundação constitucional que, inclusive, compreenda o mundo transnacional. A democracia contemporânea passa pela afirmação da sociedade civil como sujeito constitucional cujo papel significativo passa a desempenhar de forma crítica a ordem jurídica monopolista estatal. Nesse horizonte, compreende-se a distância entre as necessidades dos cidadãos e sua efetiva participação política na transformação do *Estado Contemporâneo em crise* (ESPÍNDOLA, 2005).

Temas como o denominado *direito global*, ordem econômica e sua incidência institucional, caso do *Estado Social*, como afirma Pelayo-García (1996), a crise do Estado-nação, soberania e Constituição, quando são colocados em foco na *sociedade contemporânea*, conforme Castro (2003), pressupõem uma análise dos problemas que a Teoria da Constituição enfrenta e, ao mesmo tempo, as probabilidades que surgem a partir de uma (re)fundação constitucional que considere a substancialização do direito constitucional e a da própria Constituição. Sobre a concepção substancialista do Estado Calera (1992, p. 98-99; 101) assevera:

Una concepción sustancializadora del Estado no pretende constituir un proyecto político concreto, ni una fórmula mágica que resolviera definitivamente las más radicales contradicciones de la historia social o colectiva. Debe insistirse en la naturaleza metafísica que implica una sustancialización del Estado como lugar “ético” para la realización de la libertad y la igualdad de todos los hombres. [...] Esta concepción sustancializadora del Estado quiere mantener la vivacidad dialéctica de lo individual y lo colectivo. Si el Estado se entiende, desde esta perspectiva sustancializadora, como un paradigma de síntesis, es simplemente porque se considera necesario ofrecer una posibilidad razonable, no real, de que los conflictos humanos pueden tener progresivas soluciones, que nacerán de esa búsqueda inacabable de una síntesis definitiva.

Tal substancialização ou materialização da Constituição pressupõe a inclusão da ciência da cultura na Sociedade Contemporânea como elemento instigante de uma visão extremamente estatal da Constituição, forjada a partir de uma cultura constitucional de viés

liberal-individualista, segundo Macpherson (1979), que, por sua vez, reproduziu seus postulados na Teoria da Constituição sem a devida filtragem constitucional. A partir das experiências dos séculos XVIII, XIX e XX, seja na mudança paradigmática do Estado ou na ausência de reflexão a respeito de uma conservação social pouco perceptível. A urgência do (des)velamento da Constituição é sentença inapelável esculpida por Streck (2001), essencial à realização da construção do *Estado Democrático de Direito* cada vez mais possível se (re)significar com uma presença concreta da sociedade civil organizada envolvida e protagonista em seu processo de formação.

Numa nova tradição humanista constitucional, que se identificou como sendo a Teoria da Constituição como cultura nos países periféricos no início deste milênio, implica a busca de construções teóricas humanizadoras de nosso tempo. Nesse sentido, faz-se essencial a (in)corporação de um garantismo de Ferrajoli (2002) a uma nova formulação da Teoria da Constituição, que, ao mesmo tempo, garanta os direitos fundamentais e contribua na compreensão e no agir, a partir da transformação da *soberania no mundo contemporâneo*, de acordo com Dupas (2005). Streck (2002) assevera que a obrigatoriedade do jurista em debater o *substancialismo* e o *procedimentalismo* é a obrigação de uma resistência constitucional.

Por efeito, a partir da convicção da obrigação da realização de outro *modo de produção do direito*, diverso do liberal-individualista estatal/estatista no Direito, surge o anseio da elaboração de uma nova concepção sobre o bem jurídico que possui caráter supraindividual e destina-se a garantir um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição da riqueza e bens da vida entre os grupos sociais (DELMAS-MARTY, 2004). Interessante a concepção de Streck (1998) a respeito de Ferrajoli e seu Estado Democrático de Direito. O Estado Democrático e o Estado Democrático de Direito Ambiental devem defender e preservação do meio ambiente promovendo qualidade de vida por meio de ações conjuntas entre o Estado e a sociedade, formulando e concretizando políticas ambientais, criação e aplicação de leis protecionistas. Para tanto, é fundamental a educação e informação ambiental, sempre com medidas de alcance global, que não se limite às atividades de produção, mas também na área conhecimento científico, já que o estudo e a manipulação genética se tornam mais atuais como forma de assegurar um adequado desenvolvimento sustentável.

2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O DESENVOLVIMENTO NO MEIO AMBIENTE

A função do Poder Judiciário consiste também na preservação do exercício de cidadania e democracia, assegurado nas questões que envolvem o meio ambiente. No Brasil, os cidadãos têm o direito de participarem ativamente na elaboração das políticas ambientais, por diversos instrumentos. Dessa forma, a expressão Estado de Direito Ambiental é originária do Direito Alemão, que prevê a conformação pelos Estados das políticas de desenvolvimento sob o enfoque do autossustentabilidade. A composição do “Estado Ambiental” se faz a partir de duas definições que Canotilho (1999, p. 1255) denomina de:

[...] dimensões jurídico-políticas: cooperação com os demais Estados e responsabilidade dos poderes públicos perante as gerações futuras. Além do dever jurídico de proteger e preservar a qualidade do meio ambiente pode-se citar a realização das audiências públicas, abertas à participação popular, em que o cidadão e as entidades podem expor suas opiniões e dúvidas, influenciando de forma direta nas decisões do Poder Público.

Recorde-se que o objeto do Direito Ambiental, no entanto, deve ser localizado junto em grau de relevância dos direitos e garantias individuais, pois trata de direitos transindividuais coletivos, difusos e inclusive transgeracionais. Não deve, desse modo, ser tratado em sistemas jurídicos isolados, mas com políticas integradoras e globais, uma vez que se está diante de patrimônio pertencente a toda humanidade e que depende de proteção para a garantia de qualidade de vida no presente e no futuro. Nesse sentido, é perceptível a contribuição do pensamento de Ferrajoli (2002) que começa por possuir uma Constituição que instituiu o Estado Democrático de Direito e que não instaure uma revolução das estruturas sociais. Percebe-se, porém, que esta nova conjugação (in)corporea características novas ao *modelo tradicional*, possibilitando, no mínimo, reformas estruturais no modelo de Estado e em suas exigências. O Estado Democrático de Direito e o papel do jurista nada se tem a acrescentar à síntese formulada por Streck (2001), visto que o Estado Democrático de Direito destina-se, justamente, para instrumentalizar o direito como um campo privilegiado na concretização dos *direitos sociais* (QUEIROZ, 2006). Mediante o (des)locamento do foco de decisão do Poder Execu-

tivo e do Legislativo para o *Poder Judiciário*, como afirma Krell (2002), leva-se em conta que a maioria dos direitos previstos na Constituição não se realizou, ou seja, é possível afirmar que a dogmática jurídica tem obstaculizado para a efetivação realização desses direitos.

Contemporaneamente, o Estado ambiental surge a partir dessa nova formatação legal e objetiva avançar e implantar mudanças radicais na base produtiva do sistema econômico, introduzindo o conceito moderno de uso racional dos recursos naturais, de forma a obter o desenvolvimento sustentado. Isso significa manter o crescimento econômico indispensável ao desenvolvimento e atendimento das necessidades da crescente população, sem comprometer a possibilidade de garantir um ambiente saudável e com abundância de recursos. O princípio do *desenvolvimento sustentável* apareceu como resultado do crescimento socioeconômico em face da preservação ambiental. De um lado está a exploração do meio ambiente, enquanto do outro está o crescimento econômico dos grandes centros (MILARÉ, 2001).

Além disso, diversos encontros mundiais já trataram a respeito do tema, sendo possível citar a Conferência do Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1989, assim como a ECO 92, como é conhecida a Conferência ambiental realizada no Rio de Janeiro, em 1992, e, da mesma forma, a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente, que assim definiu o desenvolvimento sustentável: “é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades” (CANOTILHO, 1998, p. 46). Enfim, é justamente por causa da aplicação do princípio à atividade desenvolvimentista, produtora de consumo e eliminação de resíduos de massa, que a doutrina ambiental tem procurado fixar a atividade econômica e a sociedade de consumo em três pontos fundamentais: a) evitando-se a produção de bens supérfluos e agressivos ao meio ambiente; b) convencendo o consumidor da necessidade de evitar o consumo de bens “inimigos” do meio ambiente; c) estimulando o uso de “tecnologias limpas” no exercício da atividade econômica (RODRIGUES, 2005, p. 172).

Tal preceito surge, portanto, em consequência da degradação do meio ambiente gerada pelo uso indiscriminado de seus recursos naturais pelo homem. Trata-se, pois, de um processo de desaceleração da exploração dos recursos naturais. Mediante a correta aplicação dos preceitos ambientais, notadamente o do desenvolvimento sustentável, “busca-se a coexistência harmônica entre economia e o meio ambiente” (FIORILLO,

2004, p. 25). Logo, não visa o princípio do desenvolvimento sustentável coibir a utilização dos recursos naturais, tampouco obstar o desenvolvimento econômico. Tal preceito anseia por conscientizar os cidadãos de que o uso de tais recursos naturais deva dar-se controladamente, como forma de assegurá-los, também, às futuras gerações. Desse modo, o princípio do desenvolvimento sustentável objetiva um equilíbrio, ou seja, uma moderação do desenvolvimento econômico em face da qualidade ambiental, a fim de que o impacto causado ao meio ambiente e a influência da população não se efetive de maneira tão degradante ao ecossistema.

O controle das atividades legislativas, exercido constitucionalmente pelos tribunais, especialmente em relação a matérias, que de certo modo, representem distinção entre os cidadãos no tratamento a lhes ser dispensado pelo Estado, o campo é mais fértil para um ativismo judicial. Nestes contextos exige-se a intervenção do Poder Judiciário. Como bem ensina Canotilho (1998), o tribunal deve controlar se a atuação legislativa socialmente garantidora de direitos sociais pauta-se por critérios reais de realização gradual, e não por meros indicadores de *iniciativas legislativas* (AMIRIN NETO; SANTOS, 2003).

Nesta senda, a interpretação/hermenêutica ocupa espaço privilegiado na consolidação de uma Constituição como cultura e dentro de uma visão de *sociedade aberta*. No que se refere à interpretação, insistimos na lembrança das palavras de Streck ao referir-se acerca da abertura da clareira. No espaço aberto pela hermenêutica, devem ser estabelecidas as bases para (des)cobrir o ainda não (des)velado do texto constitucional, haja vista que o fenômeno Constituição, para usar a linguagem heideggeriana, está entulhado. Assim, antes tinha sido (des)coberto (processo de elaboração constituinte, movimentos populares buscando o constituir-constitucional) para, depois, em face da constante revisão da situação hermenêutica — que tende sempre a se tornar definitiva (inautêntica) a partir e no interior do campo jurídico colonizado pelo sentido comum teórico (modelo-liberal-individualista-normativista) — voltou a (en)cobrir-se o que nos impõe o dever de (des)vela-lo e (re)fundá-lo dentro de uma humanista visão de um constitucionalismo no tempo “pós-moderno” e no “Espaço pós-nacional”.

Na tentativa de consolidar uma Constituição, capaz de representar seu sentido teórico de constituir uma sociedade, a cultura apresenta-se como fonte primeva da Constituição. Desta feita, não se pode deixar de tentar (in)corporar uma maior gama de intérpretes de uma *Constituição Aberta*, conforme Castro (2003) e asseguradora de Direitos

Fundamentais. A *Nova Hermenêutica Jurídica*, que tem sido o método mais adequado em nossa contemporaneidade e propugnado por Streck (2001), demonstra a relevância do *horizonte de sentido* proporcionado pela Constituição e sua principiologia em toda a sua substancialidade, o *topos* hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico, em que a Constituição não pode ser entendida como um *ente* disperso “no mundo”, em que a Constituição é. Assim, a materialização da ordem jurídica do contrato social, aponta para a realização da ordem política e social de uma comunidade, colocando à disposição os mecanismos para a concretização do conjunto de objetivos traçados no seu texto normativo deontológico.

É preciso ter em mente, entretanto, a circunstância do discurso jurídico carecer de autonomia, na medida em que o Direito é simultaneamente um sistema aberto e fechado. A partir do discurso jurídico, é possível controlar instituições sociais, o que torna a Constituição terreno de disputas extraordinárias entre os que preconizam a civilização como necessidade humanista e os que não vêm no caminho da *barbárie*, problema a ser contornado (LOWY, 2000). Para ambos, controlar o discurso jurídico desde o (próprio) discurso jurídico é vital. O direito deve ser entendido como uma prática dos homens que se expressa em um discurso que é mais que palavras: é também comportamentos, símbolos, conhecimentos, expressados (sempre) “na” e “pela” linguagem. Portanto, a *comunicação* é um processo cultural, pois a linguagem humana é um produto da cultura, apesar do fato de que não haveria cultura, se o ser humano não tivesse condições de desenvolver um sistema articulado de comunicação oral (SANTAELLA, 2003).

O Poder Judiciário tem um papel fundamental na realização da democracia em nosso país, de modo que o caminho a ser percorrido pode ter início na Constituição como ciência da cultura, seja a formal ou a material. No primeiro caso, os fundamentos estão visíveis ao julgador a sociedade exigindo do intérprete apenas a coragem de realizar a norma sem um discurso que a (des)constitua, a partir da *astúcia de sua razão argumentativa*, como afirma Ferraz Jr. (1998), que alarga a área de abrangência de um dos problemas que a Teoria da Constituição informa desde a análise de Canotilho (fundamentação). Na segunda hipótese, a Constituição material exigirá do julgador uma habilidade superior ao defrontar-se com o problema e exigirá “disposição de expor-se diante da sociedade”, (des)nudando-se além de concepções políticas, ideológicas, econômicas, culturais e teóricas para buscar constituir a partir de princípios e valores implícitos e explícitos na

sociedade constitucional formadora da Constituição.

Contudo, essa jurisprudencialização dos valores que tem se instalado na cultura recente do Poder Judiciário nos países periféricos, em função do superdimensionamento do Poder Executivo, e subdimensionamento do Poder Legislativo, nas lições de “além-mar” de Streck, podem representar um certo dirigismo constitucional e um nível de determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não podem constituir uma apropriação dos tribunais da Constituição. Nessa perspectiva, Streck (2006, p. 134) assevera que:

[...] a hermenêutica – **na raiz defendida por mim – tem sido acusada de relativismos, pela ausência de vetores metodológicos para interpretação.** [...] ou abertura para discricionariedades hermenêuticas e o que **denomino de crítica hermenêutica do direito, de feição nitidamente antipositivista, fulcrado na hermenêutica filosófica e no (neo)constitucionalismo** (que implicou **numa nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma e um novo paradigma compreensivo-interpretativo**, com a superação de qualquer possibilidade de subsunção ou dedução). Supera-se, assim, tanto as posturas objetivistas como as subjetivistas, representando denúncia das insuficiências das teorias discursivas e das teorias da argumentação. **Aliás, tenho sempre deixado claro que não se pode – e não se deve – confundir a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com qualquer abertura para decisionismos de parte de juízes e tribunais. Isso seria antidemocrático.** (grifo nosso)

De acordo com Bercovici (2003), o *ativismo judicial* tem se constituído como elemento pernicioso à construção de uma sociedade democrática que afirma o Estado Democrático de Direito. No entanto, deve ser visto com reserva, visto que não se constitui em instrumento de solução de todos os problemas e vê-se que um dos objetivos da jurisdição constitucional seria resgatar o que Habermas (1997) define como o caráter *deliberativo da democracia*, pois a postura ativista justifica-se com base em argumentos que apelam para o próprio ideal democrático, na linha da tradição republicana e constituem um horizonte de esvaziamento das instituições democráticas com legitimidade política e constitucional.

O princípio do desenvolvimento sustentável procura conciliar a proteção do meio ambiente com o desenvolvimento socioeconômico para a melhoria da qualidade de vida do homem. É a utilização racional dos recursos naturais não renováveis, também conhecido como

meio ambiente ecologicamente equilibrado ou ecodesenvolvimento (SIRVINSKAS, 2005). Desse modo, as legislações vigentes trataram de impor limites ao desenvolvimento, principalmente no que concerne aos empreendimentos de ordem econômica, tema tratado, inclusive, no artigo 170 da Constituição Federal. Todavia, a aplicação desse princípio não denota a proibição de instalações de indústrias ou outras atividades que degradam o meio ambiente, mas, sim, que exista um estudo prévio do impacto a ser gerado (ARAÚJO, 1992). É evidente que a preocupação em preservar o meio ambiente decorre simplesmente do fato de que os recursos ambientais não são inesgotáveis. Assim, essa diretriz busca, na sua essência, harmonizar o desenvolvimento social e econômico e o meio ambiente. Em outras palavras, é cogente que o desenvolvimento seja sustentável e planejado levando em consideração os limites do ambiente a ser atingido (FIORRILLO, 2004).

Quando aborda alguns argumentos de construção de possibilidade de uma razão emancipatória para o direito, outra matriz teórica de Streck surge, o garantismo. Sobre essa “condição”, Streck (2001) assevera que, como “tipo ideal”, o garantismo reforça a responsabilidade ética do operador do direito, tendo em vista que é percebido como uma maneira de fazer democracia dentro do Direito, e a partir do Direito, como forma de também assegurar um desenvolvimento sustentável que não coloque em risco os bens jurídicos ambientais protegidos. Logo, verifica-se que o desenvolvimento sustentável é de suma importância para que haja a proteção ambiental necessária não só para o atendimento das necessidades das gerações presentes, como para as futuras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Afirmar a necessidade de uma sociedade constitucional não é de forma alguma estabelecer uma falsa dicotomia entre Estado e Sociedade Civil, mas, sim, uma mudança nas relações destas duas entidades artificialmente criadas pela cultura humana. É essencial a afirmação do Estado como agente interventivo privilegiado na sociedade. O Estado deve ser (re)fundado, como já se referiu, buscando afirmar direitos e garantias à sociedade cada vez em maior número e proporcionais ao atual estágio civilizatório. Nesse contexto, o Estado deve ser garantista, e a Constituição Dirigente continua como imperativo incontornável em todas as sociedades e, sobretudo, em países periféricos, onde já se lutava contra a barbá-

rie, mesmo antes do advento da globalização; em função desse conceito, a barbárie torna-se realidade a passos largos.

Assim, conclui-se que não há como a sociedade persistir num desenvolvimento desenfreado como se tem feito, em outras palavras, sem que realize um efetivo cuidado e proteção com a influência de tais ações no meio ambiente, ao mesmo tempo, em que o excesso no ativismo judicial pode trazer prejuízo a adequadas e eficientes Gestões Públicas. Desse modo, a jurisdição constitucional torna-se mais indispensável como forma de conter excessos por parte da sociedade e arbitrariedades, ou exceção de discricionariedade, por parte do estado Administração na atração de investimentos que coloquem sob ameaça os bens jurídicos ambientais protegidos e asseguram a eficiência na concretização de fato de um desenvolvimento sustentável, que mantenha o equilíbrio ambiental. Assim, através de medidas como as acima referidas, deve-se buscar um equilíbrio entre desenvolvimento e recuperação, conservação e preservação do meio ambiente. Em função da constatação da finitude dos recursos naturais de nosso planeta, surge uma nova preocupação oriunda do crescente aumento das atividades econômicas exercidas em inobservância às questões ambientais. Essa preocupação com o meio ambiente compõe o cerne da significação do desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS

AMIRIN NETO, Otávio; SANTOS, Fabiano. A produção legislativa do Congresso: Entre a paróquia e a nação. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A Democracia e os Três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003. p. 21-43.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. Direito Constitucional e meio ambiente. **Revista do Advogado da AASP**, p. 37-67, 1992.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 64-87.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. Por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **A Constituição aberta:** Temas políticos e constitucionais com ênfase no federalismo das Regiões. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1996.

_____. **O Estado Liberal ao Estado Social.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Coimbra Almedina, 1998.

CALERA, Nicolas Maria Lopes. **Yo, el Estado.** Madrid: Editora Trotta, 1992.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os direitos fundamentais:** Ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

CERQUEIRA, Marcello. **A Constituição na História** - origem e reforma. Rio de Janeiro: Editora REVAN, 1993.

COMISSÃO Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso Futuro Comum.** 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DUPAS, Gilberto. **Atores e poderes na nova ordem global:** Assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação. São Paulo: UNESP, 2005.

ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira. A Crise Conceitual e a (re)construção interrompida da Soberania: o fim do Estado-Nação. In: MORAIS, José Luís Bolzan (Org.) **O Estado e suas crises.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 52-89.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón.** Madrid: Editora Trotta, 1997.

_____. **Derechos y Garantías.** La ley del Mas Débil. Madrid: Editora Trotta, 2001.

_____. **A soberania no mundo moderno.** São Paulo: Martins fontes, 2002.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica.** Max Limo-

nad: São Paulo, 1998.

FIORRILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**: Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta. Madrid: Editora Tecnos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia II**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JELLINEK, G. Clásicos Políticos. **Reforma y mutación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.

LOWY, Michel. Barbárie e Modernidade no Século XX. In: LOWY, Michel; BENSAID, Daniel. **Marxismo, Modernidade, Utopia**. São Paulo: Editora Xamã, 2000.

MACPHERSON, C.B. **A teoria política do individualismo possessivo**: De Hobbes a Locke. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PELAYO-GARCÍA, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madrid: Alianza Universidad, 1996.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos do Direito Ambiental. Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SANTAELLA, Lúcia. **Cultura das mídias**. 3. ed. São Paulo: Editora Experimento, 2003.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 3. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Constitucionalismo e concretização de direitos no Estado democrático de Direito. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luis (Org.). **Entre discursos e culturas jurídicas**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.



EL DERECHO HUMANO AL DESARROLLO: LA RESPONSABILIDAD COMPARTIDA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

JOSÉ DE JESÚS BECERRA RAMÍREZ¹

1 - INTRODUCCIÓN

El derecho al desarrollo es un término de relativa reciente configuración, el cual tiene como punto de origen la presencia de personas y pueblos en condiciones de alta vulnerabilidad y desigualdad que exigen comportamientos fraternos o solidarios de las personas, sociedades y los Estados en su conjunto. El inicio de su aparición se remonta a los años sesenta, de la mano de personas que desde el punto de vista teórico intentaron sensibilizar al mundo para generar actitudes tendentes a propiciar acciones que superaran las desigualdades existentes, sobre todo aquellas voces provenientes del tercer mundo, que son las que más han padecido asimetrías en sus latitudes (Gómez, 2002, p. 1-2).²

De ahí, la idea de generar un término que de inicio se adscribiera al campo de la ética y la moral, que replanteara los derechos humanos en su conjunto, pues la concepción tradicional de los mismos, con la aparición del derecho al desarrollo, los impulsa a una nueva reconfiguración con un principio adicional a los ya existentes. Es decir, si en su origen los referidos derechos se concibieron bajo la idea inicial de limitar al poder mediante la demanda de actuaciones negativas o de no intervención por parte del Estado, bajo el principio de la libertad de las personas, que fue una de las características del proceso de las primeras incorporaciones de los derechos al ámbito positivo, como lo fueron los casos concretos e ilustrativos, por un lado la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776 y por otro el catálogo reconocido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 de Francia (Jiménez,

- 1 Maestro y Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid. Actualmente Profesor Investigador y Director de la División de Estudios Jurídicos en la Universidad de Guadalajara, Jalisco, México.
- 2 Sobre todo es de darle crédito al jurista senegalés Keba M'Baye, quien en la sesión inaugural del Curso de Derechos Humanos de Estrasburgo en 1972, presentó una definición del derecho al desarrollo como derecho humano, al pronunciar la conferencia sobre el derecho al desarrollo en el ámbito internacional.

2005, p. 47-77). En estos documentos se desprenden dichos principios originales, por ejemplo, en una parte del texto de la Declaración de Independencia se estableció:

“Tenemos las siguientes verdades por evidentes en sí mismas: que todos los hombres son creados iguales; que su creador les ha otorgado derechos inalienables; que entre estos esta la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar esos derechos se instituyen entre los hombres gobiernos cuyos poderes legitimados emanan del consentimiento de los gobernados; que cuando una forma cualquiera de gobierno pone en peligro esos fines, el pueblo tiene derecho a alterarla o abolirla y a instituir un nuevo gobierno, fundamentándolo en los principios, y organizando sus poderes en la forma, que a su juicio le ofrezca más posibilidades de alcanzar su seguridad y felicidad...” (Jiménez, 2005, p. 52).

De este documento se identifica claramente la idea de los principios de libertad y seguridad de las personas, como una primera forma de identificar los derechos humanos sobre las necesidades de respetar los mismos, mediante actuaciones negativas de no intervención del Estado, en el que se garantizara a los individuos el ejercer plenamente su libertad en un marco de seguridad, y de no acontecerlo, se tiene el derecho de participación para formar otro nuevo. Hecho similar se identifica en la citada Declaración francesa, que entre otras cosas instituye lo siguiente:

Artículo 1. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.

Artículo 2. La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Artículo 4. La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan sólo pueden ser determinados por la Ley.

Es decir, en ambas declaraciones se desprenden principios muy identificados con el origen mismo de los derechos humanos en su trán-

sito a la modernidad, como lo es la libertad, la igualdad, la seguridad, la propiedad, la de participar políticamente o la de resistencia a la opresión. Todo esto con un olvido, tal vez no previsto o deliberado, como es la solidaridad o fraternidad, que si bien es cierto este último fue parte de la consigna histórica de la Revolución Francesa, en su documento cumbre como fue la citada Declaración, no fue claramente incluida, como si lo fueron los principios mencionados.

Por lo anterior, es que se realizó la afirmación categórica de inicio que con la aparición del derecho al desarrollo se replantean los principios involucrados en el tema de los derechos humanos, al adscribirse como parte de los mismos el principio de solidaridad o fraternidad. Esto en razón que tanto en el modelo francés inicial de los derechos humanos, como de alguna manera en lo citado en Norteamérica en su declaración, no estuvo con una idea completa que abarcará a todos los ámbitos de los derechos fundamentales, tal como lo expresó Gregorio Peces-Barba, al decir que una concepción de los derechos reducida a las libertades como aquí se ha mencionado, adscrita a lo que se desprende de las citadas declaraciones, es hacer a un lado una categoría en el que se incluyan entre otros aspectos los derechos de prestación, pues adscribirlos al de libertades públicas, sería reducirlos a lo que él llama derechos de autonomía, en el que el Estado sea solo un ente de observancia, donde su actividad en el campo de los derechos se limite a la no intervención de los mismos o en otras palabras el conjunto de actuaciones negativas del referido Estado (2004, p. 24). Sin embargo, al incluir el principio de solidaridad o fraternidad, cambia como ya se adelantó previamente, la configuración de los derechos humanos por el hecho de incluir la idea de superar el aislamiento que implica el circunscribirse está a la identificación de los mismos, mediante el principio de libertad, para evolucionar a un proceso de facilitación de comunicación social no egoísta, mediante el impulso de nuevas relaciones de integración, que lleven a una idea de construcción de una dimensión de índole comunitaria, lo que obviamente transforma el sentido de los derechos mediante el desarrollo de una nueva moralidad, que es susceptible de impulsar a futuro su incorporación al derecho positivo (Peces-Barba, 2004, p. 38).

Pero lo expresado no fue solo lo que impulso esta nueva reconfiguración de los derechos humanos, sino que fue también el hecho que desde el tercer mundo sobre todo, y desde la doctrina tal como se ha mencionado en párrafos anteriores, se planteó la imperiosa necesidad de ampliar la idea que las personas para su desarrollo, no sea únicamente

mediante la concepción de ser entes libres e iguales, sino también se requiere ser solidarios e integrados en comunidad. Por tal motivo, en 1986 se da un paso por demás significativo desde el ámbito internacional, especialmente mediante la Asamblea General de las Naciones Unidas en la que se adopta mediante su resolución 41/128 de 4 de diciembre de dicho año, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo. En tal documento, aparece una conceptualización clara sobre dicho término, que recoge las inquietudes por lograr un consenso de índole supranacional para comprometer a la comunidad internacional y a los Estados nacionales de asumir un mayor compromiso con las desigualdades imperantes en el mundo, hecho que se desprende tanto del preámbulo como del articulado del referido documento, que incluso se cita a continuación una parte por demás esclarecedora de ello:

Reconociendo que el desarrollo es un proceso global económico, social, cultural y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la distribución justa de los beneficios que de él se derivan,...

Artículo 1

1. El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él.

2. El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos Pactos internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales.

Del texto anterior se desprenden varios elementos, entre los que destacan: en primer término el hecho que el derecho al desarrollo no es privativo de una persona o Estado en particular, sino que partiendo precisamente de la visión solidaria, se reconoce que dicho derecho es un proceso de índole global, que a la vez tiene que ver con ámbitos que van desde el económico, social, cultural y político, cuyo objetivo es el mejoramiento de todos. Además este derecho se presenta como un claro ejemplo

de la interdependencia de los derechos humanos, pues el mandato establecido en el concepto señalado por la referida declaración, es que para llegar al derecho al desarrollo se tienen que realizar plenamente todos los demás, es decir, que el derecho que nos ocupa no es de ninguna manera independiente, sino que la vía para materializarse es que se tienen que realizar plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, según el texto anterior. Así mismo, se proyecta el hecho de que el término derecho al desarrollo no está destinado en exclusiva a los individuos, sino que también en adscriben como destinatarios a los pueblos, esto siendo una novedad en la reconfiguración de los derechos humanos, que de entrada es un cambio, pues tiene un diverso sujeto beneficiario de dicha definición, por lo que se presenta como una reconstrucción de los derechos.

Por lo mencionado no queda duda en afirmar que existe una clara idea sobre la concepción del derecho al desarrollo, en razón que desde el sector académico y la comunidad internacional se han expresado sobre la necesidad de priorizar una agenda global en el que se incluya el citado derecho. Adicionalmente, existen indicadores por demás esclarecedores, en los que aparecen sectores muy significativos en el mundo en condiciones de pobreza y exclusión, que reflejan en su conjunto una falta de garantía de los derechos humanos, en el que por lo tanto se involucra el derecho al desarrollo (Salomon, 2007, p. 39). Hecho que incluso lo confirma el mismo Luigi Ferrajoli al decir:

La violencia y las guerras civiles que continúan ensangrentando el planeta y de otro, la creciente y cada vez más intolerable desigualdad entre países ricos y pobres, entre nuestras democráticas sociedades opulentas y las cuatro quintas partes del mundo que viven en condiciones de miseria, entre nuestros altos niveles de vida y los mil millones de seres humanos que pasan hambre (Ferrajoli, 2004, p. 104).

Lo expresado nos impulsa a no ser indiferentes a lo que acontece en las condiciones de vida de millones de personas, de ahí, que la idea es realizar aunque sea modestos los esfuerzo, acciones tendentes a una vida digna para todos sin exclusión, en el que dicha pretensión no sea mero discurso retorico. Como en su momento lo planteara Roberto Bobbio, al mencionar que estamos ante la presencia de un tiempo llamado de los derechos, pero que eso no significa al final de cuentas que los derechos sean toda una realidad en el momento actual, al contrario, se vive con la

preocupación manifiesta no solo de su reconocimiento, si no sobre todo de su garantía (Bobbio, 1991, p. 97). Lo que expresó Bobbio, es su preocupación evidente ya no propiamente por el reconocimiento, que de hecho existe un gran catálogo de derechos humanos, por lo que no es tanto ese el problema, sino que el reto contemporáneo es precisamente la realización de los mismo, esto es, su tutela efectiva.

El objetivo del presente documento es el plantear como desde la jurisdicción, sobre todo la constitucional se puede hacer un aporte a la verdadera garantía del derecho humano al desarrollo. Por lo tanto en los próximos párrafos se abordará qué tipos de Estados pudiera potenciar la materialización del mismo, en particular que tipo de tendencias constitucionales facilitarían este proceso para llegar a las respuestas que desde la justicia constitucional se han presentado o fuesen lo más deseable.

2 - LAS CORRECCIONES DESDE EL ESTADO LIBERAL

Se considera relevante hacer un abordaje sobre la función del Estado, especialmente en relación a la responsabilidad sobre a lo que derechos humanos se refiere, pues partimos de una premisa fundamental, en la que dependiendo la tendencia ideológica dominante en un Estado, esta pueda determinar la forma del abordaje a los referidos derechos. Por ello, se partirá sobre la forma en que el Estado liberal clásico los contempló, sobre todo el comportamiento que exige sus cánones en el desarrollo de sus políticas gubernamentales en relación hacia ellos.

Lo anterior se deriva precisamente que al surgimiento de las versiones de los Estados democráticos modernos, sus sistemas constitucionales son los que delinear y establece hacia que ente o entes gubernamentales son los destinados a la protección de los derechos humanos, pero, no solamente la forma de tutelarlos, si no también que tipos de derechos se reconocen (Vázquez, 2016, p. 100). La primera tendencia ideológica relevante del referido Estado moderno es la liberal, aquella derivada de los movimientos revolucionarios de fines del siglo XVIII y principios del XIX, que incluso se citaron en párrafos anteriores. Pero lo más relevante que nos interesa, es cómo este tipo de Estado liberal no abordó de una forma integral el tema de los derechos, tanto desde su reconocimiento, como en la forma en que se tutelan cuando se vean violentados (es decir, su protección jurisdiccional o no jurisdiccional).

Si realizamos un repaso histórico, desde finales el siglo XVIII incluso

hasta mediados del siglo XX, vamos a encontrar con una serie de inconvenientes para el tema que nos ocupa, como los que a continuación se mencionan:

a) Sobre los tipos de derechos que se reconocen.

Es de considerar un primer obstáculo u objeción a la tendencia liberal, pues se parte de la premisa de que esta propuesta de Estado al adscribirse a opción delimitada al carácter individual de los derechos, y que se aparta de una idea fundada en el bienestar social y de índole colectiva, pues más bien se enfoca a identificarse con la legitimación de la representación popular, en el cual el Estado de derecho se destina a ser el medio de la autonomía de las personas en lo individual, como una manera de establecer límites al poder, garantizando el espacio destinado para la libertad, teniendo como fundamento las relaciones de mercado en el que prive la autonomía de la voluntad de los individuos, en el que estos, se aparten de toda relación de índole social y ética (Cárdenas, 2016, p. 88-90). Por ello, la insuficiencia para dar una respuesta integral a la pretensión que se desprende del derecho al desarrollo, en el cual es necesario una concepción de los derechos humanos más amplia y no reducida o delimitada a las actuaciones negativas del Estado, sino que es necesaria la presencia de los derechos sociales económicos y culturales, para la materialización del derecho que nos ocupa, pues una de las características del mismo, es que es producto de la interdependencia de todos los derechos.

Como bien lo apuntó en su momento el profesor Gregorio Peces-Barba, al explicar de forma por demás acertada, sobre el origen de los derechos sociales y como ellos vienen a superar o corregir el liberalismo clásico, al aportar en el sentido de que de estos son por “la idea de comunidad entre los hombres, de relaciones basadas en el amor, la amistad, el apoyo y la cooperación”. Que si bien es cierto, esta idea inició su gestación en el siglo XIX, fue precisamente hasta después de la primera guerra mundial cuando se incorpora a ciertos sistemas constitucionales bajo el concepto de derechos sociales (1999, p. 8). Lo cual se constituye en el germen del derecho al desarrollo y a la vez en la propia corrección del liberalismo.

b) Sobre la forma de garantía.

Por otro lado, se considera relevante abordar el hecho que para la realización de los derechos es imprescindible contar con instrumentos o medios que los protejan, pues no basta su reconocimiento. De ahí la relevancia de la justicia constitucional y las inconveniencias desde la visión

liberal, pues se menciona que dicha postura planteada desde el constitucionalismo se refirió a limitar el poder, pero a partir del individuo, de su dignidad y autonomía (Prieto, 2013, p. 226) con lo cual de entrada quedan excluidos los derechos que se reconocen por la pertenencia a grupos o sectores específicos. Así, esta visión dificulta que derechos como el referido al desarrollo, puedan ser incluidos de la justicia constitucional, al no entrar al catálogo de los derechos humanos y al referirse este no solo a las personas, sino también a los pueblos, por ello su dificultad de justiciabilidad.

Lo anterior, las visiones originarias del significado liberal dentro del constitucionalismo, en el sentido de la prevalencia que se le otorgó al ámbito legislativo o a las asambleas parlamentarias como depositarias de la soberanía popular, sin la existencias de límites claros para modelar su actuación, precisamente por ser reflejo de la voluntad de las mayorías (Prieto, 2013, p. 228). Circunstancia que llevó a no ser bien vista la presencia de garantías jurisdiccionales efectivas, incluso a pesar de contar con declaraciones o cartas constitucionales que reconozcan derechos humanos.

Si bien es cierto, con el surgimiento del pensamiento liberal apreciaron aspectos fundamentales del Estado moderno, que dieron respuesta y solución a las antiguas discriminaciones basadas en estamentos, para dar el paso y poner en el centro al individuo como único sujeto del derecho, pero a la vez presenta un punto débil que es fundamental para un verdadero Estado de derecho, tal es el caso de la ausencia de garantías de los derechos, en razón de las dificultades que presenta el modelo denominado por Mauricio Fioravanti de estatista, en el cual se presenta en el punto central el debate la idea de un legislador virtuoso, en el que adolecen medios que posibiliten su control, por la prevalencia del poder constituyente o del pueblo, que se ve materializado en el Estado mismo, por prevenir de este de la voluntad general. Así, esta idea de resaltar la ausencia de límites a la referida soberanía del poder público, bien sea constituyente o constituido, como lo dice el referido autor, lo ubica en un lugar muy disminuido la protección de los derechos (2009, p. 2009).

Lo señalado previamente, nos refleja esa necesidad de corrección del liberalismo clásico, sobre todo para el tema que nos ocupa en el presente documento, en razón que de entrada pareciera que dicho modelo fue con la pretensión de limitar el poder mediante los derechos, sobre todo en la Europa continental, sin embargo, tal aspiración más bien llevó a la presencia de una filosofía de corte estatista de soberanía política, que reflejó una constante desconfianza sobre todo hacia la jurisdicción, por considerar a esta última como parte del antiguo régimen al cual com-

batieron las revoluciones liberales, como fue el caso de referencia francesa, ya previamente abordado. Aunque es relevante hacer mención que dicha tendencia puede ser matizada sobre todo en el caso del modelo norteamericano, en el cual surgió el control jurisdiccional de la ley, máxime cuando esta fuera violatoria del propio contenido de la Constitución, hecho que fue muy significativo para el origen de la justicia constitucional en el mundo (Amaya, 2015, p. 109-111).³ Sin embargo, por otro lado, también reflejó ciertas inconveniencias, como lo fue el catálogo limitado de derechos y libertades reconocidos, cuyo universo es por demás menor que los reconocidos en la Europa continental.

En consecuencia, el reto que presenta el surgimiento de derechos humanos nuevos o emergentes para el constitucionalismo contemporáneo, como es el caso de referencia, nos lleva a buscar vías diferentes de garantía, especialmente cuando existen resistencias en primer término de reconocimiento y en un segundo momento, la posibilidad de que sean garantizados incluso por la jurisdicción, cuando el poder político sea omiso en su materialización.

3 - NUEVAS TENDENCIAS CONSTITUCIONALES

Es claro que el constitucionalismo decimonónico sobre todo aquel que le dio vida al liberalismo, deja ciertas asignaturas pendientes en lo que a derechos humanos se refiere, de ahí la insuficiencia de sus planteamientos para el tema de referencia. Especialmente cuando nos encontramos ante la presencia de nuevos derechos, pues al inicio de esta líneas se expresó el contenido de la Declaración sobre el derecho al desarrollo, en ella se refleja entre otras cosas, la superación clara a lo señalado en el punto anterior, en razón que establece un equilibrio entre el sentido individual de los derechos y su faceta colectiva, lo cual se combina en el concepto del referido derecho, es decir, ambas dimensiones se consagran en el derecho al desarrollo (Gómez, 2014, p. 214). Por ello, es necesario indagar un replanteamiento del constitucionalismo que responda a esta nueva realidad de conexidad entre la propia persona y la idea de su proyección colectiva, que puede llevar a adscribir

3 La referencia principal sobre ello, fue la sentencia del caso *Marbury vs. Madison*, la cual constituyó un hecho relevante sobre el control judicial de constitucionalidad y una manera que posibilitó el equilibrio de poderes, al hacer una realidad la revisión judicial, sobre todo de los entes gubernamentales que representan a las mayorías.

bienes incluso a los pueblos. Circunstancia inconcebible en las construcciones constitucionales tradicionales.

Es decir, estamos ante la presencia de nuevas construcciones constitucionales, que abarcan un denso contenido normativo, sobre todo en lo que tiene que ver con la ampliación de reconocimiento de derechos humanos especialmente con la inclusión de derechos de índole social y que se ha visto reflejado con un denso contenido sustantivo. Entendido esto como la presencia de una serie de valores, principios, derechos y directrices, lo que lleva a replantear el papel que debe de realizar el Estado en relación a la materialización o garantía del derecho, pues se parte de la idea de ser sólo un ente que procure la no intervención en sus actuaciones para que las libertades de los individuos sean tuteladas, a pasar a ser un elemento activo, en el que además de lo anterior se requiere un conjunto de intervenciones de carácter positivo, hecho que reafirma lo señalado en párrafos anteriores (Prieto, 2007, p. 213).

Esta tendencia constitucional se viene gestando desde mediados del siglo XX, especialmente posterior a la Segunda Guerra Mundial, en el que se amplía el sistemas de garantías como bien lo ha planteado Luigi Ferrajoli, al señalar el desarrollo de este nuevo constitucionalismo, que evoluciona de proteger originalmente a los bienes de índole patrimonial o del garantismo liberal, que se destinó al conjunto de medidas para proteger los derechos de libertad en contra de las acciones arbitrarias del poder, para pasar al garantismo social, enfocado a la realización de aquellos derechos que requieren una serie de acciones necesarias para satisfacer las necesidades más elementales de las personas o grupos específicos. Incluso se contempla en esta referida tendencia, la incorporación del garantismo internacional, en el cual se pretende el establecimiento de medidas adecuadas para la protección de los derechos humanos reconocidos, tanto en declaraciones, como en convenciones internacionales, que si bien es cierto, estas últimas son las más débiles de las mencionadas, pero ya se refleja como una aspiración a realizar (2008, p. 62).

Lo anterior, es de particular relevancia para el derecho al desarrollo, por diversas razones:

- Esta nueva concepción del constitucionalismo, es inclusivo, pues supera al decimonónico, que contemplaba sólo la pretensión garantista de los derechos de libertad y al ser el derecho al desarrollo un derecho interdependiente requiere el concurso de otros derechos para su realización, como son los emergentes. De ahí la postura garantista de índole

social, que la complementa.

- Por otro lado, al surgir el derecho al desarrollo en una declaración internacional, esto a la luz del viejo constitucionalismo no tendría significación jurídica, pues se cuestiona su valor normativo. Sin embargo, desde la postura garantista, sobre todo la que se habla de su corte internacional, en ella se incorpora como un elemento fundamental también las declaraciones. En consecuencia, se incluye el referido derecho como un principio dentro del nuevo orden constitucional.

Aunque cabe hacer la aclaración, que en nuestra región latinoamericana esta tendencia constitucional de índole social se inició desde fechas previas, con la irrupción de constituciones con dichos contenidos, fruto de gobiernos reformistas avanzados de tendencia desarrollista o nacionalistas, tal fue el caso de Chile en 1925 o el de Uruguay en 1934, 1938 y 1942, que derivó en programas con signos evidentes de medidas igualitarias, que los distinguió del resto de los países. Tendencia en la que se incluyó México, sobre todo después de la Constitución de Querétaro de 1917, motivado por las grandes demandas y reivindicaciones de los sectores campesinos y obreros, en el que se incluyó otra serie de principios de avanzada en materia educativa, de protección de bienes públicos y de solidaridad (Pisarello, 2011, p. 154-156).

A pesar del avance de tipo normativo que se ha dado en materia de derechos humanos, sobre todo en tratándose de reconocimientos y que lo constata tanto las constituciones nacionales, como los instrumentos internacionales, en el que no existe duda que el derecho al desarrollo se encuentra presente, pues si bien es cierto, en algunas latitudes no se encuentra nominado en sus cartas internas, si se puede integrar de forma interdependiente por la vía y conducto de otros derechos humanos para darle vida, máxime cuando se reconoce en una declaración a nivel universal, como aquí se ha referido. Sin embargo, las circunstancias en que se encuentra millones de personas en el mundo, con evidentes signos de pobreza extrema y marginación, refleja una violación sistemática de derechos humanos, en el que se incluye el citado derecho, hace necesario el deliberar qué caminos se deben de tomar de forma urgente para intentar generar condiciones mínimas de existencia y desarrollo de las personas en dichas latitudes (Gómez, 2013, p. 2143).

4 - LAS RESPUESTAS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Si bien es cierto, para la garantía de los derechos pueden intervenir diversos ámbitos de gobierno, como pueden ser los poderes clásicos del Estado o los propios organismos autónomos que para tal fin se crean en las distintas latitudes, en el presente documento, como ya se apuntó previamente, nos enfocamos al aporte y responsabilidad de la jurisdicción, especialmente sobre la forma en que se contribuye a la tutela del derechos humanos al desarrollo. En otras palabras, la idea de involucrar a la jurisdicción, en particular la constitucional, es con la idea de contribuir y reforzar lo que Luigi Ferrajoli denomina las garantías primarias, es decir, si ya existe reconocimiento de los derechos tanto a nivel nacional como internacional, lo pertinente sería activar lo que él denomina el conjunto de las garantías secundarias, como son las funciones e instituciones para protegerlas. La pretensión es cómo establecer entes jurisdiccionales que sean idóneos para reparar o sancionar las violaciones a las garantías primarias, entendidas estas como los derechos reconocidos (2006, p. 80-81).

La preocupación por la garantía de los derechos no es una idea nueva, por lo que aquí se ha señalado, si no que ha sido uno de los retos principales del constitucionalismo. Incluso el propio Hans Kelsen en su momento lo expresó de forma pertinente, al señalar que si a una Constitución carece de garantía, no tiene fuerza obligatoria, argumento que se extiende de igual manera al plano internacional de los derechos humanos, por lo cual el citado jurista, señaló la necesidad de un órgano jurisdiccional de control (2012, p. 95-107). En ese sentido, es de resaltarse, que la existencia misma de un corpus jurídico en el cual se encuentren contemplados los derechos humanos, ese simple hecho no asegura su efectividad (Bonante, 2000, p. 61-62).

Siguiendo con lo afirmado anteriormente, existe una conexión clara entre los propios derechos y sus garantías, pues se implican recíprocamente, toda vez que al ser incluido el contenido de un derecho en un instrumento internacional o en un carta constitucional, es imprescindible que sea seguido por un instrumento adecuado para su protección, para que con ello sea contemplado como un auténtico derecho, pues al no tenerlo, sería un derecho inexistente (Ferrajoli, 2004, p. 117).

Por lo anterior, es relevante ver como se pueden activar o articular medios para materializar los derechos humanos, especialmente al derecho al desarrollo, que es el asunto que nos ocupa, máxime cuando

nos encontramos con una serie de hechos que nos indican las grandes desigualdades existentes en el mundo, tal y como se ha citado en párrafos anteriores. A continuación se analizará el tipo de respuestas que se han dado desde la jurisdicción, en particular por los tribunales mexicanos, que a pesar de ser hechos no generalizados y de la existencia de resistencias para hacerlo, se han presentado casos ilustrativos y pedagógicos que pueden significar cierto optimismo sobre el papel de la jurisdicción para abonar el objetivo aquí planteado.

También es relevante mencionar, que este comportamiento que se evidenciará de nuestros tribunales nacionales, acontecen posteriormente al gran cambio normativo de que fue objeto la Constitución mexicana en 2011 en materia de derechos humanos, sobre todo en el contenido de su artículo primero, en el que se incorporan diversas cláusulas de apertura al derecho internacional de los derechos humanos, así como mandatos imperativos a todas las autoridades, no solo para promover y respetar los derechos, sino también para la garantía y reparación de los mismos cuando se vean vulnerados, además de una serie de principios como los de universalidad, interdependencia, progresividad e indivisibilidad, entre otros. Lo cual ayuda sobre manera, para darle contenido al derecho al desarrollo como un verdadero derecho humano.

En primer término se cita a continuación el siguiente criterio jurisprudencia a la letra dice:

DERECHO DE ASOCIACIÓN. EN EL CASO DE LAS SOCIEDADES FORMADAS POR LOS GRUPOS INDÍGENAS Y MIEMBROS DE LA CLASE CAMPESINA, LOS ARTÍCULOS 2o. Y 27 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS CONTIENEN UN PRINCIPIO PRO ASOCIACIÓN QUE DEBE SER RESPETADO Y PROMOVIDO POR LAS AUTORIDADES ESTATALES.

Las personas jurídico colectivas son producto o manifestación del ejercicio de un derecho constitucionalmente consagrado, como lo es el derecho de asociación previsto en el artículo 9o., primer párrafo, de la Constitución Federal, por el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este derecho toma un perfil peculiar en el caso de las asociaciones agrarias e indígenas, pues en este caso se da una tutela constitucional reforzada, toda vez que convergen en la temática dos preceptos constitucionales que derivan de reformas de gran calado, la primera al régimen jurídico

constitucional agrario, publicada el 6 de enero de 1992, y la otra es la segunda reforma constitucional en materia indígena –posterior a la de 1992 al artículo 4o.– publicada el 14 de agosto de 2001. Por cuanto se refiere a la reforma en materia agraria de 1992, en la fracción VII del artículo 27 constitucional se estableció la posibilidad de asociarse para efectos claramente mercantiles, con la finalidad de potenciar el desarrollo del campo mexicano, a partir de: a) la finalización del reparto agrario, b) la necesidad de otorgar certeza jurídica a la posesión y propiedad de la tierra, c) la capitalización del campo, pasando por la autorización de nuevas formas de asociación y la intervención de las empresas mercantiles en el campo, d) La promoción de nuevos vínculos productivos, protegiendo a los campesinos en su asociación con personas dedicadas a la actividad mercantil, lo que se desarrolla en la Ley Agraria, publicada el 26 de febrero de 1992, que pretendió **impulsar el desarrollo y el fomento agropecuarios**, a través de diversos preceptos, como los artículos 6o., 75, 79 y el título cuarto relativo a las sociedades rurales, que contemplan la incorporación de las sociedades civiles y mercantiles. Por su parte, el artículo 2o., apartado A, fracción VI, constitucional, regula un derecho de asociación **para acceder al uso y disfrute preferente de los recursos naturales** que habitan y ocupan las comunidades, ello con respeto a las formas y modalidades de tenencia de la tierra, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, hecha excepción de los recursos que corresponden a las áreas estratégicas, supuesto que implica la asociación individual entre los miembros de una comunidad o de varias comunidades para el uso y disfrute de los recursos naturales. Tomando en cuenta lo anterior, tenemos que en el caso de los miembros de la clase campesina, así como en el de los ejidos y las comunidades, y en el de los pueblos indígenas, se deriva un principio constitucional pro asociación, en tanto que el derecho de asociación previsto en el artículo 9o. constitucional se potencia, pues en ambos preceptos constitucionales la asociación individual y colectiva es una estrategia constitucional para poder acabar con la **exclusión social y la pobreza económica que han caracterizado a los miembros individuales y colectivos de ambos grupos**. Así vista, la asociación es un medio constitucional para lograr un instrumento para la igualdad sustantiva a través del desarrollo del campo, con la finalidad de vencer la pobreza, por lo que el derecho reforzado a asociarse implica, en contrapartida, que el Estado debe hacer todo por favorecer dicha asociación, a través de la capacitación correspondiente, así como poniendo a su mano instrumentos jurídicos sencillos para que así suceda. Asi-

mismo, cuando exista el intento de realizar una asociación entre miembros de la clase campesina o indígenas, ya sea de manera individual o colectiva, o entre éstos o personas que no formen parte de la comunidad o del ejido, corresponde a los órganos estatales hacer todo a su alcance para su reconocimiento, a fin de facilitar que se materialice el proyecto constitucional (SCJN, 2019).

El presente criterio jurisprudencial nos ilustra, el como un órgano del poder judicial, establece en su propia función, lo que aquí se ha mencionado previamente desde el punto de vista teórico, en el sentido de superación del viejo liberalismo tradicional, que se encontraba centrado en la relevancia del individuo y no en aspectos de índole colectivo y social. Sin embargo, en el criterio emitido un Tribunal Federal en México, resuelve el reconocer el adscribir derechos a entes colectivos, al igual que exigir actuaciones positivas por parte del Estado, con el propósito de impulsar el desarrollo en sus propios ámbitos y el acceder a diversos recursos y con ello combatir la exclusión y la pobreza. Todo lo cual, es de tal calado, pues es incuestionable que se está refiriendo al derecho al desarrollo, en especial para dos grupos sociales muy significativos en nuestro país, como son los campesinos e indígenas. Además de la relevancia política que esto implica, pues un ente no electo democráticamente como es el caso de los jueces, le hace la observación a los otros poderes que si emanan de voluntad popular, de hacer todo lo necesario a su alcance para la realización de sus derechos.

Lo anterior, se ve complementado, con otro criterio digno de mencionar, el cual desde otra perspectiva, viene a plantear y darle contenido a multicitado derecho que nos ocupa, misma que señala lo siguiente:

ACCESO A LA ENERGÍA ELÉCTRICA. DEBE RECONOCERSE COMO DERECHO HUMANO POR SER UN PRESUPUESTO INDISPENSABLE PARA EL GOCE DE MÚLTIPLES DERECHOS FUNDAMENTALES.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce derechos humanos económicos, sociales y culturales como la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad; la educación de calidad; el acceso a los servicios de protección de la salud; un medio ambiente adecuado para el **desarrollo y bienestar de las personas**; la vivienda digna y decorosa; el acceso a la cultura; el acceso a la información y a sus tecnologías, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el Inter-

net; la libertad de expresión e imprenta; la libertad de profesión, industria, comercio y trabajo; entre otros. El ejercicio de estos derechos depende cada vez y en mayor medida del suministro de energía eléctrica. En efecto, en el estado actual del desarrollo científico y tecnológico, los satisfactores materiales e inmateriales (tangibles e intangibles), se encuentran estrechamente ligados a la energía eléctrica, la cual es usada en prácticamente todos los ámbitos de la actividad humana para generar energía lumínica, mecánica y térmica, así como para el procesamiento de la información y la realización de las telecomunicaciones. Por esta razón, el acceso a la energía eléctrica debe reconocerse como un derecho humano por ser un presupuesto indispensable, al constituir una condición necesaria para el goce de múltiples derechos fundamentales (SCJN, 2018).

A la luz del texto citado, nos demuestra como se puede construir y darle contenido a los derechos humanos, sobre todo a los de mayor indeterminación y que son mandatos de optimización, como son los derechos sociales, económicos y culturales (Abramovich, Courtis, 2004, p. 122), los cuales se convierten en un elemento fundamental para llegar al desarrollo de las personas, de los grupos o pueblos. Es decir, la lectura de dicha jurisprudencia aparece demostrado el papel que juega la interdependencia para materializar un determinado derecho, pues incluso, no solo aborda los de índole social, si no que incluye los de índole civil, todo ello con el fin de reafirmar lo que se ha venido aquí mencionando, de llegar al bienestar de las personas y potenciar desarrollo.

Así como estas resoluciones de los tribunales mexicanos, nos podemos encontrar otras referencias que apuntan en la dirección aquí descrita, en los que se demuestran como desde el ámbito jurisdiccional se pueden hacer aportes para la construcción de una cultura de respeto a los derechos humanos, esto mediante a golpe de sentencias, cuando el poder político sea omiso en sus funciones de respeto y sobre todo la garantía de los mismos. Sin embargo, el camino aún es largo, pues las desigualdades en nuestra región continúan siendo alarmantes, incluso en estudios realizados en los últimos años dan fe de ello, por ejemplo el realizado por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, publicado a fines del 2017, arroja datos esclarecedores sobre la pobreza y falta de desarrollo (Gurria, 2017).

Incluso se habla de que el gran reto del constitucionalismo en

nuestra región, es precisamente el tema derivado de la presencia de las grandes desigualdades, tal y como lo expresa Roberto Gargarella, al referirse a la existencia de no pocos enemigos presentes en nuestras democracias, por lo que se requiere un constitucionalismo que se proponga igualitario (2015, p. 363). Por ello, el aporte que puede hacer la justicia constitucional es fundamental, máxime cuando el poder político es omiso en sus acciones de gobierno.

5 - CONCLUSIONES

El derecho al desarrollo como derecho humano, es un término en construcción, que tiene su origen en el ámbito universal, pero con exigencias claras de su garantía a nivel nacional, sobre todo en las latitudes con mayores desigualdades. Este derecho como aquí se mencionó, no es de forma independiente o aislado, sino que requiere el concurso de diversos derechos para su materialización, que van desde los derechos civiles y políticos, los sociales económicos y culturales, incluidos los conocidos como derechos emergentes.

De igual manera, ante la indeterminación y la abstracción del derecho al desarrollo, se requiere darle un mayor contenido al mismo, por lo que se convierte en necesaria la participación de la jurisdicción, muy especialmente la constitucional, para que a golpe de sentencias oriente con su participación a los otros entes del Estado, para lograr de forma progresiva, el avanzar en indicadores que tiene que ver con las grandes desigualdades y asimetría existente en materia de derechos humanos. Ante ello, es imprescindible el fortalecer las concepciones de los derechos humanos, sobre todo en el sentido correctivo del liberalismo clásico, en el que los derechos de libertad vayan acompañados de aquellos relacionados con los de corte igualitario, con la inclusión adicional de aquellos derechos que tengan que ver con la solidaridad, ya no únicamente entre las personas, sino también entre los pueblos, en el que se reconozca a estos mismos a la vez como sujetos de los propios derechos humanos, entre estos el derecho al desarrollo.

REFERENCIAS

ABRAMOVICH, V. Y COURTIS, C. (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta.

AMAYA, J. A. (2015). *Marbury v. Madison. Sobre el origen del control judicial de constitucionalidad*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica.

BOBBIO, N. (1991). *El tiempo de los derechos*, Madrid, Fundación Sistema.

BONANTE, L. (2000). “El papel de los Estados en el desarrollo internacional de los derechos humanos: derechos, deberes, obligaciones”, *Derecho y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, número 8.

CÁRDENAS, M. E. (2016). “La retórica liberal de los derechos humanos”, *Amauta*, Vol. 14, número 27.

FERRAJOLI, L. (2006). *Garantismo. Una discusión sobre derechos y democracia*, Madrid, Trotta.

FERRAJOLI, L. (2008). *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta.

FERRAJOLI, L. (2004). *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta.

FERRAJOLI, L. (2004). *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta.

FIORAVANTI, M. (2009). *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta.

GARGARELLA, R. (2015). *La sala de máquinas de la constitución*, Buenos Aires, Katz.

GÓMEZ, F. (2002). “El derecho al desarrollo como derecho humano”, *Revista Aportes Andinos*, número 3, agosto.

GÓMEZ, F. (2014). “El derecho al desarrollo de los pueblos indígenas”, en: SAURA ESTAPA, Jaume y RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, *Derechos emergentes. Desarrollo y medio ambiente*, Valencia, Tirant lo Blanch.

GÓMEZ, F. (2013). “El derecho al desarrollo en el 25 aniversario de la Declara-

ción sobre el derecho al desarrollo”, en: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Historia de los derechos fundamentales*, Tomo IV, Volumen VI, Libro III, Madrid, Dykinson.

GURRIA, A. (2017). *Hacia un México más fuerte e incluyente*, México, OEC-Dpublishing. Disponible en: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/economics/hacia-un-mexico-mas-fuerte-e-incluyente_9789264189645-es#page1

JIMÉNEZ, R. (2005). *El constitucionalismo, proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons.

KELSEN, H. (2012). *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, México, UNAM.

PECES-BARBA, G. (1999). *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Madrid, Dykinson.

PECES-BARBA, G. (2004). *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson.

PISARELLO, G. (2011). *Un largo terminador. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid, Trotta.

PRIETO, L. (2007). “El constitucionalismo de los derechos”, en: CARBONELL, Miguel, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta.

PRIETO, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos*, Madrid, Trotta.

SALOMON, M. E. (2007). *Global responsibility for human rights. World poverty and the development of international law*, Oxford, Oxford University Press.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/>

VÁZQUEZ, R. (2016). *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM-ITAM.



O “TRABALHADOR HIPERSUFICIENTE” NA REFORMA TRABALHISTA: NOVO MODELO NO VELHO PARADIGMA

JOÃO VICENTE ROTHFUCHS¹

1 - INTRODUÇÃO

A origem do Direito do Trabalho está ligada a um momento histórico em que uma série de fatores acabaram por gerar a denominada “questão social”, assim considerada como o estado de miserabilidade de toda uma classe trabalhadora que vinha sendo explorada pelo capital, em especial a partir do final do século XVIII. Dentre esses fatores, merecem destaque pelo menos dois grandes movimentos, de natureza política e econômica, que contribuíram diretamente para tal miserabilidade.

O primeiro deles é a Revolução Francesa, que trouxe para a Europa os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Ainda que um movimento político, a Revolução Francesa traz a reboque a ideia de Liberalismo Econômico, baseada no pensamento de Adam Smith, que acreditava na liberdade individual e na ausência de intervenção estatal na esfera privada como mecanismos de desenvolvimento econômico. Como consequência dessas ideias, o Estado não deveria interferir nas relações privadas, que passavam ser regidas pela chamada “mão invisível” do mercado, capaz, segundo a tese, de regular as relações econômicas de forma a se obter o melhor equilíbrio possível.

Tal pensamento configurava a relação entre Estado e sociedade e funcionava de sustentáculo à autonomia da vontade nas relações jurídicas, destacando-se, dentre essas, para fins do presente estudo, as relações entre capital e trabalho.

Paralelamente a esse ideal político-econômico, na Inglaterra ocorre a (primeira) Revolução Industrial, que determina uma radical mudança nos modelos de produção de bens. O trabalho artesanal e independente é substituído pela máquina a vapor e a sua organização passa a se dar em ambientes fabris de propriedade de uma classe social emergente, representada pelos “vencedores” da Revolução Francesa, com a gênese

¹ Advogado. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra/PT. Professor Universitário na PUCRS. Titular da Cadeira nº 35 da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho.

do capitalismo. Para aqueles que não tinham o potencial econômico que lhes permitisse ser proprietários das máquinas – a grande maioria da população –, restava servir àqueles que as possuíam.

Nesse contexto histórico, nasce o modelo de relação entre capital e trabalho consubstanciado pelo trabalho por conta alheia, hoje conhecido como relação jurídica de emprego, que se mantém dominante até esse início de século XXI, momento em que parece estar demonstrando sinais de falência.

2 - O DIREITO DO TRABALHO

No paradigma de trabalho por conta alheia maximizado com a Revolução Industrial e na ausência de regulação jurídico-estatal dessa relação, em face da prevalência das regras de oferta e demanda do mercado, emerge a miserabilidade de toda uma classe de pessoas, posteriormente denominada de “proletariado” por Marx. Tal condição, potencializada pela aproximação e identificação desses grupos de pessoas em face do trabalho conjunto em fábricas, faz surgir a identificação como classe e configura solo fértil para o nascimento do Direito do Trabalho.

Em um primeiro momento, com origem coletiva, o Direito do Trabalho emerge como mecanismo de (auto)defesa da classe trabalhadora oprimida pelo capital e sem resposta estatal apta a lhe preservar o mínimo de dignidade. Na sequência, o Estado reage e passa a limitar a autonomia da vontade e a liberdade contratual, por meio de garantias mínimas denominadas Direito Individual do Trabalho. Nesse sentido, Orlando Gomes e Elson Gottschalk:²

A ação direta do proletariado no quadro das condições adversas que lhe criou a primeira Revolução Industrial foi, pois, o fator principal para a formação histórica do Direito do Trabalho. Sob este aspecto, pode afirmar-se que surgiu, primeiro, um Direito Coletivo, impulsionado pela consciência de classe, e, em seguida, um Direito Individual do Trabalho.

O aparecimento do Direito do Trabalho, com efeito, tem relação direta com a necessidade de proteção de grande parcela da população que vivia em estado de miserabilidade e origem na reação coletiva dessa

2 GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho. Vol. I, 7ª Ed., Forense: Rio de Janeiro, 1979, p.4.

mesma população.

É a partir do reconhecimento da desigualdade econômica em uma relação típica, na qual alguém que não detém os meios de produção não possui alternativa senão trabalhar em prol de outrem, detentor desses meios, seguindo as suas regras, que o Estado percebe a necessidade de intervenção. O trabalhador, que necessita do trabalho para sobreviver, não tinha condições de trabalhar por conta própria pois se assim o fizesse seria incapaz de concorrer no mercado com a produtividade obtida na indústria, só lhe restando a opção de ingressar nessa indústria cedendo o seu único bem com valor de mercado: a sua força de trabalho. Floresce, assim, a ciência jurídica apta a regular essa relação, alicerçada nos paradigmas da subordinação e do desequilíbrio econômico.

Com o desenrolar dos séculos XIX e XX, mormente após o final da Segunda Guerra Mundial, o Direito do Trabalho vai se fortalecendo e ganhando força, em especial sob a ótica individual, baseado na regulamentação de um modelo de relação que pouco muda no período. Em razão da disputa ideológica entre os pensamentos de esquerda e de direita, na Guerra Fria, o progresso das leis trabalhistas dá-se sob uma ótica de utilidade tanto para a classe trabalhadora, quanto para os empresários, porém, por razões opostas: “por um lado, o capital faz pequenas concessões que reduzem as tensões sociais, retirando força à luta de classes; por outro lado, o trabalhador consegue limitar, concretamente, a exploração que sobre ele é exercida”³

Como muito bem ilustra Russomano,⁴ a legislação do trabalho foi imposta pelo Estado e aceita pelo empresariado como “psicotrópico social”, ou seja, como um expediente justo de concessão de direitos aos trabalhadores capaz de acalmar a luta de classes.

É sob esse pano de fundo, após o término da Segunda Grande Guerra, que se desenvolvem os chamados “gloriosos trinta anos” do Direito do Trabalho, nos quais as conquistas sociais alcançam o seu maior patamar sustentadas em um progresso econômico que permitia essas concessões do capital,⁵ maximizadas por meio de um modelo político denominado Estado Social.

Nesse contexto, a construção sistemática e a evolução do Direito

3 SCHWARTZ, Rodrigo Garcia. “A falácia da flexibilização do direito do trabalho no Brasil”, p. 9.

4 RUSSOMANO, Mozart Victor. “Flexibilização”, p. 117.

5 PINTO, Mário. “Balanço de um encontro”, p. 199.

do Trabalho se assentam em três pressupostos bem definidos: “o pressuposto social da debilidade dos trabalhadores dependentes; o pressuposto macroeconômico do crescimento industrial; e o pressuposto microeconômico do modelo empresarial da grande unidade produtiva”.⁶ Todos os três pressupostos estão, atualmente, em franca transformação.

3 - DAS MUDANÇAS NOS MODELOS DE TRABALHO

Com a evolução do capitalismo e das formas de organização dos métodos produtivos, passa-se a uma gradual minimização da importância da força humana de trabalho.

José Augusto Rodrigues Pinto utiliza-se de figuras muito interessantes para descrever o fenômeno, baseadas na mudança da relação existente entre o trabalhador e a máquina ao longo da modernização estrutural ocorrida na grande indústria. Segundo o autor, na Primeira Revolução Industrial, trabalhador e máquina tinham uma relação de “cumplicidade”. Nesse período, da máquina rudimentar, ela e o trabalhador necessitavam mutuamente um do outro, pois o trabalho humano era essencial para o seu funcionamento.⁷

Posteriormente, com a Segunda Revolução Industrial, também chamada de mecanização do trabalho, a máquina aperfeiçoa-se, passando a galgar patamares mais elevados, o que transforma aquela relação que antes fora de cumplicidade, em “competição”.⁸ Os novos equipamentos passam a fazer boa parte do que faziam as pessoas, muitas vezes com menores custos e maior eficiência e, assim vão, aos poucos, tomando o seu lugar nos postos de trabalho.

Com a Revolução Tecnológica ou Terceira Revolução Industrial, a máquina começa a superar o ser humano em determinadas atividades. Segundo o autor, a máquina robotizada cada vez “mais diz ao empresário” que a mão de obra passou a ser um elemento secundário e, portanto, muitas vezes dispensável, tornando aquela relação que iniciou como de cumplicidade e acabou transmutando-se para de competição em uma re-

6 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho, p. 537.

7 PINTO, José Augusto Rodrigues. “A Flexibilização e as diferentes realidades socioeconômicas”, pp. 86-88.

8 Ibid. pp. 86-88.

lação “antropofágica”.⁹

Atualmente, nos encontramos vivenciando a denominada Quarta Revolução Industrial, a qual possui novos paradigmas. Se, antes, o comparativo se dava era entre a capacidade de produção (física) de homens e máquinas, agora a máquina passa a concorrer em outra seara da capacidade humana – o seu intelecto, através de diferentes modelos de inteligência artificial.

Klaus Schwab assim a define:¹⁰

A quarta revolução industrial, no entanto, não diz respeito apenas a sistemas e máquinas inteligentes e conectadas. Seu escopo é muito mais amplo. Ondas de novas descobertas ocorrem simultaneamente em áreas que vão desde o sequenciamento genético até a nanotecnologia, das energias renováveis à computação quântica. O que torna a quarta revolução industrial fundamentalmente diferente das anteriores é a fusão dessas tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos.

Nessa revolução, as tecnologias emergentes e as inovações generalizadas são difundidas muito mais rápida e amplamente do que nas anteriores, as quais continuam a desdobrar-se em algumas partes do mundo. A segunda revolução industrial precisa ainda ser plenamente vivida por 17% da população mundial, pois quase 1,3 bilhão de pessoas ainda não têm acesso à eletricidade. Isso também é válido para a terceira revolução industrial, já que mais da metade da população mundial, 4 bilhões de pessoas, vive em países em desenvolvimento sem acesso à internet. O tear mecanizado (a marca da primeira revolução industrial) levou quase 120 anos para se espalhar fora da Europa. Em contraste, a internet espalhou-se pelo globo em menos de uma década.

A história do Direito do Trabalho, “de progressiva proteção jurídica dos trabalhadores em face dos empregadores”,¹¹ passa a tomar um rumo distinto, pela mudança no paradigma de trabalho. Não se tem mais o modelo empresarial da grande unidade produtiva; não é mais a indústria que se desenvolve; o trabalho passa a migrar para diferentes modelos que vem se consolidando no que hoje se chama de “Economia Compar-

9 Ibid. pp. 86-88.

10 SCHWAB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. Edipro. Edição do Kindle.

11 ABRANTES, José João. “A autonomia do Direito do Trabalho, a Constituição Laboral e o art. 4º do Código do Trabalho”, p. 96.

tilhada”¹². Em paralelo a isso, cai o Muro de Berlim e, com isso, a ameaça ao capitalismo. O “psicotrópico social” perde a relevância.

Nesse novo modelo, representado por globais, como *Uber* e *Airbnb*, destacam-se gigantes empresas de transporte que não possuem frotas de veículos ou de hospedagem as quais não são proprietárias hotéis ou apartamentos. As relações se dão de maneira diversa, totalmente afastadas do modelo de “trabalho por conta alheia”, que inspirou a figura jurídica do vínculo empregatício tratada nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Mesmo aquelas empresas que ainda funcionam dentro do paradigma tradicional alteram a sua relação com os seus trabalhadores. Nas empresas globalizadas, o empregador não só se desloca para fora de seu país, como chega a perder sua própria referência nacional, em razão da multiplicidade de locais nos quais exerce a sua atividade produtiva e da estratégia integrada e homogênea que desenvolve, liberto de qualquer vínculo com um país.¹³ Em tal circunstância, ocorre o que Moura Ramos chama de “erosão do poder normativo do Estado em matéria de direito do trabalho”.¹⁴

Já na virada do século, em 2003, Romita sugeria a necessidade de superação da busca da estabilidade social pelo “pleno emprego” e a sua substituição por um conceito mais abrangente: o de ocupação.¹⁵

Vive-se, com efeito, um momento de quebra paradigmática, em que a relação entre o capital e o trabalho se alterou sensivelmente. Surgem modelos alternativos à clássica forma de produção consubstanciada no trabalho subordinado, espaço tradicional de atuação do Direito do Trabalho.

Não se sabe exatamente como se estabilizará o novo paradigma, mas o que se pode afirmar é que ele será novo e modificará toda a forma de organização do trabalho na sociedade, acabando com a subordinação jurídica e, talvez, colocando em xeque a própria subordinação econômica, pela multiplicidade de relações potencialmente mantidas nas mais diversas relações. É para esse novo *Zeitgeist* que o Direito do Trabalho precisa começar a olhar.

12 SUNDARARAJAN, Arun. Economia compartilhada. Editora Senac São Paulo. Edição do Kindle.

13 RAMOS, Rui Moura. “A erosão do poder normativo do Estado em matéria laboral”, p. 32.

14 Ibid., p. 43.

15 ROMITA, Arion Sayão. “A flexibilização das leis do trabalho em debate: choque de correntes”, p. 60.

4 - DA FIGURA DO EMPREGADO “HIPERSUFICIENTE” NA REFORMA TRABALHISTA

A Reforma Trabalhista, instituída pela Lei 13.467/2017, identificando necessidade de adaptação às mudanças de um mundo globalizado e, em especial, crise econômica que precisa ser enfrentada, surge buscando suposta modernização ao Direito do Trabalho, construído sob os alicerces de legislação da década de 1940¹⁶ e apresenta, em termos gerais, flexibilização de alguns direitos e restrição de outros. Atua na esfera do direito material, tanto individual quanto coletivo, e no âmbito do direito processual, gerando, segundo as vozes empresariais, importante modernização na forma de regular a relação ou, conforme sustentam as organizações de empregados, efeitos nefastos em termos de precarização da relação.

Segundo o Deputado Rogério Marinho, relator na Câmara dos Deputados do Projeto de Lei 6.787/2016, que deu origem a Lei 13.467/2017, a Reforma Trabalhista nasce como resposta do então governo a anseios da sociedade, que continha, à época, “mais de 13 milhões de desempregados, 10 milhões de desalentados e subempregados totalizando 23 milhões de brasileiros e brasileiras que foram jogados nessa situação por culpa de equívocos cometidos em governos anteriores”.¹⁷ Nas palavras do congressista:¹⁸

O povo anseia por liberdade, anseia por emprego, deseja poder empreender com segurança. Vivemos em um país onde se discute os termos do contrato de trabalho na sua rescisão e não no momento da sua assinatura, uma ilógica inversão que desprotege os empregados e desincentiva as contratações.

(...)

A legislação trabalhista brasileira vigente hoje é um instrumento de exclusão, prefere deixar as pessoas à margem da modernidade e da proteção legal do que permitir contratações atendendo as vontades e as realidades das pessoas.

16 Embora tenha passado pelas mais diversas alterações em suas regras, a CLT permanecia, pelo menos até a Reforma Trabalhista, baseada na mesma principiologia que a instituiu, em 1943, e segue, até hoje, fundamentada no paradigma da relação de emprego.

17 Relatório do Deputado Rogério Marinho, relator na Câmara dos Deputados do Projeto de Lei 6.787/2016, que deu origem à Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista).

18 Ibid.

Como consequência disso, a ideia de “trazer o Brasil para o futuro” é a principal bandeira dos defensores da nova legislação. Marlos Melek, Juiz do Trabalho membro do Grupo de Trabalho da Casa Civil da Presidência da República para a Implementação da Lei 13.467/2017, conhecido como um dos “pais” da reforma, afirma que “a Reforma Trabalhista tirou o Brasil da Idade da Pedra e o colocou na era moderna”.¹⁹

Não é objeto deste ensaio a análise geral da Reforma Trabalhista, que certamente possui acertos e erros, mas a verificação da compatibilidade de uma das suas criações com o atual modelo de Direito do Trabalho e com os novos tempos. Essa inovação tem atendido pelo nome de “trabalhador hipersuficiente”, denominação criada pela doutrina para o contrapor à figura do empregado típico, hipossuficiente, reconhecido desde os idos da Primeira Revolução Industrial.

Sobre o aspecto, a Lei 13.467/2017 insere em duas disposições, cujas redações não são idênticas, a figura do trabalhador que a doutrina vem chamando de hipersuficiente. Na primeira delas, prevista no artigo 444 da CLT, o hipersuficiente é aquele empregado “portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.” Para a segunda, estabelecida no artigo 507-A, basta o patamar remuneratório, independentemente da formação superior. Transcreve-se os dois artigos:²⁰

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para

19 MELEK, Marlos Augusto. “A Reforma Trabalhista em Cinco Atos”. “In” Revista Bonijuris, ano 30, #650, Fev/Mar 2018, p. 45.

20 Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de MAIO de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho).

os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Da leitura dos dispositivos legais, é possível se observar que a Reforma estabeleceu, dentro de um paradigma de vínculo empregatício, que se consubstancia em uma relação de subordinação jurídica, na qual o empregador possui o poder de direção da prestação de serviços e o empregado o dever de sujeição a esse poder (leia-se, obediência), uma liberdade contratual e uma autonomia de vontade que, s.m.j., são absolutamente incompatíveis com o mesmo.

A primeira hipótese, estabelecida no artigo 444 da CLT, trata da ampliação para o âmbito individual da já muito debatida “prevalência do negociado sobre o legislado”, prevista no artigo 611-A da CLT.²¹

Em apertada síntese, o que essa previsão legal, cuja ideia vem sendo debatida há muitos anos no Direito do Trabalho, vem instituir é o reconhecimento da vontade coletiva como efetiva representação dos interesses de determinada categoria de trabalhadores. Estabelece o artigo 611-A da CLT que os trabalhadores, coletivamente, por intermédio do sindicato representativo de sua categoria profissional, cujos representantes no âmbito individual dos seus contratos de trabalho possuem, em face dos seus respectivos empregadores, estabilidade no emprego, podem negociar condições de trabalho abaixo dos patamares legais mínimos – mas dentro da base constitucional e da proteção à higiene e à segurança do trabalho.²²

Tal previsão se sustenta na ideia de que ninguém melhor do que a própria categoria sabe o que interessa e o que não interessa para os seus membros e, em razão disso, a possibilidade de abrir mão daquilo que está previsto na legislação mas não atende a interesses substanciais da categoria, utilizando como moeda de troca para negociar vantagens mais relevantes, seria adequado à heterogeneidade das relações de trabalho atuais, em diferentes formatos. O que é relevante aos empregados da construção civil não necessariamente é igual ao que importa

21 Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: (...) (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

22 Enquanto o artigo 611-A estabelece, de forma exemplificativa, aspectos legais que podem ser afastados pela via da negociação coletiva, o artigo seguinte, 611-B, traz um rol taxativo daqueles direitos cuja supressão ou a redução é vedada coletivamente.

aos bancários ou aos comerciários, por exemplo, e essa possibilidade de flexibilizar direitos pode propiciar ganhos tanto para os empregadores quanto para os trabalhadores.

Essa modelagem, porém, tem como base a figura do sindicato profissional e a possibilidade de manifestação da denominada “autonomia da vontade coletiva” que não se confunde, em especial no âmbito das relações laborais, com a clássica e individual autonomia da vontade originária do Direito Civil. No âmbito trabalhista, a autonomia individual possui restrições consubstanciadas no princípio da irrenunciabilidade, conceituado por Américo Plá Rodríguez²³ como “a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio”.

Acerca da diferença entre os âmbitos individual e coletivo da autonomia da vontade, assevera o festejado doutrinador uruguaio:²⁴

A autonomia da vontade como tal não está em jogo, mas se trata de evitar seu abuso. Para esse efeito, em alguns setores da vida social o legislador transplantou a autonomia da vontade do terreno individual para o terreno coletivo. Hoje em dia, as organizações do trabalho são pessoas que, em primeiro lugar, gozam plenamente dessa autonomia, enquanto os indivíduos só desfrutam dela na medida em que o gozo parece compatível com o interesse social.

Assim, porque o ente coletivo tem possibilidade de manifestar uma vontade de maneira muito mais ampla e autêntica do que o empregado individualmente, em especial pela posição de sujeição que esse possui e da conseqüente dependência daí decorrente, é que desde a esfera constitucional a liberdade negocial de dá em patamares diferenciados.

A demonstração disso está no artigo 7º da Constituição da República Federativa do Brasil, que ao tratar dos direitos trabalhistas como direitos fundamentais, permite, em alguns deles, a relativização mediante norma coletiva. O exemplo clássico é a possibilidade de redução salarial por meio de negociação coletiva, consoante se observa do referido dispositivo constitucional:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

23 RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*, p. 142.

24 *Ibid.*, p. 158.

Assim, o artigo 611-A da CLT veio para reger relações coletivas de trabalho e permitir que no âmbito coletivo, dentro de determinados limites impostos pelo artigo 611-B e pela própria Constituição, se possa ter majorada a liberdade negocial. Tal previsão legal dá densidade ao inciso XXVI do mesmo artigo 7º da Constituição, que prevê, também como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”. Dentro do pressuposto da autonomia da vontade coletiva, a ideia é bastante interessante, embora, em termos práticos possa sofrer importantes críticas, em especial em face do nosso modelo sindical.

O problema é transmutar essa ampla liberdade para o âmbito individual, como se o fato de um empregado ser bem remunerado, recebendo o equivalente, em números de 2019,²⁵ a aproximadamente R\$ 11.700,00 (onze mil e setecentos reais mensais) e possuir curso superior, tornasse a sua expressão de vontade equivalente àquela manifestada pelo ente sindical.

Nesse aspecto, a própria CLT, em outro dispositivo, o artigo 468,²⁶ quando trata de possibilidade de alteração no contrato de trabalho, para qualquer empregado, limita a expressão da vontade individual ao conteúdo objetivo da manifestação, vedando que esta resulte em qualquer tipo de prejuízo, direto ou indireto, ao trabalhador. Positiva, dessa forma, o já mencionado princípio da irrenunciabilidade.

A segunda previsão acerca do empregado hipersuficiente, estabelecida no art. 507-A da CLT, permite a adoção de cláusula compromissória de arbitragem, bastando que, para tal, a remuneração do trabalhador seja dentro daqueles patamares, independentemente, inclusive, da formação em nível superior.

Espécie do gênero convenção de arbitragem, a cláusula compromissória é aquele ajuste por meio do qual as partes, através de um contrato, assumem o compromisso de submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.²⁷

25 O “teto” dos salários de contribuição da previdência social válido na época da elaboração de presente artigo é de R\$ 5.839,45.

26 Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

27 Lei nº 9.307/1996. Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que

A possibilidade de adoção de qualquer espécie de convenção de arbitragem nas relações individuais trabalhistas, historicamente, era refutada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, tendo como fundamento central dessa impossibilidade o fato de os direitos trabalhistas, ao menos no âmbito individual, não serem considerados disponíveis, em face do princípio da irrenunciabilidade. Gustavo Filipe Barbosa Garcia esclarece o entendimento anterior à Reforma Trabalhista:²⁸

Anteriormente, o entendimento majoritário era de que a arbitragem, na esfera trabalhista, estava restrita ao âmbito coletivo. Nessa linha, a arbitragem seria incompatível e inaplicável nas relações individuais de trabalho.

Além disso, a Lei 9.307/1996, em seu art. 1º, restringe a possibilidade de arbitragem a “direitos patrimoniais disponíveis”. O Direito do Trabalho tem como um de seus princípios fundamentais o da irrenunciabilidade, obstando condutas que procurem afastar a aplicação dos direitos trabalhista, previstos em normas que são, em regra, de ordem pública e dotadas de certo grau de indisponibilidade.

Em sentido oposto, a possibilidade de arbitragem para a solução de conflitos coletivos não só já era admitida, como expressamente prevista constitucionalmente, consoante se observa do art. 114:²⁹

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
(...)

§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.
§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

No âmbito infralegal, já previa a Lei 7.783/1989, conhecida como Lei de Greve, em seu artigo 3º, a solução de conflito eminentemente coletiva pela via arbitral. Transcreve-se:³⁰

possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

28 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito Processual do Trabalho, p. 78

29 Constituição da República Federativa do Brasil.

30 Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989.

Art. 3º Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho.

Tais previsões reforçam a mesma lógica apresentada para a possibilidade de se negociar, individualmente, abaixo do patamar legal. O “novo” Direito do Trabalho, advindo da Reforma Trabalhista, entende que o trabalhador considerado hipersuficiente, seja pelo critério meramente econômico ou seja em face da inclusão da necessidade de diploma de curso superior somada àquele requisito, teria ampla autonomia de vontade, equiparada, no nível individual, à vontade coletiva.

Enquanto na primeira situação se previa a possibilidade de o trabalhador afastar direito material legal ou coletivamente negociado em prol daquele manifestado por meio da sua vontade individual, nessa última se está diante de uma manifestação de vontade individual capaz de afastar um litígio substancialmente desigual do âmbito de um ramo do Poder Judiciário criado de forma especializada para lidar com esse tipo de conflito.

4 - REFLEXÕES ACERCA DA IDEIA DA HIPERSUFICIÊNCIA COMO MECANISMO MODERNIZADOR DO DIREITO DO TRABALHO.

Retomando a premissa inicial, da necessidade de adequação do Direito ao atual modelo social, a fim de atender as demandas que dele decorrem, a intenção da Reforma Trabalhista é plenamente justificada.

Não é possível se olhar o mundo da Quarta Revolução Industrial, da Biotecnologia, da Inteligência Artificial e da Economia Compartilhada com as lentes utilizadas para enfrentar os desafios da mecanização trazida pela Primeira Revolução Industrial.

O mundo do trabalho mudou e o Direito do Trabalho precisa se adequar a esse novo mundo. O problema é que a mudança é tão substancial que se está diante da quebra do grande pilar de sustentação do Direito do Trabalho, que é o modelo da relação jurídica de emprego. Hoje o paradigma é outro. As formas de organização de trabalho são diversas e, ao que parece, o Direito do Trabalho está com dificuldades de compreender a magnitude e a natureza dessas mudanças.

A lei 13.467/2017, quando introduz a figura do empregado hipersuficiente, já parte de uma falácia, pois não existe empregado hipersuficiente. No paradigma da relação de trabalho subordinado, a parte hipersuficiente sempre será o empregador, imputando ao empregado,

conforme o caso, diferentes níveis de hipossuficiência.

Se “empregador manda” e “empregado obedece”, como se depreende da análise conjunta dos artigos 2º e 3º da CLT, que consubstanciam a estrutura jurídica da relação de emprego, como é possível se admitir que o trabalhador abra mão de direitos previstos em lei ou em norma coletiva através de uma manifestação de vontade livre? Qual a autonomia da vontade em uma relação de subordinação jurídica, de sujeição ao poder de direção da parte contrária?

Com a devida vênia ao legislador reformista e a sua intenção de modernizar as relações de trabalho, ao menos nesse ponto parece que a escolha foi equivocada em diversos aspectos.

Em primeiro lugar, se a subordinação à qual se encontra submetido o trabalhador na relação jurídica de emprego é jurídica e não econômica, não é possível se utilizar de um critério econômico para afastá-la e, assim, possibilitar o livre exercício da autonomia individual da vontade. Não é porque recebe remuneração superior ou inferior que a condição jurídica inerente ao vínculo jurídico se modifica.

Caso se entenda de forma diversa, de que a condição econômica seria capaz de afastar a subordinação, estar-se-á diante de um novo paradigma, que não mais será o do vínculo de emprego, pois se houver autonomia para negociar individualmente, provavelmente o empregado terá essa mesma autonomia em outros aspectos da relação que a tornarão distinta da empregatícia. Ou é empregado e, assim, tem a expressão da vontade mitigada pela condição estrutural da relação ou tem livre possibilidade de manifestar a vontade e, conseqüentemente, a relação será outra que não a de emprego.

No caso em apreço, se analisada a relação substancial, se observa que o empregado dito hipersuficiente, no mais das vezes está em uma situação de vulnerabilidade tão grande ou, quiçá, ainda maior, do que aquela vivida pelo trabalhador de baixa remuneração. O empregado hipersuficiente, além da remuneração alta, normalmente possui idade mais avançada. Esses dois elementos somados tornam a sua recolocação no mercado, em caso de dispensa pelo empregador, muito mais difícil, mormente em momento de crise como o que se vive.

Com isso e diante de impressões empíricas, é possível se afirmar que esse empregado, na meia idade, com remuneração na faixa de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), dificilmente encontrará, se despedido, outro emprego dentro dos mesmos patamares. Talvez sequer emprego encontre. E, normalmente, depende dessa remuneração para arcar com os seus

compromissos, não podendo se dar ao luxo de abrir mão da mesma. Questionado por seu empregador sobre “ajustes” a serem realizados no contrato de trabalho, certamente aceitará tudo o que lhe for proposto para não correr o risco de ser substituído por alguém mais jovem, mais barato e mais íntimo das novas tecnologias.

Ainda que se admita que as inovações normativas não são passíveis de aplicação nos vínculos em curso, mas apenas naqueles iniciados após a sua vigência, o problema permanece e talvez até se agrave, pois para conquistar o emprego, a concorrência se dará não só pelas qualidades do candidato, mas pela submissão a ajustes individuais precarizadores do seu contrato de emprego.

O fato de ser um empregado bem remunerado, portanto, traz à relação uma condição de subordinação intensificada: permanece a subordinação jurídica decorrente da própria natureza da relação, conforme já tratado, e se adiciona um grau ainda maior de dependência econômica, que acaba por intensificar a primeira. Ou seja, o critério econômico utilizado para, supostamente, relativizar a subordinação, em realidade, a intensifica e torna o “hipersuficiente” ainda mais hipossuficiente.

Não se está, com isso, afastando a necessidade de se pensar em formas alternativas de regular relações de trabalho mais complexas, diversas daquelas do operário de “chão de fábrica”, que eram o modelo que deu início do Direito do Trabalho. A questão é que tratar um empregado, contratado nos moldes da CLT, com subordinação, dentro do paradigma clássico do vínculo empregatício, como se fosse alguém com possibilidade de negociar, em patamar de igualdade, as condições de trabalho com o seu empregador, não parece ser a melhor solução por estabelecer um paradoxo entre dever de submissão ao poder de direção do empregador e possibilidade de negociar com esse mesmo empregador, mormente quando há o agravamento da dependência econômica pela remuneração diferenciada.

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo visou questionar a adequação do Direito do Trabalho ao momento histórico em que, atualmente, se encontra, em especial pelo estudo de uma nova figura introduzida às relações jurídico-trabalhistas através da Reforma levada a cabo em 2017.

Para tal se percorreu as diferentes fases da evolução do Direito Laboral desde o seu nascimento, passando pelo seu apogeu e decadência,

em comparação com a evolução das relações sociais e do denominado “mundo do trabalho”.

A resposta estatal à evolução social é fundamental. O Direito do Trabalho não pode deixar de considerar todas as mudanças havidas na organização do trabalho, sob pena de passar a proteger cada vez menos pessoas.

O grande problema que se põe é a forma como essa resposta vem sendo dada, utilizando-se, como exemplo, a criação do modelo da hipersuficiência. Com todo o respeito que merecem as boas intenções que, acredita-se, estão por detrás dos sérios estudos acerca da modernização do Direito do Trabalho, a figura criada é contraditória e acaba por gerar condição específica de absoluta hipossuficiência em trabalhador rotulado como o oposto.

6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANTES, José João. “A autonomia do Direito do Trabalho, a Constituição Laboral e o art. 4º do Código do Trabalho”. In: Estudos sobre o Código do Trabalho, Coimbra: Coimbra, 2004.

BRASIL: Câmara dos Deputados. Relatório do Deputado Rogério Marinho, relator na Câmara dos Deputados do Projeto de Lei 6.787/2016, que deu origem à Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961. Acesso em 26 jun. de 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao-Compilado.htm Acesso em: 22 jun. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM. Acesso em: 18 jun.2019.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. “Curso de Direito Processual do Trabalho”, 7ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. “Curso de Direito do Trabalho”, 7ª ED., Rio de Janeiro, Forense, 1978.

MELEK, Marlos Augusto. “A Reforma Trabalhista em Cinco Atos”. “In” Revista Bonijuris, ano 30, #650, Fev/Mar 2018.

PINTO, José Augusto Rodrigues. “A Flexibilização e as diferentes realidades socioeconômicas”. In: Fórum internacional sobre flexibilização no direito do trabalho, Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, 2003.

PINTO, Mário. “Balanço de um encontro”. In: O Direito do Trabalho nos grandes espaços. Entre a codificação e a flexibilidade: actas do Encontro Iberoamericano de Direito do Trabalho que decorreu na UCP em 23-24 de abril de 2003. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2005.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. “Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho”, Coimbra: Almedina, 2000.

RAMOS, Rui Moura. “A erosão do poder normativo do Estado em matéria laboral”. In: O Direito do Trabalho nos grandes espaços. Entre a codificação e a flexibilidade: actas do Encontro Iberoamericano de Direito do Trabalho que decorreu na UCP em 23-24 de abril de 2003. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2005.

RODRIGUEZ, Américo Plá. “Princípios de Direito do Trabalho”. 3ª. Ed. Atualizada. São Paulo: LTr, 2000.

ROMITA, Arion Sayão “A flexibilização das leis do trabalho em debate: choque de correntes”. In: O princípio da proteção em xeque e outros ensaios. São Paulo: LTr, 2003.

RUSSOMANO, Mozart Victor. “Flexibilização”. In: O Direito do Trabalho nos grandes espaços. Entre a codificação e a flexibilidade: actas do Encontro Iberoamericano de Direito do Trabalho que decorreu na UCP em 23-24 de abril de 2003. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2005.

SCHWAB, Klaus. “A Quarta Revolução Industrial”. Edipro. Edição do Kindle, 2019.

ANAIS DO IV CONGRESSO MUNDIAL DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL
VOLUME 1

SCHWARTZ, Rodrigo Garcia. “A falácia da flexibilização do direito do trabalho no Brasil.” In: RDT – Revista de Direito Trabalhista, ano 7, nº12, Brasília: Consulex, 2001.

SUNDARARAJAN, Arun. Economia compartilhada. Editora Senac São Paulo. Edição do Kindle, 2019.

DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO: RELAÇÃO ENTRE O HOMEM E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

FELIPE CAMILO DALL'ALBA¹

1 - INTRODUÇÃO

O presente artigo trata do direito ao desenvolvimento do ser humano como objeto central, isto é, os olhos serão voltados não para o crescimento econômico ou de mercado, mas para o desenvolvimento da pessoa humana. A acepção, então, não é a de desenvolvimento econômico, por exemplo, de crescimento do produto interno bruto.

Dessa forma, o Capítulo 2 aborda o direito ao desenvolvimento como direito fundamental, sendo que, internamente, a Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF/88) tem previsão expressa de tal direito e, no plano internacional, há instrumentos normativos da Organização das Nações Unidas (ONU).

Por sua vez, o Capítulo 3 trata do direito ao desenvolvimento e da inteligência artificial, conceituando-a e a conectando ao homem.

Com efeito, o problema a ser resolvido, no presente estudo, diz respeito a saber se a inteligência artificial pode substituir o homem em nome da liberdade de criação ou se deve, simplesmente, auxiliar o homem a se desenvolver, para criar novos empregos, melhorar a saúde e acabar com a fome. Então, as implicações teóricas, práticas e éticas dessas questões estão desenvolvidas nos parágrafos que seguem.

2 - DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO

Rogério Nunes dos Anjos Filho indica que “a expressão ‘direito ao desenvolvimento’ deve-se ao jurista senegalês Etienne Keba M’Baye, que a utilizou em 1972, na conferência inaugural do curso de Direitos Humanos do Instituto Internacional de Direitos do Homem de Estrasburgo, publicada com o título de “*O direito ao desenvolvimento como um direito do Homem*”(ANJOS FILHO, 2013).

1 Mestre em Processo Civil pela UFRGS, doutorando em Processo Civil pela PUC/RS, professor de cursos de Pós-Graduação, Procurador Federal da AGU.

O direito ao desenvolvimento está previsto na declaração da ONU² e, no Direito interno, na CF/88. Portanto, a força normativa de tal direito está garantida. Os próximos tópicos corroboram o direito ao desenvolvimento.

2.1 - DIREITO AO DESENVOLVIMENTO NA DECLARAÇÃO DA ONU DE 1986

A ONU editou, em 1986, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. Tal direito é um direito humano inalienável que habilita todos os povos a participar, contribuir e desfrutar dos desenvolvimentos econômico, social, cultural e político.³ Além disso, a pessoa humana é o centro de tal desenvolvimento sendo participante e beneficiário do desenvolvimento.⁴ Mônica Teresa Costa Souza entende que a declaração, além de confirmar o direito ao desenvolvimento como direito humano, estabelece que o desenvolvimento é um processo em que todos os direitos humanos devem ser garantidos e realizados (SOUSA, 2010, p. 426).

Porém, deve-se perguntar neste momento: As declarações da ONU têm algum valor jurídico? Ingo Sarlet, ao fazer uma interpretação sistemática do art. 5º, § 2º da CF/88, inclui os direitos consagrados na Declaração de Direitos da ONU, como direitos fundamentais. (SARLET, 2018, p. 122). Desse modo, é possível fazer uso de um argumento análogo, ou seja, se a Declaração de Direito da ONU pode ser incluída no catálogo de direitos fundamentais, a declaração sobre o desenvolvimento também pode fazer parte desse seletivo grupo. De modo que, os direitos previstos na declaração podem ser aplicados imediatamente, tendo, no mínimo, eficácia superior à da lei. Essa, sem dúvida, é uma exegese arrojada, mas que permite ampliar o catálogo dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, some-se a isso, conforme doutrina Anjos Filho, que a declaração da ONU sobre desenvolvimento pode ser considera-

2 Consultar em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-esenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>.

3 **Consta no art. 1º, 1:** “O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão **habilitados a participar** do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele **contribuir** e dele **desfrutar**, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.”

4 Diz o art. 2º, 1: “A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser **participante** ativo e **beneficiário** do direito ao desenvolvimento.”(Consultar em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-esenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>)

do *soft Law*. São documentos não tecnicamente convencionais, mas que têm o condão de criar normas de Direito Internacional. Podem-se citar, como exemplos, declarações, recomendações, diretrizes e resoluções da Assembleia Geral da ONU ou de outros órgãos daquele mesmo organismo, como o Conselho Econômico e Social (ANJOS FILHO, 2013). Então, o *soft law* não obriga, mas incentiva as condutas disciplinadas no instrumento normativo (BRITTO, RIBEIRO, 2018, p. 384).

Além disso, embora a obrigatoriedade das resoluções das organizações internacionais seja complexa e controversa, é inegável que a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986, inspira a observância e a codificação do direito ao desenvolvimento nos âmbitos internacional e interno (SOUSA, 2010, p. 425). Ainda, como reforço argumentativo, para demonstrar que os Estados devem obedecer às declarações da ONU, vale citar Patrick Waschmann: “La Carte oblige alors les États parties, en vertu propre consentement à être liés, à les respecter et à accepter que l’ Organisation puisse examiner l’effectivité de l’engagement pris” (WASCHSMANN, 2008, p. 14).⁵

Logo, não se pode negar o valor jurídico da convenção sobre direito ao desenvolvimento. Embora, no Brasil, o direito ao desenvolvimento já esteja presente na CF/88, é importante, como reforço hermenêutico, reconhecer a força normativa de tal direito em outros documentos internacionais.

Até porque a declaração da ONU, ao fim e ao cabo, será o vetor a orientar o intérprete a extrair o significado do direito ao desenvolvimento, pois historicamente a declaração é anterior à Constituição Federal e contém elementos semânticos mais claros sobre os significados de tal direito.⁶

5 Tradução livre: “O fato dos estados partes, por manifestarem seu consentimento estão obrigados a aceitar que a Organização possa examinar os compromissos assumidos”. Utilizando do inventário feito por Anjos Filho, o direito ao desenvolvimento está presente, também: na Carta das Nações Unidas, na Carta de Constituição da Organização dos Estados Americanos, no Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, no Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, na Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, na Convenção Sobre os Direitos da Criança, na Convenção da Unesco para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, na Convenção da Unesco Sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Assim, pode-se afirmar que a CF/88 reconhece e garante o direito ao desenvolvimento como um direito fundamental. ANJOS FILHO, Rogério Nunes dos. Entrevista sobre direito ao desenvolvimento. <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-ao-desenvolvimento/11064>.

6 Sobre os métodos de interpretação, especialmente o histórico, consultar ÁVILA,

2.2 - DIREITO AO DESENVOLVIMENTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

A Constituição brasileira, no título II, expressa que nossa Carta contém direitos e garantias fundamentais. Partindo desse pressuposto, pode-se concluir, de forma simples, que os direitos constantes no título II são, portanto, direitos fundamentais. Porém, isso não resolve integralmente o problema, pois existem direitos fundamentais fora do título II da CF/88. É sobre isso que se ocupam os próximos itens.

É possível afirmar, preliminarmente, que há direitos fundamentais em sentido formal e em sentido material. Para Ingo Sarlet, a fundamentalidade formal está ligada ao constitucionalismo positivo, está no topo de todo o ordenamento jurídico, sendo submetido aos limites formais e materiais de reforma constitucional (CF/88, art. 60) e, naturalmente, têm aplicação direta, vinculando-se, imediatamente, às entidades públicas e privadas. (SARLET, 2018, p. 76). Já no aspecto material, os direitos fundamentais fazem parte da estrutura básica do Estado e da sociedade (SARLET, 2018, p. 76). A fundamentalidade material abre espaço a direitos fundamentais não constantes na Constituição escrita, bem como à aplicação desses direitos só materialmente fundamentais de alguns aspectos do regime jurídico, inerentes à fundamentalidade formal e à abertura a novos direitos fundamentais (CANOTILHO, p. 342).

Então, os direitos considerados formalmente fundamentais, o legislador constituinte consagrou no catálogo dos direitos fundamentais (SARLET, 2018, p. 81). Com isso, esses direitos fundamentais que estão no art. 5º da CF/88, são, em decorrência lógica, direitos fundamentais. Porém, existem, outros direitos fundamentais espalhados pela Constituição e também implícitos nela.

O rol do art. 5º, apesar de analítico, não tem conteúdo taxativo, com isso, há direitos fundamentais que são materialmente fundamentais, isto é, “apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância, podem ser equiparados aos direitos formal e materialmente fundamentais” (SARLET, 2018, p. 80-81).⁷ Tal exegese é possível, porque o art. 5º, parág. 2º da CF/88 é uma cláusula de abertura, pois consta textualmente que os direitos e garantias expressos nesta Constituição

2001, p. 169.

7 SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2018. p. 81.

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.

Mas nem todos os direitos constitucionais podem ganhar o *status* de constitucional. O Professor Ingo Sarlet é claro ao afirmar que toda e qualquer posição jurídica, seja ela enquadrada na noção de direitos implícitos ou decorrentes, seja ela encontrada na Constituição (fora do catálogo) ou em tratado internacional, deverá, para ser considerado autêntico direito fundamental, equivaler em seu conteúdo e em sua dignidade aos direitos fundamentais do catálogo (SARLET, 2018, p. 92). Canotilho, no mesmo sentido, afirma que “a orientação tendencial de princípio e a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente constitucionais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direito formalmente fundamentais”. (CANOTILHO, p. 397). Portanto, o parâmetro exegético são os direitos fundamentais constantes no título II da CF.

Nesse inventário, pode-se começar pelos direitos fundamentais constantes na CF/88, mas fora do título II da Carta. Por exemplo, o direito à fundamentação das sentenças e a publicidade dos atos judiciais (CF/88, art. 93, inc. IX) são direitos fundamentais, já que descendem do direito ao devido processo legal e do contraditório. Com isso, mesmo se não constassem no referido dispositivo, seriam considerados direitos fundamentais. Por previsão expressa da CF/88 art. 5º, § 2º e § 3º, há, também, os direitos fundamentais constantes em tratados internacionais. E, por fim, têm-se os direitos fundamentais implícitos ou direitos decorrentes do regime dos princípios.

Conforme Ingo Sarlet, os direitos implícitos não são propriamente a criação de uma nova norma, ou de um novo direito, mas, sim, a definição do campo de incidência de um direito fundamental já consagrado na Constituição (SARLET, 2018, p. 145). Pode-se dar, como exemplo, o direito à residência, direito à identidade genética da pessoa humana, direito à identidade pessoal, dentre outros (SARLET, 2018, p. 91).

Como se vê, existe a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos, bem como direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e em tratados internacionais. (SARLET, 2018, p. 87). Deve-se registrar que os direitos constantes no catálogo e fora dele, são formal e materialmente constitucionais.

Nessa senda e voltando ao assunto do presente trabalho, a CF/88

faz diversas referências expressas acerca do direito ao desenvolvimento. No seu preâmbulo, a nossa Constituição indica que o Estado brasileiro está destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e na internacional, com a solução pacífica das controvérsias. Como fica claro, o Estado brasileiro tem que assegurar o desenvolvimento. Além disso, no art. 3º, II daquele diploma legal, consta, mais uma vez, que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é garantir o desenvolvimento nacional.

Por todo o exposto, pode-se concluir que o direito ao desenvolvimento é um direito fundamental que não está expresso no art. 5º da CF/88, porém tem previsão constitucional. A essa conclusão se chega por meio do art. 5º, parág. 2º da CF/88, já que tal dispositivo ressalva outros direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Assim, como os arts. de 1º a 4º da CF/88 estão dentro do título dos princípios fundamentais, as matérias ali constantes recebem, também, o epíteto de direitos fundamentais (SARLET, 2018, p. 94). Isso posto, por consectário lógico, o art. 3º, inciso II, que trata do direito ao desenvolvimento, é um direito fundamental.

Outrossim, não grassa divergência na doutrina que o direito ao desenvolvimento pode ser enquadrado como de terceira-geração ou dimensão. Segundo M'Baye, a *primeira-geração* diz respeito aos direitos civis e políticos, dominada pela tradição e pela civilização ocidentais; a *segunda-geração*, que é a dos direitos econômicos, sociais e culturais, cuja emergência se dá com a Revolução Russa e a Mexicana; a *terceira*, a dos direitos dos povos ou de solidariedade, refere-se ao direito à autodeterminação, à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à informação que só podem se realizar por meio de um esforço solidário entre os diferentes atores individuais e coletivos, tanto no plano nacional quanto no internacional (M'BAYE, 1997). Embora discorde do uso da expressão “gerações de direitos”, Canotilho confirma que o debate internacional acerca do problema de autodeterminação, da nova ordem econômica internacional, da participação no patrimônio comum, da nova ordem de informação, gerou a ideia de direitos de terceira (ou quarta-geração): direito à autodeterminação, direito ao patrimônio comum da humanidade, direito a um ambiente saudável e sustentável, direito à comunicação, direito à paz e direito ao desenvolvimento (CANOTILHO, p. 380).

Como o direito ao desenvolvimento é um direito humano, serve como referencial ético para orientar a ordem internacional (SOUSA, 2010, p. 426). A declaração da ONU, então, pode ser utilizada como referencial hermenêutico. Observe-se que a Constituição fala apenas em direito ao desenvolvimento, sendo uma cláusula geral. Desse modo, para buscar o significado do direito ao desenvolvimento, é possível, como já constou anteriormente, utilizar-se da declaração da ONU, ou seja, **o direito ao desenvolvimento deve ser visto no sentido de as pessoas participarem, contribuírem e desfrutarem dos desenvolvimentos econômico, social, cultural e político**. Enfim, o direito ao desenvolvimento está ligado ao desenvolvimento humano.

Por consequência, não se pretende obter crescimento econômico sem justiça social, pois em faltando essa, o desenvolvimento nada seria senão uma noção quantitativa, com o constante aumento do produto nacional. Ora, isso é crescimento e não desenvolvimento. Portanto, o direito ao desenvolvimento é voltado para a melhoria de vida da qualidade das pessoas (SILVA, 2007, p. 47).

Nessa seara, *desenvolvimento* não é só crescimento econômico, mas o paradigma do *desenvolvimento humano*. Inclusive, o art. 170 da CF/88 afirma que a ordem econômica tem como meta assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social e observados, dentre outros, os princípios da função social da propriedade, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, e da busca de pleno emprego.

O direito ao desenvolvimento tem um aspecto coletivo e um individual, ou seja, a titularidade não é apenas difusa, mas de cada um dos integrantes de um determinado Estado. Nesse contexto, Bonavides, citando M'Baye, afirma que o direito ao desenvolvimento diz respeito tanto a Estados com a indivíduos; quanto a esses últimos, ele se traduz na pretensão ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada (BONAVIDES, 2000, p. 523).

Levando-se em consideração o direito ao desenvolvimento como direito coletivo em nível internacional, os Estados, particularmente, aqueles em desenvolvimento e as organizações internacionais voltadas ao combate à pobreza e desigualdade seriam considerados os sujeitos ativos, enquanto caberia o papel de sujeitos passivos aos países desenvolvidos. Como direito individual, os indivíduos assumem o papel de sujeitos ativos, e os Estados, as entidades públicas e privadas e a própria comunidade internacional seriam os sujeitos (SOUSA, 2010, p. 431).

Então, crescimento econômico e desenvolvimento são diferentes, porque o desenvolvimento diz respeito à melhoria das condições de vida

da população. Portanto, pode haver aumento da riqueza de um país (crescimento) sem que com isso ele alcance qualidade de vida à sua população (desenvolvimento). (ANJOS FILHO, 2013).

3 - O DESENVOLVIMENTO NA ERA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A pessoa humana é o centro do desenvolvimento, assim as pessoas não podem ser simplesmente substituídas ou excluídas, sem qualquer contraprestação e rede de apoio, por qualquer tipo de máquina pensante. Inclusive, o art. 7º, XXVII, da CF/88 afirma que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a proteção em face da automação na forma da lei.

Registre-se que são inegáveis as transformações pelas quais tem passado a sociedade nos últimos séculos, a lembrar que os cavalos foram substituídos pelos carros, o trabalho pesado de cavar buraco foi substituído por uma retroescavadeira, pessoas foram substituídas por máquinas na montagem de automóveis. Nessa quadra da história, é a vez da inteligência artificial entrar em áreas técnicas como na medicina, no direito e na engenharia etc. Assim, Alexandre Atheniense afirma que é inegável que estejamos vivendo uma nova revolução industrial, a denominada revolução 4.0, razão pela qual estamos próximos de passar por um processo de adaptações de profissões e tarefas (ATHENIENSE, 2018, p. 156).

Com efeito, nos próximos tópicos, demonstra-se o quanto problemática pode ser a dita substituição, devendo-se, outrossim, encontrar algum tipo de equilíbrio na relação entre homem e máquina.

3.1 - CONCEITO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Insta ressaltar que os algoritmos são criados pelos homens, e que eles, ao criarem tais ferramentas, estão exercendo a liberdade de pensar e a liberdade científica. Ora, a liberdade está prevista, já, no preâmbulo da CF/88. Segundo Humberto Ávila, a liberdade só existe quando o indivíduo detém o poder de terminar seu projeto de vida, quais atos deseja praticar, quais pode praticar, e quais consequências aceita suportar. (ÁVILA, 2019, p. 12). Com efeito, o art. 5º, IX, da CF assegura a livre expressão da atividade científica, que é “a atividade destinada a construir a ciência, tomando o termo no sentido da disciplina do espírito que estabelece resultado e princípios rigorosos segundo as regras da causalidade, ou oposição à arte, que executa criações sobre o império da livre inspiração e

da disciplina do espírito que se refere a um sistema de verdades gerais verificáveis, (...) utilizando hipóteses como proposições necessárias para orientar as investigações” (SILVA, 2007, p. 98-99).

Nesse cenário, na prática: *O que é inteligência artificial?* A inteligência artificial significa que as máquinas pensam, ou melhor, imitam o pensamento humano à base de aprender e utilizar as generalizações que as pessoas usam para tomar suas decisões habituais. (FENOLL, 2018, p. 20).

Por sua vez, para Alexandre Atheniense, “pode-se definir o aprendizado de máquina como um ramo da inteligência artificial que se apoia na possibilidade de sistemas aprenderem com dados, identificar padrões e tomarem decisões com o mínimo de intervenção humana, aprendendo regras sozinhos a partir dos dados com os quais foram alimentados. Tal aprendizado pode ser visto analogamente nas recomendações de vídeos realizadas pela plataforma YouTube, personalizadas automaticamente a partir da análise de dados e qualificação dos interesses do usuário. Os computadores não desempenham suas funções como se estivessem programados para tal, mas possuem maior flexibilidade para “aprender” com seu uso e processamento” (ATHENIENSE, 2018, p. 161).

Acrescente-se a isso, que de acordo com Nilton Correia da Silva, historicamente, Aprendizado de Máquina (AM), subárea da Ciência da Computação, cuja evolução se deu a partir do estudo de reconhecimento de padrões e da teoria da aprendizagem computacional em Inteligência Artificial (IA), tem se apresentado como alternativa metodológica para o enfrentamento de **problemas de agrupamento** (*clustering*), **classificação**, **predição** e **inferência** em grandes volumes de dados (CORREIA DA SILVA, 2018, p. 89).

A palavra-chave da inteligência artificial é o *algoritmo*, que seria o esquema executivo da máquina que armazena todas as opções de decisão em razão dos dados que se vai conhecendo. (FENOLL, 2018, p. 21). Por exemplo, se a temperatura está elevada, tem-se que ligar o ar-condicionado ou colocar uma roupa leve, assim a máquina seria programada a tomar uma decisão avaliando o ambiente em que deve atuar, se é ao ar-livre ou no interior do domicílio, ou num edifício público (FENOLL, 2018, p. 201).

Dentre as áreas afetadas, está a área jurídica, que é um campo ainda aberto para a inteligência artificial. De acordo com Nissan, o direito é uma área para a inteligência artificial fraca, em que são desenvolvidas ferramentas para ajudar a resolver os problemas enfrentados pelos advogados. É, pois, uma questão para profissionais da área jurídica decidir o que comprar. Contudo, o cidadão comum continua a depender de advo-

gados humanos (NISSAN, 2015, p. 459).⁸

A IBM tem um programa que se chama *Watson Assistant*⁹. Trata-se de uma inteligência artificial que substitui o atendente. Consta no *site* da IBM que

agentes de atendimento são diariamente sobrecarregados com perguntas comuns de suporte ao cliente, resultando em longos tempos de resposta e baixa satisfação do cliente. Além disso, o gerenciamento de vários canais de atendimento ao cliente se torna cada vez mais custoso para a empresa. A solução da *Watson Customer Care Virtual Agent* consiste na construção de um agente virtual de atendimento ao cliente com o uso da tecnologia de inteligência artificial *IBM Watson* em apenas 4 semanas, com capacidade de resolver problemas comuns de suporte, reduzindo tempos de resolução e melhorando a satisfação do cliente. (Grifo nosso).

Frise-se que uma característica importante de uma máquina de aprendizagem é que seu professor, muitas vezes, ignora o que está acontecendo dentro dela, embora ainda possa ser capaz de prever o comportamento de seu aluno. Elas podem competir com os homens em todos os campos puramente intelectuais (TURING, 1950, p. 433-460). Claro que, no presente momento, não há ferramentas tão autônomas quanto a essas pensadas por Turing, no entanto, certamente no futuro haverá.

A partir dessa ideia de Turing, entra-se em outro tópico, para tentar enquadrar, no mesmo ambiente de tempo, o homem, o desenvolvimento e a inteligência artificial.

3.2 - A PESSOA HUMANA NO CENTRO DO DESENVOLVIMENTO E DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

I. A inteligência artificial, que materializa a liberdade científica, participa, ativamente, do desenvolvimento econômico, social, cultural e político. Porém, a máquina de aprendizagem deve ser um meio,

8 Concerning tools for law in particular: this is an area for Weak AI, where tools are developed to help to solve problems confronting lawyers. It is then a matter of legal professionals deciding what to buy. The ordinary citizen remains dependent on human lawyers. (NISSAN, 2015, p. 459)

9 <https://www.ibm.com/cloud/watson-assistant/>.

para colaborar com a pessoa humana, e não para prejudicar. Nessa senda, M'Baye afirma que “os humanos, nesse processo evolutivo, não podem ser vítimas, mas devem ser os beneficiários de dito desenvolvimento”. A utilidade da afirmação do direito do indivíduo ao desenvolvimento está em que esse não seja conduzido de modo a desprezar o ser humano e, em vista disso, vê-se surgir uma relação dialética entre comunidade e indivíduo (M'BAYE, 1997).

Se a visão for somente econômica, as pessoas serão prejudicadas ou enganadas, já que haverá a substituição ou indução do homem pela máquina de aprendizagem. Inclusive, a pessoa humana, em várias situações da via, pode estar treinando a máquina de aprendizagem, já que o empregador ou alguma empresa pode induzir o preenchimento de planilhas com perfil do usuário ou ocorrência de problemas, para ao fim de um determinado período, tais dados serem lançados numa algoritmo. Como consequência, se for um empregado que preencheu a planilha, ele será substituído pelo robô, se for o consumidor, ser-lhe-á dirigida uma publicidade ou um produto.

Contudo, pode-se utilizar a máquina de aprendizagem em benefício do humano. Por exemplo, aplicando-se a inteligência artificial na Medicina, pode-se pensar na utilização de consultas médicas, por meio de programas médicos, em localidades distantes onde não há esses profissionais. Na área da Engenharia Civil, pode-se pensar em programas de inteligência para minimizar os erros na construção de casas e edifícios. Na área do Direito, pode-se pensar em programas que auxiliem as pessoas leigas a entenderem seus direitos, por meio de consultas, com mais facilidades. Cada área, por meio de seus respectivos conselhos, deveria tomar medidas para regular a atuação da inteligência artificial, a fim de situar a pessoa humana no centro¹⁰.

A França aprovou a Lei n. 2019-222/19 e seu art. 33 prevê iniciativas para a publicização de dados referentes à atividade judiciária, mas com a imposição de condições. Dentre essas, há uma restrição ao *uso* dos dados: informações a respeito da identidade dos magistrados não podem ser utilizadas para *avaliar, analisar, comparar* ou *prever* práticas *reais* ou *supostas* desses profissionais. A vedação gera sanção, também, na esfera penal.¹¹ Na decisão, o Conselho francês julgou que ao estabelecer que

10 A centralidade do humano surgiu de uma conversa com o professor Luis Alberto Reichelt.

11 Arts. 226-18, 226-24 e 226-31 do Código Penal francês, chegando as penas a até cinco anos.

os dados de identidade dos juízes e membros do registro nas decisões judiciais disponibilizados ao público por meios eletrônicos não podem ser reutilizados com a finalidade ou o efeito de avaliar, analisar, comparar ou prever as suas práticas profissionais reais ou supostas, **o legislador pretendeu evitar que tal reutilização permita, ao processar dados pessoais, traçar perfis profissionais da justiça a partir das decisões tomadas, possa levar à pressão ou escolha de estratégias jurisdicionais para alterar o funcionamento da justiça.**

Como se vê, o legislador francês fez uma intervenção, controlando o uso da inteligência artificial, pois a mesma pode alterar o funcionamento da Justiça. Em entrevista para o *site* UOL, disse Ópice Blum: “A iniciativa da França não chega a ser uma guerra contra a inteligência artificial no meio jurídico, mas, com certeza, coloca o país na vanguarda de um movimento de ceticismo em relação a essa tecnologia.”¹² Tudo passa, como se tem debatido neste artigo, por colocar a pessoa no centro do debate. Entendeu o Tribunal francês que a predição de dados poderia manipular a opinião dos juízes, que estariam vinculados ao que constasse no algoritmo.

Na mesma senda, não se pode permitir a substituição de advogados e juízes por máquinas. Ora, como não se deseja que a inteligência artificial domine o sistema de defesa militar de um Estado, também não podemos conferir a última decisão em juízo. Deve ser, isso sim, útil para descobrir e vencer os erros mais frequentes do nosso pensamento. (FENOLL, 2018, p. 32-33).

Lenio Streck esclarece que primeiro, o nível da mera substituição do exame de recursos e petições por robôs, o que significa, nos tribunais, a perda de *efetividades qualitativas*, trocadas por *efetividades quantitativas*, prejudicando milhões de pessoas em seus direitos fundamentais. Robô não fundamenta. Logo, ocorre a violação do artigo 93, IX, da Constituição (STRECK, 2019).

Nesse debate, como dito diversas vezes, não se pode perder a centralidade do humano. A dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, da CF/88, não tem somente conteúdo moral e ético, mas é uma norma jurídico-positiva e, como tal, dotada de eficácia. É um guia não só dos direitos fundamentais, mas também é um princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa, como se lê:

12 Como a França declarou guerra à robôs que analisam decisões judiciais. <https://noticias.uol.com.br/tecnologia/noticias/redacao/2019/06/12/como-a-franca-declarou-guerra-a-robos-que-analisam-decisoes-judiciais.htm>

Os Estados têm o **direito** e o **dever** de **formular políticas nacionais** adequadas para o desenvolvimento, que **visem** o constante aprimoramento do **bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos**, com base em sua **participação** ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes. (SARLET, 2018, p. 106-107, grifo nosso).³⁹

Como se observa, é dever do Estado intervir quando da aplicação da inteligência artificial, nas diversas áreas do conhecimento.

Não se deve perder de vista, também, a dimensão ética do problema que estamos enfrentando. Para Arthur Ferreira Neto, nas relações entre humanos, o discurso tem que estar baseado na *honestidade e sinceridade* nas intenções de agentes que gerem sentimentos de *empatia e tolerância* diante de um opositor, bem como que vincule todos ao valor intrínseco de uma proposição verdadeira. (FERREIRA NETO, 2019, p. 27).

Nessa esteira, Finnis, ao lembrar Sócrates e Platão, aponta condições ideais para o discurso: The conditions? “Knowledge, good will, and frankness”: (i) a sound, wide-ranging education; (ii) good will towards the other parties to the discourse/discussion (indeed, the kind regard one has towards one’s friends); and (iii) willingness to speak frankly (even when that involves admitting one’s mistakes, self-contradictions, and self-refutation), and not to feign agreement. In the absence of these conditions, even universal assent to a proposition would be no evidence (letal one a guarantee) of its truth! (FINNIS, 1998, p. 54)¹³.

Da mesma forma, Arthur Ferreira Neto afirma que a ética argumentativa deve ser estruturada em torno das quatro virtudes consideradas cardinais dentro da tradição aristotélico-tomista, quais sejam: (i) prudência, (ii) justiça, (iii) temperança, e (iv) fortaleza/coragem. (FERREIRA NETO, 2019, p. 29). Não há dúvida que as relações entre homem e inteligência artificial dificilmente conseguirão passar pelos limites éticos da relação humana. É muito difícil afirmar, embora opiniões em contrário, que a máquina esteja programada com sinceridade, empatia, tolerância, educação sólida, boa vontade, diálogo franco,

13 Tradução livre: As condições? “Conhecimento, boa vontade e franqueza”: (i) uma educação sólida e abrangente; (ii) boa vontade para com as outras partes do discurso / discussão (de fato, o tipo que se tem em relação aos amigos); e (iii) disposição para falar com franqueza (mesmo quando isso envolve admitir erros, autocontradições e auto-refutação), e não fingir concordância. Na ausência dessas condições, mesmo o consentimento universal a uma proposição não seria evidência (uma garantia) de sua verdade!

prudência, justiça, temperança, coragem. Por exemplo, no programa *de chatbot*¹⁴, tão comum atualmente, não se pode dizer que há realmente um diálogo, a desconfiança de quem está recebendo a informação é instantânea, tanto que, diante da mínima dúvida, o consumidor telefona para falar com a atendente humana.

Sobre a ética na inteligência artificial Alexandre Atheniense acrescenta que “a inteligência artificial deve ser desenvolvida para o bem comum e benefício da humanidade, deve operar nos princípios da inteligibilidade e justiça, e não deve ser usada para diminuir a proteção de dados ou a privacidade de indivíduos, famílias e comunidades. Além disso, todos os cidadãos devem ter o direito a serem educados para que possam florescer mentalmente, emocionalmente e economicamente junto com a inteligência artificial, e forças autônomas capazes de ferir, destruir ou enganar os seres humanos não devem receber investimentos da inteligência artificial” (ATHENIENSE, 2018, p. 159).

Assim, a substituição total do homem acarreta não só um problema jurídico, mas também um grave problema ético. O robô pode ajudar o homem, mas não, substituí-lo. Humanos e robôs, podem, em tese viver harmonicamente. Ora, “os humanos se sobressaem no senso comum, moral, imaginação, abstração, dilemas, sonhos e generalização, os sistemas de inteligência artificial propiciam mais acurácia em identificação de padrões, linguagem natural, *machine learning*, eliminação de preconceitos e capacidade de tratamento de grandes volumes de dados” (ATHENIENSE, 2018, p. 157).

Não se olvide, também, que a liberdade de criar a inteligência artificial, sem parâmetros, pode ocasionar a privação da liberdade de outras tantas pessoas. Sen explica que um número imenso de pessoas, em todo o mundo, é vítima de toda forma de privação de liberdade tal como: as fomes coletivas, a subnutrição, a falta de saúde, a educação, o emprego. (SEN, 1999, p. 30).

Assim, de um lado, há a liberdade de empreender e de criar, e, de outro, tem-se o desenvolvimento, que impõe a remoção da pobreza, tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistêmica, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos (SEN, 1999, p. 29) e, que também

14 Chatbot é um programa de computador que faz o que é programado, simulando uma conversa humana em um chat. Dessa forma, é possível automatizar tarefas repetitivas e burocráticas, como dúvidas frequentes, na forma de diálogo pré-definido entre o usuário e um “robô” (<https://klickpages.com.br/blog/chatbot-o-que-e/>).

deve determinar a inclusão dos interessados na elaboração de políticas públicas que insiram, com responsabilidade, a inteligência artificial na vida das pessoas.

No caso, tem que fazer uso do postulado da proporcionalidade, que possui, segundo Alexy, três máximas parciais, a da adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2002, p. 112). Então, a liberdade científica, presente no incremento da Inteligência Artificial, não precisa ser eliminada, mas necessita ser controlada. A medida é adequada e necessária? A resposta só pode ser afirmativa, e esse controle pode ser feito por intermédio das próprias empresas que desenvolvem os sistemas internos e por controles externos. Luciano Foridi sugere que os terceiros, inclusive organizações nacionais, ou supranacionais, de setores e da sociedade civil, poderiam participar de comitês éticos públicos, ou o comitê ético poderia ser uma obrigação prevista na lei (FORIDI, 2019, p. 76). Deve existir, então, um convívio equilibrado entre homem e máquina, por meio de políticas de controle e de redução de danos, sendo que a cada novo modelo que possa impactar negativamente a pessoa humana deve ser proibido.

A sugestão aqui posta é menos agressiva que a realizada na França, onde o Legislador sancionou penalmente a predição de dados judiciais. Talvez a restrição à inteligência artificial, prevista na legislação francesa seja inadequada, pois há *limites dos limites*, para que se preserve o núcleo essencial do direito fundamental (MENDES, 99, p. 38). No caso francês houve uma proibição total, praticamente eliminando a liberdade científica na área de inteligência artificial.

Mas é possível fazer mais, Souza doutrina que mudanças institucionais representam ações concretas de âmbito interno, capazes de promover o desenvolvimento; contudo, essa tarefa pode se tornar impossível sem cooperação internacional (2010, p. 435). Portanto, o apoio dos órgãos internacionais, como a ONU, é muito importante, para exercer o controle sobre a criação e aperfeiçoamento das máquinas de aprendizagem, para que ela auxilie o homem, não o substitua completamente.

Finaliza-se o estudo com a seguinte reflexão de Sen: “Como seres humanos competentes, não podemos nos furtar à tarefa de julgar o modo como as coisas são e o que precisa ser feito. Como criaturas flexivas, temos a capacidade de observar a vida de outras pessoas.” (SEN, 1999, p. 359).

4 - CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo revelar o sentido e o alcance do direito ao desenvolvimento e sua relação com o homem e a inteligência artificial. Como isso, não se deu enfoque ao desenvolvimento econômico e a eventual produção de riquezas.

O direito ao desenvolvimento, previsto na Constituição Federal e na Declaração da ONU, impõe aos Estados uma rede de proteção, a fim de eliminar a fome, desemprego, melhorar as condições de saúde. Com efeito, a Inteligência Artificial deve ser usada para melhorar a condição de vida das pessoas. Nessa quadra, como se viu, a França, de forma bastante drástica, regulou a inteligência artificial, pois botaria em risco a administração da justiça, penalizando penalmente o agrupamento preditivo de julgamentos.

Com efeito, sugere-se, ao invés da proibição da inteligência artificial, que sejam formados comitês envolvendo a sociedade civil, para fiscalizar e controlar a criação do aprendizado de máquina, a fim de que o homem não seja pego de surpresa e não perca, por consequência, seu lugar no centro do desenvolvimento.

5 - REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento**, São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Entrevista sobre direito ao desenvolvimento, em 3.5.13, In: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-ao-desenvolvimento/11064>.

ATHENIENSE, Alexandre Rodrigues. As Premissas para Alavancar Os Projetos de Inteligência Artificial na Justiça Brasileira, In: **Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia – 2018/ Ricardo Vieira de Carvalho, Fernandes, Angelo Gamba Prata de Carvalho (Coord.)**. – Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação**, São Paulo: Malheiros, 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRITTO, Nara Pinheiro Reis Ayres de, RIBEIRO, Alanna Muniz, *Soft law e hard law* como caminho para Afirmação do direito à proteção de dados: **Uma análise da experiência internacional e brasileira, Tecnologia jurídica & direito digital**: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia – 2018/ Ricardo Vieira de Carvalho, Fernandes, Angelo Gamba Prata de Carvalho (Coord.).– Belo Horizonte : Fórum, 2018.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**, 4ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, s/d.

COSTA SOUSA, Mônica Teresa. Direito ao desenvolvimento como direito humano: implicações decorrentes desta identificação, **In: Espaço jurídico journal of law, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 422-443, jul/dez, 2010.**

FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia artificial y proceso judicial**, Madrid: Marcial Pons, 2018.

FERREIRA MENDES, Gilmar. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**, São Paulo: Celso Bastos editor, 1999.

FERREIRA NETO, Arthur. **Teoria da argumentação em Humberto Ávila**: uma análise crítica, no prelo, 2019.

FINNIS, John M., Natural Law and the Ethics of Discourse, **Notre Dame Law School**, 1998.

FORIDI, Luciano. Google e l'etica mancata, In: **l'espresso**, n. 18, anno LXV, 28 de aprile 2019.

MBAYA, Etienne-Richard, *Estud.*, vol.11, nº30, São Paulo May/Aug. 1997, http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200003.

NISSAN, Ephraim. Digital technologies and artificial intelligence's present and foreseeable impact on lawyering, judging, policing and law enforcement. **AI&**

Society, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**, Trad. Laura Teixeira Motta, São Paulo: Companhia das letras, 1999.

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**, São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Nilton Correia da. Dos Algoritmos do Victor: O Primeiro Projeto de Inteligência Artificial em Supremas Cortes Do Mundo, In: **Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia – 2018/** Ricardo Vieira de Carvalho, Fernandes, Angelo Gamba Prata de Carvalho (Coord.)– Belo Horizonte : Fórum, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Que venham logo os intelectuais para ensinares os especialistas. In: Conjur. <https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/senso-incomum-venham-logo-intelectuais-ensinarem-aos-especialistas>.

TURING, AM, Computing Machinery and Intelligence, **Mind** 49: 433-460, 1950.
WASCHSMANN, Patrick. **Les Droits de l'homme**, Paris: Dalloz, 2008.

RELATÓRIO DO PAINEL JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

DAVID MEDINA DA SILVA¹

CRIMINALIDADE GOVERNATIVA E CORRUPÇÃO COMO ENTRAVES AO DESENVOLVIMENTO: ALGUMAS PROPOSTAS JURÍDICAS DE ENFRENTAMENTO. ROGÉRIO GESTA LEAL (BRASIL).

A criminalidade governativa é um fenômeno jurídico e político que impacta negativamente o desenvolvimento, pois tanto a “microcriminalidade organizada” quanto a “macrocriminalidade organizada” impactam o desenvolvimento. O mercado e os meios de produção estão ligados à corrupção. As ferramentas de enfrentamento a essa criminalidade são frágeis e precisamos desenvolver a percepção sobre a criminalidade corporativa, estabelecendo maior controle, maior transparência e prestação de contas. Devemos também avançar na colaboração institucional e nas políticas de prevenção. Por tais razões é que novas técnicas, métodos e instrumentos de investigação tem vindo a lume em todo o mundo, como o que se tem chamado de inteligência financeira. Nesse contexto, o direito penal tem função importante, no sentido da responsabilização da pessoa jurídica.

ACCIÓN DE AMPARO EM CHILE: UNA REVISIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN MATERIAS MIGRATORIAS. RODRIGO RÍOS (CHILE).

Nos últimos anos, uma das temáticas mais debatidas na sociedade é o movimento migratório. O aumento de pessoas que pretendem residir em território chileno gerou uma apreensão social motivada por um discurso oficial hostil por parte dos organismos de controle migratório e perseguição penal. A polícia, como órgão de controle migratório,

1 Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Ex-Presidente da Fundação Escola Superior do Ministério Público (2013 a 2019). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

dá ao estrangeiro um estigma de criminoso. A demora dos ritos judiciais convencionais, fez com que, nos últimos anos, tenha se evidenciado uma tendência da Corte Suprema no sentido de ampliar o alcance do habeas corpus para casos que vão além do âmbito penal, a fim de salvaguardar direitos humanos em questões migratórias.

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN EN COLOMBIA:
RENÉ MORENO ALFONSO (COLÔMBIA).

A prática do controle da convencionalidade na Colômbia foi paulatinamente introduzida pelos órgãos jurisdicionais. A Corte Constitucional Colombiana incorporou ao direito os instrumentos internacionais sobre direitos humanos. Por sua vez, o Conselho de Estado, órgão máximo da jurisdição contenciosa administrativa na Colômbia, mediante sentença proferida em 03 de dezembro de 2014, da Terceira Seção, expressamente reconheceu atuar como “Juiz de Convencionalidade”. A Corte Suprema de Justiça, adotou, como critério para expedir o conceito de extradição, a proteção dos direitos das vítimas, a verdade, a reparação e a garantia de non bis in idem, tendo como fonte as normas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Assim, a organização colombiana, nas três cortes de cúpula, reconhece que as normas internacionais de Direitos Humanos ingressam no direito colombiano em nível constitucional e concede força vinculante às sentenças da corte interamericana de Direitos Humanos.

PORQUE AINDA DEFENDO O PAPEL DIRIGENTE DA CONSTITUIÇÃO. LENIO
LUIZ STRECK (BRASIL).

A do segundo pós-guerra, a Constituição passou a valer como norma jurídica. Daí a tese da força normativa e do constitucionalismo dirigente, com suas variantes, que foram importantes para a construção de importantes teses em tribunais constitucionais como da Alemanha, Espanha e Portugal. A Constituição é norma. Tem papel dirigente, pois tem força normativa e, portanto, vincula. A tese do dirigismo constitucional continua válida enquanto não resolvermos o triângulo dialético

propugnado pelo próprio Canotilho (falta de segurança, pobreza e falta de igualdade política). Também se pode falar no triângulo dialético de Johan Galtung: violência física, estrutural e cultural. No Brasil, nunca fizemos a necessária distinção entre ativismo e judicialização. Apostamos no ativismo e, em vez de buscarmos a construção de políticas públicas — que beneficiariam a todos equanimemente — achamos melhor atender alguns grupos que foram a juízo. A Constituição ainda vale e enquanto não resolvermos o triângulo dialético, não podemos dar um salto em direção à desconstitucionalização.

ASPECTOS CONSTITUCIONALES E INTERNACIONALES DEL DERECHO
CONSTITUCIONAL AL DESARROLLO. PATRÍCIO MARANIELLO (ARGENTINA).

Trouxe um apanhado dos documentos normativos que regulam o desenvolvimento sustentável na Argentina, bem como as 17 metas estabelecidas em 2015 para serem cumpridas até 2030. Trata do desenvolvimento como um direito humano nos planos econômico, social e cultural. Não pode haver desenvolvimento econômico sem desenvolvimento social. É preciso desenvolvimento sustentável, nos planos ambientais, econômicos e sociais, proporcionando equilíbrio para o desenvolvimento integral do ser humano, não apenas para as gerações atuais, como para as futuras



An aerial, grayscale photograph of a cityscape. In the foreground, there is a large, modern building with a prominent, curved, cantilevered section. The building is surrounded by lush green trees. In the background, a body of water is visible, with several other high-rise buildings along the waterfront. The sky is filled with dramatic, dark clouds. The overall tone is serious and professional.

CAPÍTULO II

JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O DIREITO À PAZ



THE PEACE AGREEMENT IN COLOMBIA IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL LAW¹

NELSON ARTURO OVALLE DIAZ²

INTRODUCTION

Since the independence of the Republic in 1819³, Colombia has been immersed in a succession of almost permanent internal wars.⁴ The signing of agreements to calm rebel demonstrations was a well-established tradition in Colombia, even before independence.⁵ Unfortunately, most of the agreements of the past were not fully respected by the ruling elite.⁶ Once the goal of demobilizing the civil or military opposition was achieved, the country's top leaders usually found excuses for weakening the principle of *pacta sunt servanda* by breaching the agreement⁷. This also seems to be the case with the peace agreement of 2016. It is likely that the opponents of the agreement will break the commitments made between the Colombian state and the Revolutionary Armed Forces of Co-

- 1 This paper has already been published in the "Revue générale de droit" in a French version, OVALLE DIAZ, Nelson Arturo (2019), "L'accord de paix en Colombie à la lumière du droit international interaméricain," volume 49, 2019, p 159–186, online: <<https://id.erudit.org/iderudit/1055488ar>>; <<https://doi.org/10.7202/1055488ar>>; <<https://www.erudit.org/fr/revues/rgd/2019-v49-rgd04229/1055488ar/resume/>>.
- 2 The author was an ombudsman in Colombia. In the exercise of his functions he was the victim of an attempt on his life in 2001. He is now a survivor exiled in Canada where he works as a doctor of law and as a unionized part-time professor at the University of Ottawa.
- 3 Rafael Pardo Rueda, *La historia de las guerras*, Bogotá (Colombia), Vergara, 2004, at 139-170 [Pardo Rueda].
- 4 Garcia-Godos, J., « Colombia: Accountability and DDR in the pursuit of peace? » dans Chandra Lekha Sriram et al, dir, *Transitional Justice and Peacebuilding on the ground: Victims and ex-combatants*, New York, Routledge, 2013, à la p 220; Pardo Rueda, supra note 1.
- 5 Jesús María Henao et Gerardo Arrubla, *Historia de Colombia para la enseñanza secundaria*, 3 ed., Bogotá, Librería Colombiana - Camacho Roldan & Tamayo, 1920, at 216-224 [Henao and Arrubla].
- 6 Pardo Rueda, supra note 1 at 82.
- 7 Henao and Arrubla, supra note 3 at 227.

Colombia - People's Army (FARC- EP). It could be argued that the problem of the peace agreement in Colombia is not the text of the agreement itself. On the contrary, the issue remains a question of good faith regarding the implementation of the 2016 peace agreement.⁸

In the past, Colombia has employed several methods of conflict resolution. To counter protracted armed conflict, Colombian governments in recent decades have resorted to partial transitional justice systems, amnesty grants and even a “plea bargain” system (negotiation and agreement to plead guilty).⁹ The aim has been to “buy peace” by preventing the perpetrators of crimes against humanity from being formally accused at the international level.¹⁰ For a half-century, the Colombian government has resisted the establishment of a commission to reveal the full truth of the causes of the human rights violations that occurred during the internal armed conflict.¹¹ However, in 2001, Colombia partially ratified the *Rome Statute of the International Criminal Court*, and in 2009, the International Criminal Court acquired jurisdiction over all international crimes committed in Colombia.¹² Until the present, the International Criminal Court has launched no formal investigations into the Colombian situation, only preliminary examinations.¹³

8 United Nations – Verification Mission in Colombia, Press Releases, Security Council Press Statement on Colombia, 30 November 2017, para 5, en ligne : <<https://colombia.unmissions.org>>, <<https://colombia.unmissions.org/en/security-council-press-statement-colombia>> ; Naciones Unidas - Derechos Humanos – Oficina del alto comisionado – Colombia, Comunicado de prensa, 20 diciembre 2017, en ligne : <<http://www.hchr.org.co/index.php>>, <<http://www.hchr.org.co/index.php/informacion-publica/comunicados-de-prensa/ano-2017/8855-onu-derechos-humanos-expresa-preocupacion-por-homicidios-estigmatizacion-y-hostigamientos-a-defensores-y-defensoras-de-derechos-humanos-en-colombia>>.

9 Pardo Rueda, supra note 1 at 583-585 and 602..

10 Organisation des États américains, Commission Interaméricaine des Droits de l’Homme, *Rapport annuel sur les droits de la personne*, 2010, chapitre IV, Colombie à la p 382, aux para 92-93.

11 Nelson Arturo Ovalle Diaz, « Le pluralisme juridique, la justice transitionnelle et alternative : Le cas du conflit armé interne colombien », *Revue québécoise de droit international*, Hors-série (mars 2015), at 309 [Ovalle Diaz, “justice transitionnelle”].

12 *Rome Statute of the International Criminal Court*, Rome, 17 July 1998, entry into force: 1 July 2002, online: UN <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=_fr>, [*Rome Statute*].

13 Cour pénale internationale, « *Enjeu : crimes de guerre prétendument commis depuis le 1^{er} novembre 2009 et crimes contre l’humanité prétendument commis depuis le 1^{er}* ».

Following the 2016 peace agreement, in April 2017, a constitutional reform creating the “Special Jurisdiction of Peace” (“SJP”) was adopted by representatives of the House of Representatives and Senate. The reform provided for a truth commission and peace tribunals based on two fundamental pillars: (1) recognition of victims as citizens entitled to truth, justice and reparation for damages suffered during armed conflict; and (2) the importance of truth and the recognition of responsibility by all actors who have committed serious human rights violations in the context of the internal armed conflict.¹⁴ For the first time in Colombian history, the truth will be part of the peace process in Colombia, because truth is considered a fundamental necessity for reaching justice and peace for a definitive resolution of conflict.¹⁵ The question to ask is whether this constitutional reform is consistent with the “*Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*,”¹⁶ a resolution adopted by the United Nations General Assembly on December 16, 2005. This resolution states that

victims and their representatives should be entitled to seek and obtain information on the causes leading to their victimization and on the causes and conditions pertaining to the gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law and to learn the truth in regard to these violations.¹⁷

The new SJP is a variety of alternative ways of helping those whose grievances were not addressed by the Colombian state, or by the supra-state justice system of the International Criminal Court. All of

novembre 2002 en Colombie » (Examen préliminaire – phase 3 : Recevabilité), en ligne : CPI <<https://www.icc-cpi.int/colombia?ln=fr>>.

- 14 Avocats sans frontières, « Colombie : création d’une juridiction spéciale pour la paix », nouvelles & articles (19 avril 2017), en ligne : <<https://www.asfcanada.ca/medias-et-evenements/medias/nouvelles/>> [Avocats sans frontières, “Colombie”].
- 15 Ovalle Diaz, “justice transitionnelle”, *supra* note 9 at 328.
- 16 *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à la réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l’homme et de violations graves du droit international humanitaire*, Rés AG 147, Doc off AG NU, 60^e sess, Doc NU A/Res/60/147 (2005).
- 17 *Ibid* at principle X.

the above raises the question of the conformity, or the legality of the domestic laws derived from the Colombian peace agreement with international law. In light of this question, it is essential to assess how this new transitional justice initiative will reconcile Colombia's general and specific rules with international standards on international humanitarian law and human rights.

1 - WHAT IS THE ISSUE IN DISPUTE?

The final peace agreement,¹⁸ signed in Bogotá on Thursday, November 24, 2016¹⁹, proposes a stable peace with the FARC-EP, but appears to undermine the respect of the principle of equality before the law. The question here is how to resolve the dilemma between the right to peace and the right to equality before the law under international human rights standards.

A possible response to this question lies in determining if constitutionality and conventionality are appropriate mechanisms for verifying whether the laws and actions of the state comply with international human rights standards.²⁰ These judicial controls are part of an evolving legal field; indeed, they are even being used as part of a dialogue which is contributing to the creation of a common transnational framework between the member states, all of which have different and complex legal systems.²¹ This transnational dialogue between legal sys-

18 Le Monde, « Colombie : ce que prévoit l'accord de paix avec les FARC, et ce qu'il reste à mettre en œuvre », online : <http://www.lemonde.fr/ameriques/article/2016/12/01/colombie-ce-que-prevoit-l-accord-de-paix-avec-les-farc-et-ce-qu-il-reste-a-mettre-en-uvre_5041815_3222.html>.

19 Colombia, Comisionado para la paz, *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, (24 noviembre 2016), online : <<http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Paginas/home.aspx>> [Acuerdo final].

20 *Almonacid Arellano at al v Chile* (September 26, 2006), Inter-Am Ct HR (Ser C) No. 154 at para 124 [*Almonacid Arellano*]; *Cabrera García and Montiel Flores v Mexico* (November 26, 2010) Inter-Am Ct HR (Ser C) No 220, at para 225 [*Cabrera García and Montiel Flores v Mexico*]; *Gelman v Uruguay* (February 24, 2011) Inter-Am Ct HR (Ser C) No. 221, at para 193 [*Gelman v Uruguay*]; *Gomes Lund et al. (« Guerrilha do Araguaia ») v Brazil* (November 24, 2010), Inter-Am Ct HR (Ser C) No. 219, at para 176.

21 Nelson Arturo Ovalle Diaz, *La production pluraliste du droit transnational contemporain*, thèse de doctorat en droit, Université d'Ottawa, 2015, online : Recherche uO <<https://ruor.uottawa.ca/handle/10393/32127>>, à la p 8, 39 et 148 [Ovalle Diaz, *La production*].

tems cannot be advanced through recourse to the theory of natural law or the theory of legal positivism in the traditional manner. In my view, the only valid theoretical framework that can lead to a fruitful outcome is a new theory called legal pluralism.²² Legal pluralism can be defined as “the coexistence, at the same time, of a plurality of organs producing legal norms, which are applied simultaneously or successively to the same individual, due to his/her multiple memberships in several states and non-state legal orders.”²³

In fact, several Latin American constitutions, including Colombia, have made remarkable progress in putting legal pluralism into practice.²⁴ A pluralistic interpretation of the law can reconcile the universal fundamental rights of the individual with local legal cultures or with norms derived from social subgroups since “law has become [a] symbol of planned change, [a] technique of social engineering, [and an] incentive or constraint in the accommodation of differences.”²⁵ It is in this perspective that the SJP would allow the final Colombian peace agreement to be applied in accordance with international human rights standards. This pluralist approach to law is the one that is the most respectful of the “Third World Approaches to International Law,” commonly known as TWAIL, which rejects international standards and rethinks about imperative standards in accordance with the local culture.²⁶

2 - THE ELEMENTS OF TRANSITIONAL JUSTICE AND THE SPECIAL JURISDICTION OF PEACE (SJP) IN COLOMBIA

The elements of the peace agreement signed in Colombia in 2016 go beyond justice, since this agreement also includes matters that are re-

22 *Ibid* at 12-13

23 *Ibid* at 41.

24 *Ibid* at 45.

25 Jean-Guy Belley, « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit » dans Jean Kellerhals, Dominique Manaï et Robert Roth, dir, Pour un droit pluriel : études offertes au professeur Jean-François Perrin, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2002, à la p 150.

26 Gallié, M., « Les théories tiers-mondistes du droit international (TWAIL): Un renouvellement? » (2008) 39: 1 Études internationales 17, à la p 27.

lated to the economy, democracy, etc. The analysis discussed in this paper is limited to the specific elements of transitional justice. Transitional justice is here defined as:

“[...] all the judicial and non-judicial mechanisms that make the criminal law applied to those responsible for international crimes more flexible in order to put an end to an internal conflict. Transitional justice seeks to promote the definitive transition from a situation of dictatorship, apartheid or internal armed conflict to democracy and lasting and stable peace. This model of justice includes all mechanisms for investigating, adjudicating and serving sentences for those responsible for serious crimes committed in connection with the armed conflict. Transitional justice also provides for mechanisms for restitution to the victims of armed conflict, for the search for historical truth, for guarantees of non-repetition, as well as for instruments of reconciliation between the various members and groups of society.”²⁷

The concept of transitional justice informed the creation of the 2016 peace agreement in Colombia. Thus, the new SJP in Colombia must be viewed in the context of transitional justice. By comparing the above general definition of transitional justice with the 2016 peace agreement, four distinguishing features stand out as essential. Transitional justice always involves transformation towards peace and democracy, flexibility of criminal law, temporary application of special rules, and a wider scope of action.

A. Transformation: Transitional justice aims to promote the definitive transition from a situation of dictatorship, apartheid or internal armed conflict to a lasting and stable democracy and peace.²⁸ The model of transitional justice in Colombia makes it possible to facilitate the end of the internal armed conflict; it is under the commitments of the peace agreement of 2016 that the FARC-EP handed over their weapons to the delegates of the UN Security Council.²⁹ If the legal rules that flow from

27 Ovalle Diaz, “justice transitionnelle”, *supra* note 9 at 333-334

28 Renée Fregosi et Rodrigo España, *Droits de l’homme et consolidation démocratique en Amérique du Sud*, Paris, L’Harmattan, 2009.

29 Resolution 2261 (2016), Security Council, identical letters dated 19 January 2016 from the Permanent Representative of Colombia to the United addressed to the Secretary General and the President of the Security Council, adopted by the Security Council at its 7609th meeting, on 25 January 2016, S/Res/2261 (2016); Resolution

this same agreement are finally adopted, they will also have the effect of widening the democratic possibilities for those who oppose the ruling class as well as for the victims and the inhabitants of the historically neglected regions.³⁰

B. Flexibility: Transitional justice is used to end an internal armed conflict by creating a set of judicial and non-judicial mechanisms that avoid the strict application of the criminal regime for international crimes.³¹ Under the terms of the final peace agreement signed on November 24, 2016, in Bogotá, Colombia's *Criminal Code* and *Code of Criminal Procedure* will not apply to participants in the internal armed conflict since provisionally more flexible rules apply to them, provided that they definitely stop their participation in the internal armed conflict.³²

C. Temporary Measures: Transitional justice includes all mechanisms for investigating, adjudicating and serving sentences for those responsible for serious crimes committed in the context of armed conflict.³³ Therefore, the SJP has a provisional duration; ten years to start the investigation procedures, five additional years to complete the judgments, and with the possibility of additional time if necessary, and if a new law allows such an extension.³⁴

D. Wider Scope: Transitional justice provides mechanisms for restitution to victims of armed conflict, investigation for historical truth, guarantees of non-repetition, as well as instruments of reconciliation

2366, Security Council, identical letters dated 19 January 2016 from the Permanent Representative of Colombia to the United Nations addressed to the Secretary General and the President of the Security Council, adopted by the Security Council at its 7997th meeting, on 10 July 2017, S/Res/2366 (2017).

30 *Acuerdo final*, *supra* note 17 at item 2.3.6, at 54 of 310.

31 Noémie Turgis, *La justice transitionnelle en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

32 Avocats sans frontières, "Colombie", *supra* note 12.

33 Ovalle Diaz, "justice transitionnelle", *supra* note 9 at 334.

34 *Acto Legislativo No. 01 (4 abril 2017)*, Congreso de Colombia, online: JEP <<https://www.jep.gov.co/Paginas/Normativa/Acto-Legislativo.aspx>>, Artículo transitorio 15 (However, in the latter case, the SJP must first request it) [*Acto Legislativo No. 01 (4 abril 2017)*].

between various members and groups of society.³⁵ The system of transitional justice adopted in Colombia in the constitutional 1st Act of April 4, 2017,³⁶ provides, inter alia, for a Special Peace Jurisdiction (SJP) to investigate and punish those responsible for the most serious crimes during the internal armed conflict. A truth commission was also established as an integral system of truth, justice, reparation and non-repetition. The mandate of this commission is to search for people who went missing during the armed conflict and to provide both remedial measures for the construction of peace and guarantees of non-repetition.³⁷

3 - JUSTIFICATION AND USEFULNESS OF CONSTITUTIONAL AND CONVENTIONAL JUDICIAL REVIEWS TO ENSURE RESPECT OF HUMAN RIGHTS

As mentioned earlier, the 2016 Colombian Final Peace Agreement created an apparent conflict between the right to live in peace and the right to be treated equally before the law as a citizen of Colombia. Specifically, individuals in the internal armed conflict who committed crimes before 1 December 2016 (in particular, crimes constituting grave breaches of international humanitarian law or serious human rights violations) will be judged by the new SJP, a jurisdiction of preferential and exclusive authority.³⁸ How can one justify the fact that most citizens of Colombia will continue to be subject to the rules of the *Criminal Code* and *Criminal Procedure Code*, while others will be subject to exceptional legislation and jurisdiction? Which provides the lesser punishment? Indeed, the difference in treatment presents a potential dilemma: the right to peace versus the right to equality before the law. As discussed below, I will suggest that the theory of the two judicial controls (constitutional and conventional) can resolve this conflict of legal rules.

First of all, it should be noted that article 93 of the 1991 Colombian Constitution states very clearly that:

35 Barbara Cassin, "Removing the perpetuity of hatred: on South Africa as a model example" (June 2006) *International Review of the Red Cross*, Volume 88 Number 862, p 235-244.

36 *Acto Legislativo No. 01 (4 abril 2017)*, *supra* note 32.

37 Avocats sans frontières, "Colombie", *supra* note 12.

38 Avocats sans frontières, "Colombie", *supra* note 12.

Treaties and international conventions ratified by the Congress, which recognize human rights and prohibit their limitation in the event of a state of emergency, prevail in the internal order. The rights and duties enshrined in this Constitution shall be interpreted in accordance with the international human rights treaties ratified by Colombia.³⁹

In other words, this constitutional provision is a mechanism aimed at harmonizing Colombian national legislation with international human rights standards. This device is known in jurisprudence and doctrine as the constitutionality block⁴⁰, because it helps to constitutionalize international human rights standards. In the same vein, article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (“Vienna Convention”) states that “[a] party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty.”⁴¹ Indeed, the 1969 Vienna Convention is the normative source of conventional control⁴². Thus, the Colombian Constitutional Court has jurisdiction, through the mechanisms of constitutional review and conventionality control, to rule on conflicts between national rules and international human rights obligations.

According to inter-American jurisprudence, the control of conventionality operates automatically. For example, in *Almonacid Arellano et al. v. Chile*⁴³, the Inter-American Court of Human Rights (“the Inter-American Court”) declared the invalidity of a Chilean amnesty law stating that “insofar as it was intended to grant amnesty to those responsible for crimes against humanity, Decree Law No. 2.191 is incompatible with the American Convention and, therefore, it has no legal effects.”⁴⁴ This same case law, with regard to the obligation of the national judge

39 *Constitución Política de Colombia 1991*, Actualizada con los Actos Legislativos a 2016, online : Corte Constitucional <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>, article 93, [*Constitución Política de Colombia*].

40 Caldera Infante, Jesús Enrique. “El bloque de constitucionalidad como herramienta de protección de los derechos fundamentales”, dans Eduardo Andrés Velandia Canosa, dir, *Derecho Constitucional*, Bogotá, VC Editores, 2012, aux pp 223-255.

41 *Vienna Convention on the Law of Treaties*, adopted 23 may 1969, UNTS vol 1155 at 331, art 27, online <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/v1155.pdf>> [*Vienna Convention*].

42 *Ovalle Diaz*, *La production*, *supra* note 19 at 207-208.

43 *Almonacid Arellano*, *supra* note 18.

44 *Ibid* at 3 of the results of the judgment.

to exercise control over conventionality, has been followed by the Inter-American Court on several occasions.⁴⁵ As another example, in European case law, the Court of Justice of the European Communities confirmed in CJE *Flaminio Costa v. ENEL*⁴⁶ the principle of the primacy of international law over the national laws of the member states.

Accordingly, Colombian judges (including those of the SJP) may apply, the exception of non-conventionality or unconstitutionality in any case before them to exclude or clarify the application of the national law when it violates a right recognized in a fundamental international norm.⁴⁷ In short, all international standards ratified by Colombia in the area of human rights are part of the Constitution and therefore, in case of incompatibility between international human rights standards and the law or any other legal standard, the international human rights provisions will prevail.

A. What does the judicial review of constitutionality mean? It is the authority of the judicial branch to declare unconstitutional the laws and the regulations made by the legislative or the executive branches.⁴⁸ In the exercise of their power, a judge will have to assess whether a law or regulations violate a rule or a general principle of the constitution.⁴⁹ In Canada, section 52 of the *Constitution Act, 1982*⁵⁰, declares that the Constitution of

45 *Boyce et al v Barbados* (November 20, 2007), Inter Am Ct HR (Ser C) No 169, at para 75-80; *Radilla Pacheco v Mexico* (November 23, 2009), Inter Am Ct HR (Ser C) No 209, at para 337-342; *Gelman v Uruguay*, *supra* note 18, at para 230-246; *Gudiel Álvarez et al ("Diario Militar") v Guatemala* (November 20, 2012), Inter Am Ct HR (Ser C) No 253, at para 326-330; *Santo Domingo Massacre v Colombia* (November 30, 2012), Inter Am Ct HR (Ser C) No 259, at para 141-153; *Gelman v Uruguay* (March 20, 2013) (Monitoring Compliance with Judgment), Inter Am Ct HR, at para 59-90; *Liakat Ali Alibux v Suriname* (January 30, 2014), Inter Am Ct HR (Ser C) No 276, at para 112-125.

46 CJE *Flaminio Costa c. ENEL*, C-6/64 [1964] Rec CE I-1194.

47 Rocha, D., «De dónde venimos y hacia dónde vamos en materia de control de convencionalidad» dans Francisco Javier Díaz Revorio et al, dir, *Reflexiones sobre la Justicia Constitucional en Latinoamérica*, Cuenca (España) Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, 2013, à la p 76.

48 G.A. Beaudoin, «Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois», (2003) *Revue de droit de McGill*, Vol. 48, à la p 328 [Beaudoin].

49 Beaudoin, *supra* note 46 at 329.

50 *Loi constitutionnelle* de 1982, art 52, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, c.11.

Canada is the supreme law of the land and renders inoperative the inconsistent provisions of any other law. Therefore, if a court finds that a legal provision does not respect the Constitution, the judge will declare that legal rule of no force and without effect, and this infra-constitutional legal rule will lose all its legal validity.⁵¹ Thus, one of the elements of the rule of law manifests itself in the principle of the supremacy of the constitution. In the context of Colombia, this principle is explicitly recognized in article 4 of the Political Constitution of Colombia.

B. What does the control of conventionality mean? The control of conventionality is the assessment of the compatibility of a domestic law or a national action in the light of international human rights standards.⁵² For example, the power to interpret the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* give a Canadian judge broad jurisdiction to look at diverse sources of international human rights law. The Chief Justice of Canada states in 1987: “The various sources of international human rights law – declarations, covenants, conventions, judicial and quasi-judicial decisions of international tribunals, customary norms – must, in opinion, be relevant and persuasive sources for interpretation of the *Charter’s* provisions.”⁵³ In the opinion of García Ramírez, which constitutes the judicial precedent at the Inter-American Court of Human Rights, if the national court finds that there is indeed an incompatibility between the two, the domestic legal rule or the national action will be declared unconventional and will cease to have legal effects.⁵⁴

C. Who exercises the control of conventionality? As a last step, the ultimate determination of compliance with a conventional norm or principle may be exercised by international organizations, for example, by the Inter-American Court of Human Rights or the International

51 Beaudoin, *supra* note 46 at 334.

52 P. Gaïa, « Le contrôle de conventionnalité », *Revue française de droit constitutionnel*, (2008), Issue 5, à la p 201.

53 *Re Public Service Employee Relations Act* (Alta), [1987] 1 SCR 313, at para 57 (in this same judgment, justice Dickson clarifies the exact scope of international human rights law in Canada, “I do not believe the judiciary is bound by the norms of international law in interpreting the *Charter*, these norms provide a relevant and persuasive source for interpretation of the provisions of the *Charter*, especially when they arise out of Canada’s international obligations under human rights conventions” at para 60).

54 Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad” (2011) 5:28 IUS, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* 123, at 126, 145 et 151-153.

Criminal Court.⁵⁵ This is what occurred in *Almonacid Arellano et al. v. Chile, 2006* in which the assessment of conventionality of a standard, by the national judiciary, refers to the compatibility:

[...] between the domestic legal provisions which are applied to specific cases and the American Convention on Human Rights. To perform this task, the Judiciary has to take into account not only the treaty, but also the interpretation thereof made by the Inter-American Court, which is the ultimate interpreter of the American Convention.⁵⁶

However, when the state has ratified an international human rights standard, domestic control of conventionality must be exercised primarily by national jurisdictions.⁵⁷ National judges can thus legitimize their recourse to international law or to foreign jurisprudence in order to justify their judgments made using cross interpretation⁵⁸. Nowadays, national judges are not limited to the application of domestic law because, according to inter-American jurisprudence, national judges have the obligation to exercise the control of conventionality generally as well as on a case-by-case basis⁵⁹.

4 - HOW DO THE JUDICIAL REVIEWS OF CONSTITUTIONALITY AND CONVENTIONALITY WORK IN THE PEACE AGREEMENT IN COLOMBIA?

With regard to the 2016 peace agreement in Colombia, the concomitant judicial controls of constitutionality and conventionality operate automatically. This is because articles 4, 93, 241 and transitional

55 Ovalle Diaz, *La production*, supra note 19 at 208 and 209.

56 *Almonacid Arellano*, supra note 18 at para 124.

57 *Cabrera García and Montiel Flores v Mexico*, at para 225 (“But, when a state has ratified an international treaty such as the American Convention, all its institutions, including its judges, are also bound by such agreements, which requires them to ensure that all the effects of the provisions embodied in the Convention are not impaired by the enforcement of laws that are contrary to its purpose and end. The Judiciary, at all levels, must exercise *ex officio* a form of “conventionality control” between domestic legal provisions and the American Convention”).

58 Ovalle Diaz, *La production*, supra note 19 at 208.

59 *Gelman v Uruguay*, supra note 18 at para 193.

article 4 of the Constitution of Colombia provide for the exercise of the authority of the judicial branch to assess whether a domestic law meets the human rights international standards. For example, article 93 of the Constitution of Colombia states that international human rights standards take precedence in domestic law. In addition, article 4 of this constitutional text states that “in all cases of incompatibility between the Constitution and a piece of legislation or other rules, the constitutional provisions shall apply.”⁶⁰ In other words, the control of constitutionality and conventionality is exercised simultaneously when the Constitutional Court of Colombia performs the abstract test of compatibility of the norms of the peace agreement of 2016 in the light of international standards relating to human rights. However, the implementation of a judicial review of the domestic laws derived from the 2016 peace agreement and the SJP, an exceptional and transitional jurisdiction, poses several problems of interpretation. A non-exhaustive list of some interpretative challenges follows:

- a) Resolution of conflicts between general domestic laws and transitional special laws arising from the 2016 peace agreement.
- b) Resolution of conflicts between applicable domestic laws and international norms relating to international humanitarian law, such as the *Rome Statute of the International Criminal Court* of 1998,⁶¹ the four *Geneva Conventions* of August 12, 1949,⁶² and the two *Additional Protocols* to the 1977 Geneva Conventions.⁶³
- c) Resolution of conflicts between applicable domestic laws and the norms originating from the inter-American system for the protection of human rights, such as the *American Convention on Human Rights* of 1969 (“American Convention”).⁶⁴
- d) Resolutions of normative conflicts between different interna-

60 *Constitución Política de Colombia*, supra note 37 art 4.

61 *Rome Statute*, supra note 10.

62 *Geneva Conventions*, 12 August 1949, entry in force: 21 October 1950, online: <<https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>>.

63 *1977 Additional Protocols to the Geneva Conventions of 1949*, entry in force: 7 December 1978, online: <<https://www.icrc.org/en/document/additional-protocols-geneva-conventions-1949-factsheet>>.

64 *American Convention on Human Rights* (Pact of San Jose, Costa Rica), 22 November 1969, OAS, Treaty Series, No. 36, online: <http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm> [*American Convention*].

tional treaty rules, such as between general human rights norms and special international norms of international humanitarian law.

5 - HOW DO UNIVERSAL PRINCIPLES OF HUMAN RIGHTS RESOLVE NORMATIVE CONFLICTS?

Normative conflicts can be resolved by taking into consideration a new paradigm in the hierarchy of legal categories in the interpretative exercise of contemporary transnational law. In this new hierarchical prototype, the seven universal principles of interpretation of human rights are above the legal norms. These widely recognized general principles of international law are derived from jurisprudence, doctrine, and international treaties, including the *International Covenant on Civil and Political Rights*,⁶⁵ the *Statute of the International Court of Justice*⁶⁶ and the *American Convention on Human Rights*.⁶⁷

These are the seven general principles of international human rights law:

- A. Public order;
- B. Universality;
- C. Oneness;
- D. Irreversibility;
- E. Progressivity;
- F. Maximization (interpretation favourable to rights and freedoms); and
- G. The limited power of authorities as well as the restricted scope of the rules of administrative, fiscal, disciplinary, penal, criminal and penitentiary law.

65 *International Covenant on Civil and Political Rights*, 19 December 1966, 999 UNTS 171, arts 15.2 and 41.1.c (entered into force 23 March 1976, accession by Canada 19 May 1976, online: <<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>> [*International Covenant on Civil and Political Rights*].

66 *Statute of the International Court of Justice*, art 38.c, online: <<https://www.icj-cij.org/en/statute>>.

67 *American Convention*, *supra* note 62, art 46.a, “that the remedies under domestic law have been pursued and exhausted in accordance with generally recognized principles of international law.”

These seven principles can be applied by judges in the context of constitutional and conventional review in specific cases.

A. Public order

Hard law regarding human rights rules exists for the benefit of all human beings. These fundamental rights are imperative. “Where the guarantee in question is of public order or otherwise benefits the whole of society, derogation from a fundamental right is not a possibility”;⁶⁸ because fundamental human rights are part of the imperative law (*jus cogens*). For this reason, fundamental rights are not negotiable. In other words, in a peace agreement, the parties can negotiate their political and economic interests, for example, but the parties cannot negotiate fundamental rights.⁶⁹

B. Universality

All human beings should be entitled to the same protection of fundamental rights and freedoms on a global scale (*jus cogens*). For this reason, a rule of domestic law can never be an excuse for denying a fundamental right or freedom to an individual.⁷⁰ This explains why the mechanism of the control of conventionality exists. In order to ensure that the principle of universality is respected, the judicial system must apply the control of conventionality evaluating domestic rules through the lens of international human rights standards.

C. Oneness

Fundamental rights and freedoms are indivisible and interdependent. This is the understanding of the international community, as evidenced in the United Nations statement that “human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis.”⁷¹ A person is the beneficiary of all fundamental rights and freedoms, because they cannot be split or divided. The wholeness of fundamental rights is associated with the recognition that every human being is unique and indivisible.

68 Hugo JEAN, *Contentieux constitutionnel*, feuilles mobiles (consultées le 9 janvier 2018), Juris Classeur Québec – Collection Droit Public, Montréal, Lexis Nexis, 2018, fascicule 4, page 4/20, para 24.

69 *American Convention*, *supra* note 62, art 27; *International Covenant on Civil and Political Rights*, *supra* note 63, art 4.

70 *Vienna Convention*, *supra* note 39, arts 27, 53 and 64.

71 *Vienna Declaration and Programme of Action*, 25 June 1993, art 5, online: <<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/vienna.aspx>>.

D. Irreversibility

The observance of human rights improves the quality of life and well-being of individuals and communities. On the other hand, the violation of rights and freedoms often generates the worst tragedies and human suffering. So, it is logical to argue that one of the main tasks of humanity is never to let go of the achievements in human rights.⁷² Any government project that diminishes the protection of individuals must be seen as unnatural and irrational. The principle of the irreversibility of fundamental rights “prohibits the State, in the absence of compelling reasons, from diminishing the highest level of protection conferred on these rights from the time when the international or constitutional norm which enshrines such rights was imposed on the state.”⁷³ It is the duty of the judges, the guardians of our rights, to refrain from applying domestic reforms that do not recognize essential rights and freedoms that have already been recognized internationally.

E. Progressivity

The implementation of human rights eliminates individual and collective suffering and increases the material and spiritual satisfaction of human beings. This explains why states have an international obligation “to adopt measures, both internally and through international cooperation, especially those of an economic and technical nature, with a view to achieving progressively [...] the full realization of the rights.”⁷⁴ Additionally, each nation-state must “take steps, individually and through international assistance and cooperation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized.”⁷⁵ Authorities have a fiduciary mandate to work diligently, loyally, and in good faith, and always to offer more rights and freedoms to citizens. The contrary, obstructing the progress of human rights, is an express demonstration that the government has become arbitrary, dictatorial and anti-democratic.

72 *International Covenant on Civil and Political Rights*, *supra* note 63, art 5.

73 Isabelle Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, 2008, at 4.

74 *American Convention*, *supra* note 62, art 26.

75 *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 16 December 1966, UNTS vol 993, p 3, art 2.1 (entry into force: 3 January 1976), accession by Canada 19 May 1976), online: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&clang=_en>.

F. Maximization

It is the duty of all state authority, and ultimately of judges, to declare the *pro homine* principle. That is, the implementation of rights and freedoms requires a favourable interpretation of their purpose and scope. The *pro homine* principle is an interpretive criterion derived from article 29 of the *American Convention on Human Rights*. By virtue of this principle, the legal interpretation must always be that which is the most favourable to the human being by applying the wider and more appropriate piece of legislation among the set of rules offered by the different legal orders in force.⁷⁶ The maximization of the notion of rights and freedoms results above all from activism by the social forces that advance humanity. However, it is up to legislators and judges to adopt the legislative or jurisprudential changes necessary to meet the demands of society.

G. The limited power of authorities as well as the restricted scope of the rules of administrative, fiscal, disciplinary, penal, criminal and penitentiary law

The authority imposing a restriction on rights and freedoms is subject to a negative obligation; this obligation requires the authority not to unreasonably infringe upon fundamental legal guarantees. The negative obligation imposes on the authority the duty of non-interference in the exercise of fundamental rights in general and of the rights to individual liberty in particular.⁷⁷ The most important rule in law is that “everything is allowed when the law does not prohibit it,”⁷⁸ in a clear and express way. The legal rules that limit rights and freedoms must not be ambiguous or contradictory, because in the event of doubt about the intention of the legislator, the judge must choose the interpretation that least restricts rights and freedoms. The judge must apply the principles of legality and retroactivity.⁷⁹ The Supreme Court of Canada applies these principles: “But when dealing with a penal statute the rule is that, if in construing a statute there appears any reasonable ambiguity, it is resolved by giving the statute the meaning most favourable to the person liable to penalties.”⁸⁰

76 *American Convention*, *supra* note 62, art 29.

77 *International Covenant on Civil and Political Rights*, *supra* note 63, arts 5, 9, 10, 18, 21 and 22.

78 André Émond, *Introduction au droit canadien*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, p 16.

79 *International Covenant on Civil and Political Rights*, *supra* note 63, art 9.

80 *Paul v La Reine*, [1982] 1 RCS 621, at 633.

6 - JUSTIFICATION OF AN EXCEPTIONAL LEGAL ORDER TO PUT AN END TO AN ARMED CONFLICT

The official version of the history of humanity and nations is the story of winners⁸¹. Victors have historically been able to eliminate, colonize or judge conquered enemies. In other words, victory allows dominant groups to impose their values and interests on dominated groups; this privilege is never a right, but it is an undeniable historical fact. However, the lack of final victory for one of the actors in armed conflict generates a state of permanent war, in which violence manifests itself in the persistent, widespread and systematic violation of human rights and international humanitarian law.⁸² Indeed, the Colombian Constitutional Court has established that the internal armed conflict in Colombia has created a permanent state of unconstitutionality with respect to the issues of forced displacement.⁸³ The UN High Commissioner for Refugees said in a report that Syria, Colombia and Afghanistan are among the countries with the highest number of displaced people in 2016 due to armed conflict.⁸⁴

In situations of permanent armed conflict accompanied by constant violations of the rights of the victims of the conflict (such as the situation of prolonged internal armed conflict in Colombia)⁸⁵, the state loses control of criminal prosecution.⁸⁶ The actors in an armed conflict do not feel that they are subject to the criminal and prison justice system, since the only real regime applicable to them is that of the state of war.⁸⁷

81 Daniel Pastor García et Celada Antonior, « The Victors Write History, the Vanquished Literature: Myth, Distortion and Truth in the XV Brigade » (2012) *Bulletin of Spanish Studies*, vol. 89, no. 7-8, aux pp 307-321.

82 Ovalle Diaz, “justice transitionnelle”, *supra* note 9 at 308.

83 Sentencia de Tutela n° 025/04, Corte Constitucional, 22 enero 2004, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa; Human Rights Watch, « War without Quarter: Colombia and International Humanitarian Law », New York, Human Rights Watch, 1998, au para 168.

84 Haut-Commissariat des Réfugiés des Nations Unies, « Le nombre de personnes déplacées atteint son plus haut niveau depuis des décennies », en ligne : <<http://www.unhcr.org/fr/news/stories/2017/6/5943f3eca/nombre-personnes-deplacees-atteint-haut-niveau-decennies.html>>.

85 Pardo Rueda, *supra* note 1 at 423-621.

86 Ovalle Diaz, *La production*, *supra* note 19 at 167.

87 Sassoli, M., Bouvier A., Quintin A., avec la collaboration de Juliane Garcia, «Un

Only the state of war affects the situation of the armed conflict, and only the victory of one of the warring parties can stop the constant violations of the rights of the victims of the armed conflict.

We could also say that the state of permanent armed conflict has created a favourable climate for armed actors and armed allies since, as is widely recognized, armed conflicts generate significant direct and indirect economic benefits for combatants and allies.⁸⁸ This is why the actors in the armed conflict of Colombia never wanted to address the root causes of the war, because they received international funding to continue fighting, and derived financial advantages from its continuation.⁸⁹

Society is therefore forced to cede certain legal advantages to armed actors who agree to give up their weapons and to end the armed conflict. Ceding legal advantages, even though it looks like disguised amnesty, is the price that must be paid for an incomplete political peace.⁹⁰ For example, in 2002, the President of Colombia, Alvaro Uribe, passed a new law that opened the door to the use of all kinds of legal mechanisms, such as denunciations of suspect behaviour, rewards, cooperation with non-state forces, as well as the granting of individual amnesties or anticipated pardons to any member of an armed group who chose to surrender his weapon.⁹¹

If a society is able to make the transition from war to peace using a transitional justice model, the net collective gain is likely to be greater than the relative and transient personal gain accorded to the actors of the armed conflict who abandon the war. From this point of view, the implementation of the new SJP (or Transitional Exceptional Legal Order) is generally considered internationally as a good initiative by the Colom-

droit dans la Guerre?» Vol I, Présentation du droit international humanitaire, Seconde Édition, CICR, Chapitre 2, à la p 3.

88 Audrey Aknin et Claude Serfati, « Guerres pour les ressources, rente et mondialisation », *Mondes en développement*, vol. 143, numéro 3, 2008, pp 27-42, DOI : 10.3917/med.143.0027, en ligne, CAIRN : <<https://www.cairn.info/revue-mondes-en-developpement-2008-3-page-27.htm>>.

89 Ovalle Diaz, “justice transitionnelle”, *supra* note 9 at 318 et 319.

90 Ovalle Diaz, “*justice transitionnelle*”, *supra* note 8 at 322.

91 *Ley 782 de 2002* [2002], Congrès de Colombie, Journal officiel 45.043, online: Bogotá Jurídica Digital <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6677>> ; *Decreto numero 128 de 2003* [2003], Président de la Colombie, Journal officiel 45.073, online: Bogotá Jurídica Digital <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7143>>.

bian Government, especially if it means the final cessation of an armed conflict when there is no other alternative.⁹²

In situations of internal armed conflict, there are at least three legal orders: state law, state law of armed conflict under international humanitarian law, and *de facto* order imposed by armed actors.⁹³ Insurgent forces gain *de facto* recognition as soon as they exercise effective control over the territory or country where they are fighting, because “the recognition of belligerency allows them to be accorded the international status of a local *de facto* government.”⁹⁴ Thus, final victory can eliminate parallel non-state legal orders and impose a single legal order throughout the state.

The absence of a definitive victory between two parties justifies the negotiation of the end of the armed conflict. In order for this negotiation to be attractive, it is necessary to offset the advantages of the permanent state of war with equivalent advantages in a stable and lasting state of peace. These advantages translate into an exceptional transitional legal order. Transitional justice is the only legal model in which punishment of those responsible for international crimes is harmonized by the need for reconciliation and full reparation of victims.⁹⁵ Indeed, paragraph 5 of article 6 of the *Protocol (II) Additional to the Geneva Convention* of 12 August 1949 states that “at the end of hostilities, the authorities in power shall endeavour to grant the broadest possible amnesty to persons who have participated in the armed conflict, or those deprived of their liberty for reasons related to the armed conflict, whether they are interned or detained.”⁹⁶

Finally, while it is true that the exceptional transitional legal order is not a perfect legal regime, it is still the only legal order capable of

92 Organisation des Nations Unies, 2 décembre 2016, communiqué de presse, « Colombie : l'ONU se réjouit de la ratification de l'accord de paix entre le gouvernement et les FARC », 2 décembre 2016, en ligne : ONU <<https://news.un.org/fr/story/2016/12/348592-colombie-lonu-se-rejouit-de-la-ratification-de-laccord-de-paix-entre-le>>.

93 Ovalle Diaz, *La production*, *supra* note 19 at 260.

94 Nguyen Quoc Dinh et al, *Droit international public*, 8e édition, Paris, LGDJ, 2009, à la p 632.

95 Ovalle Diaz, “*justice transitionnelle*”, *supra* note 9 at 327.

96 *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II)*, 8 June 1977, entry in force: December 7 1978, art 6.5, online: <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/475?OpenDocument>>.

putting an end to armed conflict. It is therefore necessary, in the negotiation of the termination of the conflict, to accept the parallel coexistence of an existing general legal order and an imperfect transitional legal order, because the latter is the only one that can enable the withdrawal of actors from the armed conflict.

7 - BETWEEN THE RIGHT TO PEACE AND EQUALITY BEFORE THE LAW: A DIFFICULT CHOICE FOR COLOMBIA

Peace is a necessary but not sufficient condition to achieve the full enjoyment of all rights and freedoms in a society.⁹⁷ Without peace, armed conflict leads to the most serious violations of rights and freedoms. Similar systematic and widespread violations of human rights can also occur in situations of absolute dictatorship and apartheid.⁹⁸ Fortunately, one of humanity's overriding goals has always been the creation of conditions to overcome or avoid situations of armed conflict and to maintain a stable and lasting peace.⁹⁹ For this reason, the *Charter of the United Nations* establishes in article 1 that it is important to maintain peace and international security and for this purpose aims:

[...] to take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace.¹⁰⁰

It is important to stress that peace is a fundamental right in the international legal order and has the same value in all national legal systems. For this reason, the Political Constitution of Colombia states in ar-

97 Ovalle Diaz, "justice transitionnelle", supra note 9 at 327.

98 Ovalle Diaz, "justice transitionnelle", supra note 9 at 332.

99 Ovalle Diaz, *La production*, supra note 19 at 33.

100 *Charter of the United Nations*, 26 June 1945, Can TS 1945 No 7, art 1.1, online: <<http://www.un.org/en/charter-united-nations/>>.

ticle 22 that “peace is a right and a duty of obligatory fulfillment.”¹⁰¹

On the other hand, the equality of all before the law is also a universal standard laid down in various international texts. For example, the *American Convention* (1969) states in its first article

The States Parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognized herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms, without any discrimination for reasons of race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth, or any other social condition.¹⁰²

Equality before the law does not require that all people be subject to the same piece of legislation, but rather that all human beings are subject to a just and not arbitrary legal order.¹⁰³ In addition, the legal standard specific to each person may vary according to the particular status of a legal subject, the time and the territory in which he or she finds himself or herself.¹⁰⁴ This is why minors are not subject to the same penal norm as adults;¹⁰⁵ why, at the time of sentencing, Aboriginal adults benefit from specific principles of sentencing under the *Criminal Code*;¹⁰⁶ why new offences do not have retroactive effect on actions that were later defined as crimes (principle of freedom from ex post facto laws);¹⁰⁷ why certain behaviours that are prohibited in public are allowed in private, and why Colombian women have access to pension plans at a younger age than men.¹⁰⁸ There are countless other examples of laws that recognize differential rights, freedoms and obligations.

Since international and national standards constantly make such distinctions, it can be inferred that equality before the law is not an abso-

101 *Constitución Política de Colombia*, supra note 37 art 22.

102 *American Convention*, supra note 62, art 1.

103 Lussier, S., «Primaute du droit, Égalité devant la loi et autres principes non écrits de notre constitution», (2013) *Revue de droit de McGill*, Vol. 58, à la p 1031 [Lussier].

104 *Ibid*, at1036.

105 *Youth Criminal Justice Act*, SC 2002, c 1.

106 *Criminal Code* (RSC, 1985, c C-46), art 718.2, e); C169 – *Indigenous and Tribal Peoples Convention*, adopted 27 June 1989, entry into force: 5 September 1991, art 10.

107 *American Convention*, supra note 62, art 9.

108 *Régimen de la Seguridad Social en Colombia (Ley 100 de 1993)*, art 33.1 et 65.

lute right.¹⁰⁹ For example, international human rights law prohibits unjustifiable discrimination that affects human dignity.¹¹⁰ Indeed, respect for human rights is a necessary condition for any “political regime to be eligible as a respectable member of a just political society of the people.”¹¹¹ In order to promote substantive equality, rather than simple formal equality, international human rights standards therefore recommend the creation of special measures or “positive discrimination” measures to favour the most vulnerable groups. Two such measures are article 1.4 of the *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*¹¹² (1965) and article 4 of the *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*¹¹³ (1979). Another example is the inter-American jurisprudence in the case *Villagran Morales et al v Guatemala* (which dealt with extrajudicial executions of homeless children), where the Inter-American Court recognized that article 19 of the *American Convention* includes many special protections for street children, such as the right to protection against discrimination, special assistance for children separated from their family environment, the right to adequate living conditions, and the social rehabilitation of abandoned or exploited children.¹¹⁴ The framework of Colombia’s peace agreement also allows for the implementation of certain special measures to favour, for example, minors who participated in the internal armed conflict (child soldiers) and women who were victims of the armed conflict.¹¹⁵

On the other hand, the principle of equality before the law states that in order to ensure rights and freedoms, all people must obey certain rules of behaviour.¹¹⁶ However, in a free and democratic society, people who do not respect their obligations and who violate the rights of others

109 Lussier, *supra* note 101 at 1037.

110 Ovalle Diaz, *La production*, *supra* note 19 at 153.

111 John Rawls, *Le droit des gens*, Paris, éditions esprit, 1996, à la p 88.

112 *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, 7 March 1966, 660 UNTS 195 (entry into force: 4 January 1969), art 1.4, online: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&clang=en>.

113 *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, 18 December 1979, 1249 UNTS 13 (entry into force: 3 September 1981), art 4.

114 Case of the « street children » v Guatemala (*Villagran Morales et al*) Judgment of 19 November 1999, Series C, No 63, au para 191 and 196.

115 *Acto Legislativo* No. 01 (4 abril 2017), *supra* note 32 at artículo Transitorio 1, parágrafo 1.

116 Lussier, *supra* note 101 at 1028.

do not lose their fundamental rights. Even the worst criminals have the right to a fair trial and judicial guarantees. This principle also applies to war criminals, even if they have committed unimaginable crimes.¹¹⁷

The implementation of an exceptional transitional model of justice represents the best available tool to deal with the conflict between the right to peace and equality before the law. Transitional justice is an example of different application of justice to a particular group of people, otherwise of people identifies as criminals, where standards of equality before the law must be balanced with the right to peace. Society grants a benefit to alleged war criminals who have not been defeated in combat but who agree to surrender their weapons and to be tried in a transitional justice system.

CONCLUSION

Transitional justice regimes should never be the rule, but the exception in cases of overwhelming circumstances. In other words, they must be used as a last resort, if and only if, the only other alternative is permanent war. Transitional justice therefore seeks to transform a permanent armed conflict into a lasting and stable peace. While it is true that the decision to negotiate a transitional justice mechanism to put an end to an armed conflict is a purely political debate, the content of the political negotiation that results in the domestic pieces of legislation is rather a question of constitutional justice. Colombian courts therefore have the jurisdiction and the obligation to rule on the constitutionality and the conventionality of the domestic laws derived from the 2016 peace agreement, both in general and on a case-by-case basis. More specifically, if the Colombian judiciary exercises constitutional and conventional controls appropriately, it will be able to prevent international justice from exercising, in a supplemental manner, its jurisdiction over the peace agreement. Otherwise, the international bodies could declare that Colombia has violated its international obligations and could take charge of the jurisdiction of a case. For example, if the Colombian justice system makes a mistake or lacks the will to prosecute, the inter-American system for the protection of human rights and the International Criminal Court

117 Gasser, H-P., « Respect des garanties judiciaires fondamentales en temps de conflit armé: le rôle du délégué du CICR » dans *RICR*, n 794, mars-avril 1992, à la p 129 à 152.

may intervene.¹¹⁸ Article 44 of the *American Convention on Human Rights* and articles 15.2, 15.3 and 19.3 of the *Rome Statute of the International Criminal Court* authorize any person or group of people (especially conflict victims) to file motions or reports of human rights violations. These complaints will be heard according to the rules of procedure of the inter-American system for the protection of human rights or the International Criminal Court.

International humanitarian law, international human rights law, exceptional transitional justice (transitional legal order), the general law of Colombia (the permanent legal order) and indigenous jurisdiction (ancestral legal order) are the five main legal orders in force in Colombia.¹¹⁹ The control of conventionality is a complex interpretive exercise that favours the resolution of conflicts between different legal orders and legal rules belonging to the same legal system. This exercise of interpretation can be carried out by applying the theory of legal pluralism, since this school of thought accepts the coexistence of several competing legal orders. Indeed, legal pluralism does not seek to establish hierarchies between the different legal orders. Rather, legal pluralism treats each legal order as an equally important potential source of rules that can be applied to a specific case. It is the responsibility of the national judge to choose and apply the most appropriate and useful rules to resolve conflicts of law. At the same time, the choices must respect the universal principles of law that favour the maximum recognition of rights and freedoms. In other words, the respect for human dignity, which is a source of legitimacy of the law, must be upheld.¹²⁰

The control of conventionality as a judicial mechanism, legal pluralism as a new general theory of law, and universal interpretative principles for the realization of human rights constitute a toolbox that international law offers to judges in Colombia to successfully implement the 2016 peace agreement. However, the inoperability or misuse of these tools will allow survivors of Colombia's internal armed conflict to use international law to complain to international authorities. The inter-American system provides an alternative to individuals whose human rights have been violated: When states fail to provide the appropriate protection, domestic litigants may initiate international judicial remedies for

118 *Rome Statute*, supra note 10, art 17 b).

119 Ovalle Diaz, "justice transitionnelle", supra note 9 at 329.

120 Ovalle Diaz, *La production*, supra note 19 at 153.

the protection of human rights as needed. This is how in the past, the survivors of the dictatorship in Chile¹²¹ and the internal armed conflict in El Salvador¹²² used the inter-American system of human rights protection.

In general, the 2016 Colombia Peace Agreement appears to be consistent with international human rights standards. The legal rules derived from this agreement are subject to judicial review to confirm or invalidate their constitutionality and their conventionality. The most significant challenges of implementing the peace process in Colombia are not of a legal nature; because judicial review of constitutionality and conventionality has the ability to address all of the legal issues. However, the principal challenge to the implementation of this peace agreement is political: the ruling class of Colombia does not now appear to be willing to shoulder the responsibility that history has conferred upon it to fulfill the agreement.

121 *Almonacid Arellano*, *supra* note 18

122 *Rochac Hernández et al v El Salvador* (October 14, 2014), Inter-Am Ct HR (Ser C) No 285.

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: POSSIBILIDADES PARA O BRASIL REVOGAR A LEI DE ANISTIA

SÉRGIO TIBIRIÇÁ AMARAL¹

1 - INTRODUÇÃO

O artigo busca uma solução para alguns julgamentos envolvendo o Brasil na chamada a Justiça de Transição, em especial o caso Guerrilha do Araguaia vs. Brasil ou Gomes Lund vs. Brasil e outros julgamentos, como Vladimir Herzog vs. Brasil. Utilizando-se dos métodos indutivo e dedutivo foi feita uma pesquisa em obras da doutrina nacional e estrangeira, bem como à jurisprudência da Corte Interamericana e alguns tribunais escolhidos dentro do recorte temático. Buscou-se demonstrar a inconsistência de uma decisão do Supremo Tribunal Federal ao apreciar um caso em desacordo com outra sentença prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. O objetivo da pesquisa foi contribuir para que a trajetória traçada pelos direitos humanos não seja ignorada por aqueles que não experimentaram os dissabores de sua conquista. É um caso que envolve pessoas que violaram direitos humanos dentro de um período chamado de Transição e buscou-se apontar os caminhos para que a Lei de Anistia seja revogada. Os direitos violados pelos chamados crimes de lesa-humanidade, desaparecimento força e tortura precisam ser apurados, a exemplo do que aconteceu em outros países, como a Argentina. São relatadas quatro possibilidades de soluções para o não cumprimento da decisão de revogação total da Lei de Anistia do Brasil. Deve prevalecer a decisão da Corte IDH e não a sentença do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, o trabalho abordou os conflitos que se colocaram em

1 Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino – ITE de Bauru. Professor do Mestrado e Doutorado da mesma instituição. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar. Especialista em interesses difusos pela Escola Superior do Ministério Público-SP-Toledo Prudente Centro Universitário. Coordenador da Faculdade de Direito de Presidente Prudente / FDPP da Toledo Prudente Centro Universitário e professor titular da disciplina de Teoria Geral do Estado e Direito Internacional e Direitos Humanos da FDPP. Membro da Associação Colombiana de Derecho Procesal Constitucional e da Associação Brasileira de Justiça Constitucional e miembro da Asociación Mundial de Justicia Constitucional. E-mail: sergio@unitoledo.br ou coord.direito@toledoprudente.edu.br.

virtude da coexistência dos sistemas normativo nacional e internacional na proteção dos direitos humanos, mas aponta os caminhos, a Justiça Multinível. Há um grave conflito diante decisões diametralmente opostas no que tange à validade da Lei nº 6.683/79. A sentença da Corte IDH considerou inválida a Lei de Anistia brasileira e de outro, o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 que reconheceu sua recepção pela Constituição Federal de 1988.

A chamada “justiça de transição” é detalhada dentro do recorte, o período que sucedeu a Ditadura Brasileira, um regime de exceção que terminou com uma lei de anistia, como é o caso da Lei nº 6.683/79.

Abordou-se algumas das formas de implementação das decisões da Corte IDH, buscando uma efetiva proteção dos direitos humanos para o Brasil. Buscou-se defender os direitos e garantias fundamentais da população daqueles que sofreram com o período da Ditadura Militar no Brasil.

As soluções doutrinárias estão explicadas em capítulo próprio, mas a discussão reflete em outros países signatários da Organização dos Estados Americanos e deve ganhar importância com os possíveis julgamentos envolvendo a Colômbia e seu procedimento envolvendo as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC).

2 - COMISSÃO E AS ALEGAÇÕES

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é uma importante ferramenta de proteção, mas possui como único órgão de entrada das demandas a Comissão Interamericana, que alcança todos os membros da OEA, pois tem como base a Carta da Organização dos Estados Americanos. Essa é uma diferença importante com modelo da Europa, no qual está o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que nos casos de demandas individuais apresenta como legitimados ativos qualquer pessoa física, organização não governamental ou grupo de particulares “que se considere vítima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos em el Convenio Europeo de Derechos Humanos o Sus Protocolos”². Além disso, o tribunal europeu é de caráter permanente e tem um magistrado de cada um dos Estados-

2 CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés. Recursos y procesos para la protección de los derechos humanos em el ámbito europeo, em Sistemas regionales de protección de derechos humanos, p. 69-72.

-membros. Os dois órgãos americanos se reúnem em sessões periódicas e nem todos os países têm magistrados e comissionados, o que ocorre no Tribunal Europeu que funciona de modo permanente e com um magistrado de cada Estado.

A finalidade da Comissão é “a promoção dos direitos humanos”, na interpretação do parágrafo 23, que estabelece “certas atribuições da Comissão IDH³, incluindo recomendações e juízos de admissibilidade. A base é sempre marcar posição da jurisprudência da Corte IDH, a fim de garantir que todos os tratados de direitos humanos sejam implementados nas Américas.

O artigo 106 da Carta da OEA diz: “haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria”. Como revela Néstor Pedro Sagüés⁴, esse órgão pode fazer um controle de convencionalidade não jurídico, pois “a Comissão também pode reputar como inválidas as normas internas que violam o Pacto de San José da Costa Rica ou Convenção Americana”.

A Comissão, com sede em Washington, faz parte de um Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos⁵, com dupla vinculação prevista na Carta da OEA e a Convenção. Faz um papel de fiscalizar os tratados no âmbito das Américas, mas também controla os tratados da Organização das Nações Unidas, como as Leis de Genebra, por exemplo.

Na tentativa de uma solução amistosa nos casos *Julia Gomes Lund vs. Brasil (Guerrilha do Araguaia)* e *Vladmir Herzog vs. Brasil*, ambos envolvendo “Justiça de Transição”, a Comissão propôs que fosse revogada a Lei da Anistia. Apontou as medidas jurídicas e políticas visando a não repetição de violações graves de direitos humanos, bem como a criação de uma comissão da verdade, bem como revogação da Lei de Anistia. Nessa solicitação houve uma tentativa de um tipo de controle de convencionalidade, que não é jurídico, mas político ou diplomático. No caso de um país-membro aceitar revogar uma legislação contrária aos tratados sem o julgamento na Corte, como foi o caso *Maria da Penha vs. Brasil*, fica estabelecido uma adequação das normas internas ao Pacto. O caso *Herzog* também foi apresentado na Comissão.

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos – Opinión Consultiva OC-13/94

4 SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Obligaciones Internacionales y control de convencionalidad*, p. 117.

5 Foi criada em 1959 mediante a Resolução VIII da Quinta Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores.

No tocante o direito à verdade, que o Brasil aceitou desde a petição na Comissão IDH. Em 2014 o órgão da OEA, em seu informe sobre o “Direito à verdade nas Américas”, enfatizou a importância da veracidade dos fatos ocorridos em tempos de repressão, como instrumento indispensável à justiça de transição:

48. [...] o direito à verdade representa um dos pilares dos mecanismos de justiça transicional, entendida como uma variedade de processos e mecanismos associados às tentativas de uma sociedade de resolver os problemas derivados de um passado de abusos em larga escala – a fim de que os responsáveis prestem contas de seus atos –; serve à justiça e alcança a reconciliação. (tradução nossa⁶):

A Comissão fez visitas *in loco* aos Estados no caso Gomes Lund vs. Brasil (Guerrilha do Araguaia)⁷. A finalidade é sempre de averiguar aspectos referentes aos casos específicos em trâmite, a fim de produzir provas e, ainda a finalidade de elaborar relatórios sobre a situação geral dos direitos humanos nos países visitados. Esse órgão não jurisdicional tem ainda outras importantes funções, como divulgação e promoção de eventos, encontros com grupos, além de diversas relatorias, que se dedicam a temas relevantes.

Alguns temas importantes foram discutidos na Comissão, entre os quais subsidiariedade dos tribunais internacionais e requisitos como esgotamento dos recursos internos. A respeito do primeiro requisito de admissibilidade, Antonio Augusto Cançado Trindade⁸ ressalta “o esgotamento de recursos internos no direito internacional”, pode ser descartado. No caso Guerrilha do Araguaia, esse requisito foi mitigado devido à demora de apuração de 1969 quando ocorreram os fatos até 2009. Pelo art. 44, §

6 Texto original: “[...] el derecho a la verdad conforma uno de los pilares de los mecanismos de justicia transicional, entendida como una variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala -a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos-; servir a la justicia y lograr la reconciliación.”

7 CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Caso Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. República Federativa do Brasil: demanda perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos de 26 de março de 2009. Caso 11.552. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/corte/Caso11552port.doc>>. Acesso em 15 de jan. 2019.

8 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. O esgotamento de recursos internos no direito internacional. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 23.

2º, a Comissão dispensa o esgotamento dos recursos internos quando houve demora injustificada da solução proveniente dos recursos internos. Para Antonio Augusto Cançado Trindade⁹, “todo procedimento se desenrola diretamente entre a própria Comissão e o Estado reclamado.”

Por outro lado, o Brasil fez exceções preliminares, buscando escapar de uma condenação, buscando estabelecer a incompetência pela *ratione temporis* baseada na reserva temporal que o Estado brasileiro estabeleceu na ocasião do reconhecimento da competência contenciosa da Corte IDH. No entanto, foi rechaçada essa alegação por se tratar de delito permanente (sequestro e cárcere privado), que perdura a consumação enquanto o ofendido estiver submetido à privação de sua liberdade de locomoção.

Nesse sentido, a Súmula nº 711 do Supremo Tribunal Federal, diz: “[a] lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência”.

Houve ainda na comissão a alegação brasileira de quarta instância rechaçada pela assinatura da Corte como órgão subsidiário, que vai auxiliar nos casos de falhas nos julgamentos efetivados pela Justiça brasileira.

Finalmente, a última alegação foi à falta de legitimidade dos petionários, também rejeitada. No seu artigo 44, estabelece quem são os legitimados para apresentar uma petição junto à Comissão qualquer pessoa ou organismo que tenha sede no Brasil. Não há necessidade de ser parente, pois qualquer pessoa pode peticionar em especial. Depois disso, o caso seguiu para Corte IDH.

3 - CORTE INTERAMERICANA E O CASO

Algumas questões são importantes antes de analisar o caso, como o princípio da boa-fé, que rege o Direito Internacional Público. Portanto, os Estados que são signatários do Pacto devem cumprir essas obrigações internacionais assumidas com a ratificação. O Estado brasileiro ratificou e faz parte da Convenção por meio da promulgação feita pelo decreto 678, reconhecendo a competência contenciosa da Corte Interamericana dos Direitos Humanos em 1998, através do Decreto Legislativo 89, estando sujeito aos deveres da Convenção Americana como explicam

9 CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. O esgotamento de recursos internos no direito internacional. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 233.

Valério de Oliveira Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes¹⁰.

O Brasil quando da criação da Convenção Americana vivia sobre uma Ditadura Militar e, embora tenha assinado o Pacto acabou se engajando por meio da ratificação apenas no período democrático em 25 de setembro de 1992. Foi quando após a carta de adesão ao pacto que este passou a ocupar lugar em no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, ocasião em que foi promulgado.

Como é um princípio de que o tempo rege o ato, essa data deve ser levada em conta dentro do que Néstor Pedro Sagüés o chamado de princípio com o efeito útil das convenções ou tratados, que não devem ser desobedecidos pelas normas internas¹¹.

Os signatários da Convenção Americana enriquecem o rol dos bens jurídicos e os direitos humanos por eles tutelados, incorporando para sua esfera protetiva uma extensa lista de direitos civis e políticos, distribuídos em seus 82 artigos. Em destaque, os compromissos com o direito à personalidade jurídica (art. 3º), o direito à vida (art. 4º), o direito à integridade pessoal (art. 5º), a proibição da escravidão e da servidão (art. 6º), o direito à liberdade pessoal (art. 7º) e, inclusive, com as garantias judiciais (art. 8º), bem como outros presentes nos julgamentos envolvendo o Brasil. Esses são os direitos questionados no caso *Vladimir Herzog vs. Brasil*.

Pela ratificação do Pacto, o Brasil se submete à Corte IDH, um órgão judicial autônomo criado para aplicar e interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados de direitos humanos no âmbito das Américas. Juntamente com a Comissão, órgão da OEA, fazem parte do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SI-PDH). A Corte é composta por sete juízes, nacionais dos Estados – Membros da OEA, eleitos a título pessoal entre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos.

Há dois tipos de competência da Corte IDH: consultiva e contenciosa, segundo o art. 2 do Estatuto da Corte IDH, sendo o julgamento feito na função jurisdicional regida pelos artigos 61, 62, e 63 da Convenção, depois de juízo de admissibilidade na Comissão.

10 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 2009. p.7.

11 SAGÜÉS, Néstor Pedro. “El control de convencionalidad”, em *el Sistema Interamericano y sus anticipos em el ámbito de los derechos ecónimos-sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo*, p. 2.

Para Flávia Piovesan¹² há um poder de adjudicar disputas relativas à denúncia de que um Estado parte violou a Convenção. Ao realizar tal atribuição, a Corte exerce a chamada jurisdição contenciosa, enquanto que na consultiva interpreta os tratados da OEA.

Para esta apreciação há um caso de muita importância, *Gomes Lund vs. Brasil*¹³, no qual temos uma sentença da Corte IDH, que conflita com outro julgamento definitivo em nível interno proferido pelo Supremo Tribunal Federal em uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que considerou a Lei de Anistia como válida no Brasil. A decisão do STF foi tomada pela maioria¹⁴. Essa decisão confronta o entendimento da jurisprudência e as decisões da Corte IDH, que os juízes nacionais devem transplantar no âmbito das nações os entendimentos do órgão supranacional, como revela Néstor Pedro Sagüés¹⁵, citando Armin Bogadandy num artigo dentro de um estudo feito sob a coordenação Cláudia Escobar García no Equador.

O Caso da Guerrilha do Araguaia vs. Brasil tem origem com fatos que se deram durante a Ditadura Militar no Brasil, período no qual o Brasil discutia a assinatura do Pacto, em 1969, quando vários grupos ligados aos partidos e movimentos de esquerda buscaram uma guerrilha rural, nos moldes do movimento ocorrido na “Sierra Maestra”, em Cuba. A finalidade era promover uma revolução e implantar uma Ditadura do Proletariado nos moldes preconizados por Karl Marx e Frederic Engels.

Em 2009, a Comissão repassa ao tribunal das Américas uma demanda contra o Brasil, na qual constavam crimes de tortura, detenções arbitrárias e o desaparecimento forçado de setenta pessoas, dentre outros, que atingiram não apenas pessoas do chamado movimento socialistas, mas também camponeses moradores da região que erram simpatizantes e alguns filiados do Partido Comunista Brasileiro.

A Ditadura se instalou no governo do Presidente-General Humberto de Alencar Castelo Branco, que derrubou o então presidente João Goulart. Logo em seguida, ocorreram cassações dos direitos políticos da-

-
- 12 Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.220.
 - 13 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros versus Brasil (Sentença 24 de novembro de 2010).
 - 14 Art. 23. *Quorum*, do Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos.
 - 15 SAGÜÉS, Néstor Pedro. “El control de convencionalidad”, em el Sistema Interamericano y sus anticipos em el ámbito de los derechos ecónimos-sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo, p.4.

queles que eram contra a Ditadura Militar, em especial políticos da chamada esquerda, além de outras medidas de força como aposentadoria de professores e membros do Poder Judiciário. No período inicial também são relatadas perseguições aos chamados terroristas que faziam guerrilha urbana e rural, bem como outras pessoas que eram contra o governo ou apenas críticos do sistema.

O principal foco rural de resistência e tentativa de implantar o socialismo foi à guerrilha montada nas proximidades no rio Araguaia, que tinha como objetivo criar uma força popular como um exército, para derrubar os militares e implantar uma Ditadura do Proletariado. Entre as várias medidas para coibir o chamado “terrorismo” ou subversão, surgiu o Ato Institucional n.5 (AI-5), que conseqüentemente trouxe uma rigidez maior do governo militar, com suspensão do habeas-corpus e outras garantias. Isso permitiu o envio de tropas para combater os guerrilheiros do Araguaia.

Durante o governo do general Emílio Garrastazu Médici um contingente de cinco mil homens foi deslocado ao local para eliminar os guerrilheiros, na chamada “Operação Marajoara” que ocorreu em 1973. Todos os soldados tinham ordens para não fazer prisioneiros e em quatro meses derrotaram a guerrilha que começou em 1969, segundo Hélio Gaspari¹⁶.

No Tribunal Internacional o estado brasileiro foi condenado por não investigar, julgar e condenar os militares responsáveis pelas violações aos guerrilheiros, bem como moradores locais simpatizantes do movimento. A sentença estabelece que o Brasil deve conduzir uma investigação penal dos fatos ocorridos no Araguaia aplicando as devidas sanções.

Nos dois casos (Gomes Lund vs. Brasil e Herzog vs. Brasil) demonstram o mesmo caráter da discussão doutrinária e jurisprudencial, qual sejam, há grandes e graves violações dos direitos humanos durante ditadura militar junto com a ineficácia da implementação das decisões da Corte IDH.

O primeiro caso que chegou a Corte IDH que se tratava da punição dos militares brasileiros era o caso Gomes Lund e desde sua sentença final não há previsão do cumprimento da decisão do tribunal desde os anos de 2009/2010. Tempos depois chegou o caso de Vladimir Herzog e nada das apurações havia sido feito depois da sentença. A Lei de Anistia continua impedindo as punições, embora se reconheça avanços no tocante ao pagamento de indenizações, medi-

16 GASPARI, Elio. **A Ditadura Escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 441.

das de não repetição, por exemplo.

O governo brasileiro desde que ratificou o Pacto San José se propõe a proteção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, principalmente quando pelo entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal que os direitos dos tratados são supraleais e se forem aprovados com quatro votações de 3/5, segundo Emenda n.45, tem status de emenda constitucional.

É neste viés doutrinário que percebemos o quão burocrática é a execução das sentenças dos casos (Gomes Lund e Herzog), com uma deficiência no sistema normativo que dificulta a execução das decisões. Então se torna necessária construção de alternativas para cumprimento das decisões.

Flávia Piovesan¹⁷: diz: “O princípio da prevalência dos direitos humanos foi um argumento constitucional politicamente importante para obter no Congresso a tramitação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”.

No Brasil as decisões internacionais não suscetíveis à homologação já que estão vinculadas pela ratificação de um tratado, logo não precisam também de quaisquer normas que regularizem seu ingresso. Portanto, não há justificativa para justificar o inadimplemento de uma decisão transitada em julgado no tribunal do continente, diferentemente de outros países da América Latina que fazem essa regulamentação como ressalta Flávia Piovesan¹⁸.

Ao contrário, a Constituição estabelece nos termos do art. 5º, § 1º “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Essas normas nomeadas de “*enabling legislation*” visam facilitar a efetuação das sentenças dos Tribunais Internacionais, cumprindo integralmente a questão de indenizações, todavia tendo uma falha na realização de investigar, punir e condenar aqueles que infringiram o Pacto de San José, como diz Viviana Krsticevic¹⁹.

17 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.100.

18 PIOVESAN, Flávia. Implementation through intrastate levels of government, including federal, state/provincial and municipal jurisdictions. In: Working session on the implementation of international human rights obligations and standards in the Inter-American System, 2003, Washington. Anais eletrônicos... Washington: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2003. Disponível em: <www.internationaljusticeproject.org/pdfs/Piovesan-speech.pdf>. Acesso: 17 de jan. 2019.

19 KRSTICEVIC, Viviana. Reflexões sobre a execução das decisões do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: CENTRO PELA JUSTIÇA E

No Brasil existiu um projeto para a criação dessas normas de execução, todavia ele atualmente está em tramite, sem previsão votação. Tal projeto foi elaborado pelo deputado Marcos Rolim no ano de 2000, era o projeto de lei nº 3214.

Caso está norma fosse levada a adiante seria de grande avanço de tal maneira que o cumprimento das decisões internacionais aumentaria a capacidade do nosso sistema interno. No entanto, há necessidade de regular as questões pretéritas, como as citadas com sentenças válidas e acompanhamento destas pela Corte IDH.

4 - JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: INDISPENSÁVEL PARA DEMOCRACIA

A expressão “transição” tem origem no latim *transitione*, com as conceituações: “1. ato ou efeito de transitar. 2. Trajeto, trajetória. 3. Passagem de um lugar, de um assunto, de um tom, de um tratamento, etc., para outro”²⁰ e reflete, em sua acepção, um vocábulo que permeia mudanças no transcorrer de lapsos temporais – ainda que ínfimos –, inevitáveis frente às vicissitudes do mundo terreno.

A justiça de transição é no direito uma expressão designada para compreender e englobar os tratamentos sistematizados de várias ordens feitos para lidar com as consequências experimentadas por violações passadas de direitos humanos em grande escala. Normalmente, as violações estão registradas em períodos de repressão ou conflito, em ditaduras. São abordagens sistemáticas que são consoantes ao progresso moral da humanidade visam possibilitar a instauração de uma ordem nova, pacífica, justa e democrática.

Para Ruti Teitel²¹: “La justicia transicional puede ser definida como la concepción de justicia asociada con períodos de cambio político, caracterizados por respuestas legales que tienen el objetivo de enfrentar

O DIREITO INTERNACIONAL (Org.) Implementação das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: jurisprudência, instrumentos normativos e experiências nacionais. Rio de Janeiro: CEJIL, 2009, p. 40.

20 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 4. ed. Curitiba: Editora Positivo, 2009, p.1977.

21 TEITEL, Ruti G. Genealogía de la Justicia Transicional. In: **Harvard Human Rights Journal**, vol. 16, p. 59-94, 2003. Disponível em: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2059/Teitel_Genealogia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 05 mar. 2019, p.69.

los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores”. Portanto há processos e julgamentos, depurações e reparações que se realizam após a mudança de um regime político ditatorial para o democrático, incluindo a comissão da verdade.

O Centro Internacional para a Justiça Transicional (ICTJ), organização internacional sem fins lucrativos que promove e defende os direitos humanos e faz um trabalho de amparo às sociedades em processo de transição, traz contribuições. A entidade oferece suporte à recuperação dos direitos do homem como uma realidade e às maneiras de recuperar a confiabilidade nas instituições públicas. No sítio eletrônico retrata importantes questões acerca das medidas transicionais, as quais se revestem de grande valia frente aos resquícios de intensas supressões de direitos universalmente reconhecidos:

“Las atrocidades masivas y los abusos sistemáticos destruyen las sociedades y su legado puede producir fragilidad: ocasionando debilidad, inestabilidad, politización y escasez de recursos a instituciones políticas y judiciales como el Parlamento, los tribunales, la policía y la Fiscalía. De por sí, las violaciones de derechos habrán socavado la confianza que los ciudadanos pudieran tener en la capacidad del Estado para salvaguardar sus derechos y su seguridad. Y será frecuente que las comunidades estén destrozadas y muy debilitadas las organizaciones sociales y políticas”.

Sob essa perspectiva, o ICTJ ressalta que, uma vez permitida, seja de forma expressa ou velada, a violação dos direitos humanos em determinado Estado – ou até mesmo pelo próprio Estado –, tal abertura deixa sequelas das mais variadas ordens e das quais não se é possível esquivar. Superado um período marcado por ofensas que lesam a humanidade, a sociedade que permanece passa a carregar um descrédito com relação às instituições públicas e governamentais dado que essas, se não participaram ativamente das atrocidades registradas, ao menos foram coniventes à sua realização sistematizada. Nesse contexto, os direitos humanos parecem se tornar uma realidade inalcançável, algo que se mantém apenas no campo teórico, sem justiça social de reparação e reconstrução.

Esse terreno de descrédito pós-massificação de ofensas aos direitos humanos urge medidas que sejam capazes de restabelecer uma tranquilidade e segurança às comunidades sobreviventes, medidas que tenham um olhar para o tempo passado visando às devidas responsabilização e reparação das violações perpetradas, bem como uma visão *pro*

futuro objetivando a implementação de ações capazes de resgatar ou até mesmo criar um Estado que zele pela democracia e pelos direitos inerentes aos seus cidadãos.

Ivan Cláudio Marx²², “ hay un cierto respecto a la necesidad de tomar actitudes para garantizar el respeto al derecho a la verdad, a la reparación y la justicia. Además, es dable destacar también la necesidad de depuración de las instituciones democráticas. En ese contexto, y principalmente em lo que se refiere a la efectivización del derecho a la justicia, las leyes de amnistías surgen como impedimentos basados em la alegación de que los reclamos por la paz social pueden rechazar y anteponerse a la necesidad de justicia.”

A justiça de transição, portanto, se desenvolve sobre três pilares: direito à verdade, direito à reparação e direito à justiça. Embora diferentes em sua essência, em matéria transicional tais direitos complementam-se mutuamente. A fruição do direito à verdade permite alcançar a clareza das circunstâncias nas quais se desenvolveram as ofensas sistematizadas e somente em virtude dessa elucidação é possível o exercício do direito à reparação, o qual visa oferecer às vítimas uma indenização pelas violações experimentadas buscando a restauração mais próxima possível do *status quo ante bellum*. O direito à justiça, no que lhe concerne, é satisfeito quando os direitos à verdade e à reparação são atendidos em concomitância com a devida responsabilização dos agentes envolvidos nos crimes de lesa-humanidade.

No tocante à imprescindibilidade dos direitos violados e possibilidade de apuração pela da justiça transacional, no caso das Américas, há um relatório do Conselho de Segurança da ONU denominado “O Estado de Direito e a justiça transicional em sociedades de conflito e pós-conflito”:

“Entre estas medidas, hay un cierto respecto a la necesidad de tomar actitudes para garantizar el respeto al derecho a la verdad, a la reparación y la justicia. Además, es dable destacar también la necesidad de depuración de las instituciones democráticas. En ese contexto, y principalmente em lo que se refiere a la efectivización del derecho a la justicia, las leyes de amnistías surgen como impedimentos basados em la alegación de que los reclamos por la paz social pueden rechazar y anteponerse

22 MARX, Ivan Cláudio. *Justicia Transicional: necesidad y factibilidad del juicio a los crímenes cometidos por los agentes del Estado durante la última dictadura militar en Brasil*. 1. ed. La Plata: Al Margen, 2013, p. 24.

a la necesidad de justicia”²³

Sendo assim, todas as providências transicionais devem suprir as lacunas dos Estados. A finalidade é não afastar os valores de justiça, paz e democracia, ao contrário, tomar providências das mais diversas para aproximação fática dos comandos que esses princípios sugerem por meio das providências variadas, como apuração dos crimes, julgamentos, criação de comissões da verdade e o pagamento de indenizações. Somente a combinação de diligências das mais variadas possíveis, pode amenizar os problemas e servir de exemplo para futuras gerações.

Pacificada na doutrina e na jurisprudência internacionais, as obrigações estatais diante da chamada justiça de transição que traz os deveres de: (a) adotar medidas razoáveis para obstar futuras violações de direitos humanos, (b) disponibilizar mecanismos e instrumentos que permitam a elucidação de fatos marcados por violência, (c) formalizar um aparato legal capaz de promover a responsabilização dos agentes que tenham praticado violações de direitos e (d) viabilizar a reparação dos danos materiais e morais causados às vítimas.

No julgamento do caso *Velásquez Rodrigues vs. Honduras*²⁴ surge primeira vez sobre a obrigação estatal de prevenir violações futuras:

174. O Estado está no dever jurídico de prevenir, razoavelmente, as violações dos direitos humanos, de investigar seriamente com os meios ao seu alcance as violações cometidas dentro do âmbito de sua jurisdição a fim de identificar os responsáveis, de impor-lhes as sanções pertinentes e de assegurar a vítima uma adequada reparação.

Dessa forma, ao lado dos tratados internacionais sobre direitos humanos, doutrina e jurisprudência se unem para formar o “*corpus iuris* internacional”, o qual se põe como fonte de subsídios para a efetivação da justiça de transição, indicando aos Estados obrigações reparadoras e preventivas sobre as transgressões do direito humanitário. Por outro lado, embora haja um consenso e um “corpo” quanto às obrigações estatais no processo de justiça transicional, isto não implica afirmar que há um único modelo a ser perseguido pelas ações políticas dos Estados na im-

23 ONU, 2004, p. 1.

24 CORTEIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C. No 4. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2018.

plementação de medidas inflexíveis.

De outra parte, o governo e toda a sociedade precisam soluções alternativas para lidar com a violência passada e as ofensas aos direitos humanos, conforme dispõe Kai Ambos²⁵: “El éxito de la justicia de transición puede ser medido por la calidad de las reformas políticas logradas; en particular, si y en qué medida la justicia de transición contribuye a la reconstrucción y consolidación de la democracia y del sistema judicial doméstico. El período de tempo en cual tiene lugar la transición varía de acuerdo con las circunstancias de cada caso y puede atravesar diferentes fases”.

A respeito da variação das medidas que podem vir a caracterizar um planejamento de uma justiça transicional em determinado Estado, analisemos as experiências vivenciadas pela Argentina e pelo Brasil.

Durante a década de 1970, o Estado argentino teve a vida política de seu país marcada por intervenções das Forças Armadas, as quais resultaram em graves violações aos direitos humanos de seus cidadãos. Uma vez restituída à democracia, em 1983, a Argentina implementou uma série de medidas com vistas a reparar as consequências que subsistiram dos crimes que lesaram a humanidade no decurso de seu regime ditatorial. A repercussão desse período sombrio teve reflexos inclusive no Estado brasileiro, conforme se depreende da imagem abaixo:

O informe “*Nunca más*” (1984), emitido pela CONADEP, perfaz relatos de torturas, centros clandestinos de detenção, fuzilamentos em massa, repressores e esquemas repressivos, registros de desaparecidos, listagem de vítimas em categorias específicas e estima que 8.960 pessoas ainda continuam desaparecidas – muito embora esclareça a Comissão que esse número é provavelmente muito maior em razão de denúncias que não foram oficializadas em virtude da atmosfera de medo que ainda vigorava.

No âmbito judicial, somente teve início a devida punição dos crimes cometidos em prejuízo dos direitos humanos após a solução amistosa do caso Carmen Aguiar de Lapacó vs. Argentina no ano de 2000. No acordo aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2000), o Estado argentino se comprometeu a efetivar o direito à verdade garantindo o esgotamento de todos os meios para se alcançar o esclarecimento sobre o ocorrido com as pessoas desaparecidas. Uma vez tratar-se de uma obrigação de meio e não de resultados, a persecução acerca para-

25 AMBOS, Kai. El marco jurídico de la justicia de transición. ELSNER, Gisela (Ed.). In: **Justicia de transición: informes de América Latina, Alemania, Italia y España**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009, p.27.

deiros não se findaria até que se alcançasse a esclarecimento dos fatos.

Pablo Parenti e Lisandro Pellegrini²⁶ fizeram um trabalho extenso demonstrando que instâncias de produção probatória foram construídas em todos os países com o objetivo de elucidar os episódios que singularizaram os desaparecimentos, mas acabaram culminando na responsabilização dos culpados na medida em que as provas testemunhais e documentais referenciavam a atuação das pessoas responsáveis pelas violações de direitos.

A Argentina fez normas de reparação, restituição e disseminação de seu passado conflitivo, sendo que a Lei nº 23.059 devolveu aos argentinos a nacionalidade perdida em razão da suposta “violação da lealdade à República, sua Constituição e suas leis”, enquanto a Lei nº 23.043 disponibilizou aos antigos presos políticos a devida indenização pecuniária, independente das circunstâncias das detenções em órgãos oficiais ou locais clandestinos.

As leis que garantiam a impunidade dos agentes que atuaram no período de repressão, Lei nº 23.521 e Lei nº 23.492, mais conhecidas como “lei de obediência devida” e “lei de ponto final”, foram declaradas inconstitucionais e inválidas pela Corte Suprema de Justiça da Argentina em agosto de 2004.

Para Rui Manuel Costa Calado²⁷ a decisão do órgão colegiado não se lastreou tão somente na constituição argentina, mas de igual modo na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas, concluindo que os crimes cometidos até 1983 eram de lesa humanidade e, portanto, imprescritíveis.

Dentro das obrigações atinentes ao Estado, a decisão da Corte argentina representou a medida transicional faltante ao processo de transição do país, vez que ao lado do direito à verdade e à reparação, a justiça em sua integridade pôde ser buscada pelas vítimas das atrocidades cometidas (ou seus familiares) durante o período de recessão instaurado pela ditadura militar argentina.

26 PARENTI, Pablo F; PELLEGRINI, Lisandro. *Informes nacionales: Argentina*. ELSNER, Gisela (Ed.). In: *Justicia de transición: informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009, p. 123.

27 CALADO, Rui Manuel Costa. *Políticas de memória na Argentina: 1983-2010, transição política, justiça e democracia*. 2011. 105 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/19132124.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

5 - CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EFETIVO

A competência da Corte está prevista no artigo 62, com previsão expressa para aplicar o Pacto. Portanto, o tribunal das Américas pode conhecer qualquer demanda por violação de direitos humanos ou fatos e atos internacionalmente ilícitos, entre outras medidas. No caso denominado “La Última Tentación, o controle de constitucionalidade feito refutou como inválida uma cláusula da Constituição do Chile que estabelecia a censura dos conteúdos das televisões e das películas cinematográficas, exigindo a revogação dos dispositivos, o que acabou correndo. No julgamento *Boyce vs. Barbados*, a Corte IDH entendeu que também infringia o Pacto uma norma constitucional daquele país que impedia o controle judicial das normas anteriores à Constituição de 1996, ainda que violassem direitos humanos.

O controle de convencionalidade surge como um instrumento efetivo de Justiça, que deve ser usado para solucionar questões como as abordadas:

“Los órganos de supervisión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos pueden y deben, en el contexto de casos concretos de violaciones de derechos humanos, determinar la compatibilidad o no con la Convención Americana de cualquier acto u omisión por parte de cualquier poder u órgano o agente del Estado, inclusive leyes nacionales y sentencias de tribunales nacionales”²⁸.

O referido controle de convencionalidade é a denominação da função da Corte, no exercício de sua competência, em virtude da qual se realiza uma confrontação entre a Convenção e outros tratados com uma disposição do direito interno²⁹. Importante fazer uma constatação, pois não há na Convenção ou Pacto que obriguem os juízes nacionais a não aplicar as regras violadoras do Pacto, a menos que os magistrados as entendam como revogadas³⁰.

28 Manuel Ventura Robles, juez de la Corte IDH.

29 VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés; BELTRÁN GRANDE, Diana Johanna. *La Justicia Constitucional y su modelo transnacional* <in> *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo III, Volumen I, p, 117.

30 FUENTES TORRIJO, Ximena. *El derecho internacional y derecho interno: definitivamente una pareja dispareja*. <in> <http://WWW.law.yale.edu/documents/pdf/>

O controle concentrado é feito pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) fica definido na sentença de *Almonacid Arellano* que estabelece que um Estado que mantém as normas que confrontam o Pacto, o Poder Judiciário deve abster-se de cumprir essas normas violadoras dos tratados e das convenções de direitos humanos.

A jurisprudência da Corte IDH reconhece o alcance e abrangência do “controle de convencionalidade”, com importante participação do juiz Sergio Garcia Ramires, que comparou o trabalho do tribunal ao desempenhado pelas cortes constitucionais no seu voto julgamento *Tibi vs. Equador*, de 7 de setembro de 2004. Mas, esse trabalho que segundo Ramírez têm a função de conciliar essa atividade com a ordem internacional reconhecida pela Convenção fundadora da jurisdição interamericana e aceita pelos Estados partes dentro do seu Poder Soberano.

As sentenças pioneiras no controle de convencionalidade são: *Lacayo vs. Nicarágua*, *Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, *Myrna Chang vs. Guatemala*, *Almonacid Arellano vs. Chile*, entre outros que constroem uma nova interpretação que harmonize o direito interno com os dispositivos do Pacto de San José³¹.

O controle é o cumprimento da função principal que foi outorgada pela Convenção Americana mediante seu artigo 62, embora de caráter complementar ou residual das obrigações convencionais dos Estados-Partes de respeitar e garantir os direitos humanos.

Portanto, defende-se que as espécies normativas primárias previstas no artigo 59 da Constituição do Brasil podem ser confrontadas na Corte. Essa competência tem fundamento normativo no artigo 2. da Convenção, segundo a qual os Estados-Partes tem o dever de adotar em suas disposições de direito interno a citada convenção. O artigo do documento de 1969:

“Se o exercício dos direitos e liberdades mencionadas no artigo 1 ainda não estiver garantida por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”³².

sela/ximenafuentes_spanish_pdf, 19 de abril de 2019.

31 SAGÜÉS, Néstor Pedro. “El control de convencionalidad”, em el Sistema Interamericano y sus anticipos em el ámbito de los derechos económicos-sociales. *Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo*, p. 5.

32 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Coletânea de direito internacional, Convenção*

A sentença do controle revela nos casos brasileiros³³ que deve se aplicar, sem dúvida, às normas dos tratados, trazendo como consequência a revogação de normas internas, incluindo dispositivos constitucionais, como ficou claro na sentença do caso “La Última Tentación de Cristo”.

A jurisprudência uníssona da Corte IDH foi construída sob este fundamento, o qual pode ser confirmado nos julgamentos dos casos *Blake vs. Guatemala* (1996)³⁴, *Radilla Pacheco vs. México* (2009)³⁵, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia* (2010), *Heliado Portugal vs. Panamá* (2008) e *Ticona Estrada e outros vs. Bolívia* (2008).

Com ficou definido em alguns julgamentos, como nos casos *Rosendo Radilla Pacheco*³⁶, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek*³⁷ e *Cabrera García-Montiel Flores*³⁸, a decisão do tribunal das Américas traz outro efeito denominado positivo ou construtivo³⁹.

Por esse entendimento, os juízes e tribunais locais, incluindo os brasileiros, devem aplicar o direito local de acordo com as regras do Pacto e também obedecer a jurisprudência da Corte IDH⁴⁰.

Americana Sobre Direitos Humanos (1969), p. 736.

- 33 CORTEIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C No. 219. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2018.
- 34 CORTEIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Blake Vs. Guatemala**. Exceções Preliminares. Sentença de 2 de julho de 1996. Série C No. 27. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_27_esp.pdf>. Acesso em: 29 out. 2018.
- 35 CORTEIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Radilla Pacheco Vs. México**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C No. 209. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.
- 36 CONSIDERANDO 338 E 340.
- 37 CONSIDERANDO, 311.
- 38 CONSIDERANDO, 233.
- 39 SAGÜÉS, Néstor Pedro. “El control de convencionalidad”, em el Sistema Interamericano y sus anticipos em el ámbito de los derechos ecónimos-sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo, p. 4.
- 40 SAGÜÉS, Néstor Pedro. “El control de convencionalidad”, em el Sistema Interamericano y sus anticipos em el ámbito de los derechos ecónimos-sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo, p. 5.

Ainda reforçando a tese surge no Sistema Interamericano um tratado ratificado pelo Brasil, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, adotada pelo Brasil em 9 de junho de 1994, estabelece em seu art. 3º:

Os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com seus procedimentos constitucionais, as medidas legislativas que forem necessárias para tipificar como delito o desaparecimento forçado de pessoas e a impor-lhe a pena apropriada que leve em conta sua extrema gravidade. Esse delito será considerado continuado ou permanente, enquanto não se estabelecer o destino ou paradeiro da vítima. (grifo nosso)

Fica claro pelo grafado em destaque que o Brasil, ao ratificar o referido tratado, confirma no cenário internacional o entender pátrio quanto aos delitos continuados ou permanentes, o qual vai ao encontro da construção jurisprudencial assentada pela Corte IDH. Valendo-se do trecho supramencionado, oportunamente se recorda que até o presente momento não foi tipificado o delito de desaparecimento forçado de pessoas em nosso ordenamento jurídico, apenas tramitando no Congresso Nacional um Projeto de Lei (PL 6240/2013) com vistas a esse desiderato, cuja situação atual refere estar aguardando designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) desde 16 de dezembro de 2016.

A jurisprudência recente alude o entendimento de que os juízes nacionais estão compelidos a realizar o controle de convencionalidade como revela Néstor Pedro Sagüés⁴¹, citando o caso Rosendo Cantú, considerados parágrafos 219 e 220 e ainda e principalmente Fernández Ortega, no qual faz referência a todos os órgãos do Estado, incluindo os magistrados.

Por controle concentrado ou via de ação deve se entender aquele processo transnacional apresentado diante da Corte. Será denominado como via de ação, uma vez que deve existir uma provocação externa, que coloque em movimento a jurisdição americana, ao qual geralmente corresponde ao Informe apresentado pela Comissão diante da Corte. As sentenças proferidas no exercício desse controle gozam de efeito vinculante, pois devem ser acolhidas por todos os Estados-partes.

Por outro lado, o controle interno no Brasil pode ser difuso ou concentrado no STF. É o que se apresenta nos processos internos, como

41 SAGÜÉS, Néstor Pedro. “El control de convencionalidad”, em el Sistema Interamericano y sus anticipos em el ámbito de los derechos ecónimos-sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo, p. 9.

aconteceu no Brasil com a prisão civil por dívida, a qual o Supremo Tribunal Federal entendeu a prevalência das normas da Convenção sobre o Código Civil. Em virtude deste tipo de controle, qualquer Juiz ou Tribunal do Brasil pode não aplicar uma lei que confronta a Convenção Americana dos Direitos Humanos, dando aplicação direta ao tratado. Portanto, se trata de um controle concreto, que pode se apresentar em processos civis, penais, administrativos ou constitucionais⁴².

Portanto, como ocorreu no caso citado, no Recurso Extraordinário n. 466.343-SP julgado em 3 de dezembro de 2008, que revogou por inconstitucionalidade o artigo 652 do Código Civil, que previa a prisão civil do depositário infiel. Portanto, o STF não aplicou e revogou o direito civil nacional e em seu lugar aplicou a Convenção, depois de uma confrontação entre ambos num caso concreto. Uma decisão pro-homini, que protegeu os direitos humanos. Houve a prevalência dos direitos humanos alçada como princípio na Constituição.

Essa decisão foi seguida pela doutrina e também pela própria Corte, que reafirmou que existe responsabilidade internacional do Estado pela elaboração e aplicação de leis violadoras da Convenção, como está nos artigos 1. e 2, como ficou claro na Opinião Consultiva 14/94 no caso *Lacayo vs. Nicaragua* e também na “Última Tentação de Cristo vs. Chile”, um julgamento contencioso.

Olmedo Bustos e outros procuraram a Corte devido a uma censura envolvendo o Conselho de Qualificação Cinematográfica do Chile, que vetou a exibição do filme “A Última Tentação de Cristo”, que, segundo o órgão, atentava contra os dogmas religiosos do país, que é confessional católico. Na Justiça do Chile, a censura foi confirmada ao filme.

Por isso, as vítimas acionaram a Comissão e Chile nada fez. Foi para Corte Interamericana, pois os envolvidos tiveram prejuízos e *Ciro Colombara López*, uma das vítimas, perdeu seu emprego na Universidade Católica do Chile. O Chile acabou sendo condenado com base em violação dos artigos 13 e artigos 1.1 (Aplicação dos Direitos e Deveres) e 2 (Obrigação de adequar a legislação interna) da Convenção, em face de *Juan Pablo Olmedo* e outros. Como reparação dos danos, o Chile deveria retirar a e censura prévia, que viola o Estado Democrático de Direitos, e permitir a exibição do filme, o que configura um tipo de controle de convencionalidade.

E ainda fazer um pagamento pecuniário às vítimas como uma indenização pelos gastos realizados com os processos judiciais internos e

42 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coordenador). *El control difuso de convencionalidad*, p.2-12.

ainda nos procedimentos e no processo internacional ante o sistema interamericano, excluindo nesta hipótese a indenização por danos materiais ou morais. Há outros julgamentos o mesmo sentido: *El Amparo vs. Venezuela*, *Caballero Delgado vs. Colômbia*, *Castillo Pàez vs. Peru*, *Suarez Romero vs. Equador*, *Castillo Petruzzi e outros vs. Colômbia*, “*Barrios Altos*” vs. Peru, *Periódico “La Nacion” vs. Costa Rica*, *Caesar vs. Trinidad e Tobago*, *Fermin Ramírez vs. Guatemala*, *Raxcacó Reys vs. Guatemala* e *Almonacid Arellano v.s. Chile*.

No dia 15 de março de 2018, o Brasil novamente sofreu uma condenação em julgamento da Corte IDH por graves violações aos direitos humanos previstos no Pacto de San José e se negar ao dever de adequar direito interno aos preceitos nele previstos. Pela nova responsabilização internacional, surgem também novos argumentos para a propositura de uma nova Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com uma possibilidade de tornar não recepcionada à Lei de Anistia.

A sentença do caso *Vladmir Herzog e outros vs. Brasil* reafirma a invalidade da Lei nº 6.683/79 frente ao Sistema Interamericano e sua incompatibilidade com a tutela dos direitos humanos. Surge, dessa forma, uma nova controvérsia judicial relevante colocada em pauta por dois pronunciamentos judiciais que divergem acerca da mesma questão. Esse é o campo material da ADPF.

Se por acaso não o fizer a nova apreciação no julgamento dos embargos de declaração, a apreciação de uma nova ADPF possibilitaria ao STF, além da adoção de um entendimento diferente do prolatado, uma maneira de esclarecer ao povo brasileiro sobre a forma em que se pretende obedecer à jurisdição obrigatória da Corte IDH, que deve ter cumprir as decisões do tribunal das Américas e da consolidada jurisprudência.

6 - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 153

O que impede a apuração dos fatos ocorridos no Brasil, incluindo os desaparecimentos forçados relatados na Guerrilha do Araguaia e a morte do jornalista *Vladmir Herzog* é a referida ação que teve seus autos conclusos. O relator é o ministro do STF, *Luiz Fux*. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 foi protocolada em 21 de outubro de 2008, possui seis volumes, 776 folhas e um acórdão julgando improcedente o pedido formulado pelo requerente, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). Na peça preambular, pos-

tulou a parte peticionária que o STF conferisse à Lei nº 6.683/79:

[...] uma interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes de repressão contra os opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985).

O dispositivo impugnado por não recepção recai sobre o §1º do art. 1º da Lei de Anistia. A Ordem dos Advogados contesta, por meio do Conselho que é legitimado, a validade da norma e também a referência ao termo “conexo” ao lado dos crimes políticos, fazendo-se inserir no âmbito dos anistiados os agentes públicos que cometeram crimes comuns durante o regime militar, como homicídio, abuso de autoridade, desaparecimento forçado, estupro, atentado violento ao pudor, tortura e lesões corporais.

Na petição é questionada a vigência da Lei de Anistia, por trazer graves violações de preceitos fundamentais dispostos na Constituição Federal do Brasil: a) a igualdade em matéria de segurança jurídica (art. 5º, *caput*), pois a lei impugnada não tratou de forma igualitária todos anistiados, exigindo de uns a tipificação da conduta a ser perdoada e de outros sequer o reconhecimento oficial do delito; b) cerceamento do direito de obter dos órgãos públicos informações de interesse particular, coletivo ou geral (art. 5º, XXXIII), pois a impunidade oriunda da anistia permitiu que os autores das violações e crimes praticados durante o regime militar não fossem todos identificados; c) os princípios democrático e republicano, dado que uma lei foi elaborada ainda durante um governo ditatorial desprovido de legitimidade em um Estado Democrático cujo único poder emana do povo; e d) a dignidade da pessoa humana, a qual teria sido usurpada em um pretensível acordo para se atingir a democracia.

Os pedidos formulados pelo autor vão ao encontro, não somente do anseio de todas as famílias das vítimas dos perseguidos políticos durante o regime de exceção, mas também de toda sociedade brasileira que hoje experiência um Estado Democrático de Direitos⁴³. Também acolhe a decisão da Corte IDH e toda a expectativa da comunidade internacional preocupada com a proteção e promoção dos direitos humanos. A revogação da referida lei apenas confirmaria os compromissos firmados pelo Brasil no

43 Na condição de *amicus curiae*, a Associação Juizes para a Democracia juntou aos autos um documento contendo 16.149 assinaturas para demonstrar o engajamento social na luta contra a anistia dada aos militares.

âmbito do Pacto de San José, demais tratados da OEA e outros da Organização das Nações Unidas, todos amparados pelo Direito Internacional.

A Advocacia Geral da União (AGU), por seu turno, se empenhou em buscar a rejeição do pedido de mérito ao defender a recepção da Lei de Anistia pela Constituição de 1988.

Foram muitos os debates que se travaram durante o trâmite processual da ação constitucional devido à complexidade dos problemas envolvendo a Justiça de Transição e o julgamento da Corte IDH envolvendo a lei federal impugnada. Além das partes, efetiva participação de *amicus curiae*⁴⁴.

O confronto da Lei nº 6.683/79 com Lei Maior brasileira trouxe argumentos defendidos nos votos favoráveis à recepção da Lei de Anistia e, portanto, aventados pelas ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, e os ministros Eros Grau, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, assim como as premissas construídas nos votos contrários à sua recepção nos discursos dos magistrados Ricardo Lewandowski e Ayres Britto.

Com exceção do ministro Marco Aurélio, os demais rejeitaram as exceções preliminares opostas e, em sessão plenária, a ADPF foi relatada pelo ministro Eros Grau, os argumentos dos demais julgadores devidamente expostos e ao fim, por maioria de votos, em 24 de abril de 2010, o órgão colegiado julgou improcedente a Arguição, nos termos do voto relator.

Dentro de um contexto histórico que permeou a edição da Lei de Anistia, os ministros afirmaram que não havia outra escolha aos brasileiros ao não ser a que foi optada, no sentido de permitir que os agentes repressores também dela se beneficiassem. Tratou-se, pois, do preço a ser pago para que a anistia pudesse se tornar uma realidade e esta realidade pudesse ser cada vez mais próxima a um Estado democrático.

CONCLUSÕES

Fazendo uma análise jurídica comparativa entre a decisão do Supremo Tribunal Federal do Brasil e da Corte IDH fica patente um conflito importante dentro de uma chamada justiça multinível, que poderia ser solucionado pelo princípio pro-homini, com utilização do tribunal das Américas. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº

44 Ressalta-se que, além da Associação Juízes para a Democracia, participaram como *amicus curiae* na ADPF no 153 o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), a Associação Brasileira de Anistiados Políticos (ABAP) e a Associação Democrática e Nacionalista de Militares.

153 afirma que a Lei de Anistia foi recepcionada pela Constituição de 1988. Mas, o dispositivo dessa sentença viola os direitos humanos, pois não busca interpretar o sentido mais profundo da dignidade da pessoa humana e parece mais preocupado com um processo de reconstrução. A sentença não leva em conta os tratados de direitos humanos e muito menos as sentenças da Corte envolvendo o Brasil, pois há além do Guerrilha do Araguaia, há caso Vladimir Herzog e uma jurisprudência no mesmo sentido de proibir autoanistias.

A corte constitucional brasileira tem o dever principal de “guardar a Constituição”, que estabelece a prevalência dos direitos humanos, o que não ocorreu no caso e ainda sistematizar e dar coerência harmônica aos direitos humanos e fundamentais. A Constituição de 1988 reconhece a existência desses direitos em tratados, inclusive como parte do núcleo imodificável, entre outros argumentos de autoridade. A decisão negou o exercício de direitos amplamente reconhecidos, inclusive “cláusulas pétreas”. Por isso, a recepção da Lei de Anistia pela Constituição não é razoável, pois deixa de apurar crimes “lesa-humanidade”, que não prescrevem.

A decisão não permite a apuração de crimes e condutas delitivas entre os quais tortura, desaparecimento forçado e assassinatos, entre outros. Isso reflete com uma falta da pacificação social quando não são punidos os agentes responsáveis pelos crimes gravíssimos que lesaram a humanidade.

Para os familiares das vítimas, persiste, uma interminável angústia dos familiares que tiveram seus entes forçosamente desaparecidos, torturados e assassinados, dentro de uma violência institucionalizada pelo Estado por meio do aparato militar. Resta a impunidade que pode servir de mau exemplo para futuras gerações. O direito ao sepultamento continua sendo negado.

A sentença da Corte IDH exigiu que o Brasil a adote as seguintes medidas: a) realizar as diligências necessárias para que a Lei nº 6.683/79 deixasse de obstar a persecução penal dos autores de crimes lesa-humanidade; b) realizar uma investigação completa e imparcial dos desaparecimentos forçados ocorridos na ocasião da Guerrilha do Araguaia, aplicando, ao fim do processo, a sanção penal aos agentes responsáveis; c) sistematizar e publicar todos os registros militares que representassem documentos operacionais da Guerrilha do Araguaia; d) contribuir com recursos financeiros e logísticos para buscar e sepultar as vítimas desaparecidas; e) fornecer aos familiares das vítimas tratamento físico e psi-

cológico; f) implantar programas permanentes de educação de direitos humanos nas Forças Armadas brasileiras; e, g) tipificar o crime de desaparecimento forçado, nos moldes dos instrumentos internacionais.

Apenas se cumprir todos os dispositivos da sentença, o Brasil colocará ponto final em todas as adversidades ligadas ao regime de exceção, entre as quais os delitos permanentes e os crimes de lesa-humanidade, não passíveis de indulto, graça e perdão.

Acordos que tendem a negociar direitos humanos gravemente violados padecem de legitimidade, segundo a doutrina e a jurisprudência da Corte. Sendo assim como uma legislação que traz impunidade carece de validade. Se o período ditatorial militar brasileiro está vinculado às duras lembranças, não podemos esquecer que essas medidas serviriam como exemplo.

Assim, enquanto não for revogada a legislação continuaremos a carregar esse pesado fardo do passado. Só a verdade liberta pode ajudar a prestação de contas. Apenas a responsabilidade atribuída a quem lhe condiz é capaz de desendividar toda uma sociedade.

Todavia, no que tange à condenação internacional brasileira, pondera-se que alguns dos dispositivos previstos na sentença da Corte foram cumpridos, como o pagamento de indenizações e a criação da Comissão Nacional da Verdade pela Lei nº 12.528/11. No entanto, muitas das medidas são obstadas pela Lei de Anistia.

Diferentes órgãos jurisdicionais, juízes e tribunais, com a função de zelar pelos direitos humanos não foram capazes de emanar decisões divergentes devido ao efeito vinculantes da decisão. Diante da possibilidade de se alterar o tratamento conferido à Lei nº 6.683/79 no território brasileiro, concluímos que ainda existem possibilidades que possibilitariam a efetivação do entendimento da Corte IDH. Esse entendimento precisa ser aplicado em âmbito interno.

Uma possibilidade inicial de alteração no entendimento do julgado da ADPF nº 153 reside no julgamento dos embargos de declaração opostos pelo CFOAB, no dia 16 de março de 2011, os quais até o presente momento (2019) ainda não foram apreciados pelo STF. Alega a Ordem dos Advogados que muitos foram os fundamentos jurídicos não ponderados nos votos dos ministros, omissão esta que enseja devido esclarecimento pela corte constitucional brasileira. Há em tese a possibilidade teórica de mudar os rumos traçados pela Lei de Anistia.

Há outra possibilidade. Não tendo sido superada esta questão pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, é razoável ainda que, em sede

de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental incidental, no contexto de um caso concreto examinado por um juiz ou tribunal, o impasse relativo à Lei de Anistia seja apresentado com vestes de relevante fundamento de controvérsia constitucional, deslocando a causa para nova apreciação em plenário no STF.

Há ainda outra alternativa no campo do Poder Legislativo. A elaboração de uma lei que ofereça um tratamento capaz de sanar a falta de investigação, julgamento e punição dos agentes responsáveis pelos crimes de lesa-humanidade, bem como a ineficácia das medias adotadas para respeitar, proteger e garantir o direito à verdade e à informação.

Há respaldo, pois o efeito vinculante do primeiro julgamento se destina apenas ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário. A edição de uma legislação com base nos tratados de direitos humanos poderia fornecer novo tratamento a mesma matéria. A lei nova revogaria, expressa ou tacitamente, a legislação mais antiga, a Lei nº 6.883/79.

Por fim, há outros casos envolvendo a Ditadura na Corte IDH. No dia 15 de março de 2018, no julgamento do Caso Vladimir Herzog vs. Brasil, o Estado brasileiro foi mais uma vez responsabilizado internacionalmente por violações aos direitos previstos na Convenção Americana e negligenciar o dever de adequar direito interno aos preceitos por ela instituídos. Em virtude de nova condenação, surgem também novos argumentos para a propositura de uma nova Arguição com vistas a extirpar a Lei de Anistia do ordenamento jurídico brasileiro.

O Brasil poderia solicitar uma Opinião Consultiva, a fim de aclarar o que pode e deve ser feito.

Os debates que surgem entorno do presente trabalho denunciam a premente necessidade de se alinhar o entendimento conferido pelas diferentes cortes (STF e Corte IDH) à mesma questão. Essa consonância não se impõe em razão de uma hierarquia jurídica, mas sim pelos princípios que as regem, bem como em virtude dos direitos que visam salvaguardar. A palavra-chave é “diálogo”: diálogo entre a Constituição e os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, diálogo entre os diferentes órgãos jurisdicionais, diálogo entre os juízes de direito e o controle de convencionalidade.

É somente por meio dessas interações que os direitos humanos poderão buscar uma verdadeira factibilidade nos cenários nacional e internacional, vez que o Sistema Interamericano visa complementar à Justiça e aprimorar a efetiva busca de direitos. A ausência de trocas recíprocas gera infinitos desencontros entre as ordens jurídicas às quais

o Brasil se submete, algo que não é compatível quando se tutela dos mesmos direitos. Por certo, a idealizada convivência harmoniosa das ordens jurídicas às quais conscientemente nos submetemos vem do diálogo que tanto nos falta.

REFERÊNCIAS

ANNONI, Danielle. *Direitos humanos e acesso à justiça no direito internacional: responsabilidade internacional do Estado*. Curitiba: Juruá, 2003.

AYALA CORAO, Carlos M. *Las modalidades de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* <in> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coordinadores). *La ciencia Del derecho procesal constitucional*, Tomo IX, Madrid: Marcial Pons/UNAM III y la UNAN, 2008.

BAZÁN, Victor. La importancia del amicus curiae en los procesos constitucionales. In *Revista de Derecho Público de la Universidad Católica*, n. 3. Ecuador, 2010. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24855.pdf>>, p. 123-148>. 09 jan.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

CANTOR, Ernesto Rey. *Acceso Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá: Colômbia, 2010.

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 Jurídica, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONDE, Fernando Jiménez (coord.). *Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales*. Murcia: Diego Marín Librero-Editor, 2002.

CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés. Constitución, Jurisdicción y derechos fundamentales, em Estudios de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2015.

----- . Recursos y procesos para la protección de los derechos humanos em el ámbito europeo, em Sistemas regionales de protección de derechos humanos, Bogotá: VC Editores, 2017

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coordinador). *El control difuso de convencionalidad*, Santiago de Querétaro: FUNDAP, 2012.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Reflexiones comparativas sobre los sistema interamericano y europeo de protección de los derechos humanos <in> Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados, (Méndez Silva – coordinador). Cidade do México: Instituto de Investigações Jurídicas, 2008.

----- *Los derechos humanos y su protección internacional*, Lima: Grijley, 2009.

----- . Los derechos humanos y su protección jurídica y procesal em Latinoamérica. In *Derechos humanos: memoria del IV congreso nacional de Derecho Constitucional III*. Coord. Diego Valadés, Rodrigo Gutiérrez Rivas. Cidade do México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2001. Disponível em <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/94/3.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2019.

_____. Reflexiones sobre la organización e funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In *Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf*, tomo I. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 495-530. Disponível em <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/644-estudios-en-homenaje-a-jorge-barrera-graf-t-i>>. Acesso em: 07 jan. 2019.

FUENTES TORRIJO, Ximena. El derecho internacional y derecho interno: definitivamente una pareja dispareja. <in> http://WWW.law.yale.edu/documents/pdf/sela/ximenafuentes_spanish_pdf, 19 de abril de 2019.

GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica. 2. ed.,

rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

----- . Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flavia; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; DULITZKY, Ariel E.; GALLI, Maria Beatriz; MELO, Mônica de;

GÓMEZ ROBLEDO, A. Caso la “Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs Chile. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, num. 25, Julio-diciembre 2011.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; KRSTICEVIC, Viviana. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *El proceso transnacional*. Buenos Aires; Ediar, 1992.

JAYME, Fernando G. Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de direitos humanos

LEDESMA, Héctor Faúndez. *El agotamiento de los recursos internos em El Sistema de Protección de los derechos humanos*, São José da Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2007.

LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Barcelona: Editorial Ariel, 1995.

LOIANO, Adelina. *El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos* <in> MANILI, Pablo Luis (Director). *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Tomo III, Buenos Aires: La Ley, 2010.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 2003.

_____. *La universalidad de los derechos humanos y El estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

MARTOS, José A. Montilla. *Minoría política e tribunal constitucional*. Madrid: Trotta, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos humanos & cidadania: à luz do novo direito internacional. Campinas: Minelli, 2002.

------. Curso de direito internacional público. 4. ed., rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRANDA BONILLA, Haideer. El sistema interamericana de derechos humanos. In *Derecho Procesal Constitucional*. Director Científico Eduardo Andrés Velandia Canosa. Bogotá, Colômbia: VC Editores Ltda., Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, 2014.

MONTERISI, Ricardo D. *Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos*, La Plata: Librería Editorial Platense, 2009.

MOYA DOMÍNGUEZ, Maria Teresa y VILLARREAL, David. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos <en> Tratados de los Tratados Internacionales*. (CARNOTA, Walter F. y MARANIELLO, Patricio Alejandro (directores); LEONTINA SOSA, Guillermina {coordinadora}), Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2011.

NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2002.

PARDO POSADA, Nohora Elena; HERNÁNDEZ DÍAZ, Carlos Arturo. *Las decisiones de los órganos internacionales, El bloque de constitucionalidad y su incidencia em El derecho interno <in> Derecho Procesal Constitucional* (coordinador: Eduardo Andrés Velandia Canosa), Tomo II, Volumen II, Bogotá: Agencia Imperial, 2011.

PEREZ TREMPES, Pablo. *Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional em la protección de los derechos fundamentales*, Anuario de la Facultad de Derecho, n. 10 Universidade de Extremadura.

PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 9. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

------. Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: A Convenção Americana dos Direitos Humanos. In *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. Coord. Luiz Flávio Gomes,

Flávia Piovesan. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

RAMIREZ, S. G. Cuestiones de la jurisdicción interamericana de derechos humanos. In *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol.8. Cidade do México, 2008. Disponível em <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542008000100005>. Acesso em: 07 jan. 2019.

ROBLES, E. Ventura; Zovatto G., Daniel. La naturaleza de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos n° 7*. México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 1988, p.159-197. Disponível em <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-instituto-interamericano-dh/article/view/7738/6982>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. Direitos humanos. Curitiba: Juruá, 1992.

SAGÜÉS, Nestor Pedro. El control de convencionalidad em el sistema interamericano y sus anticipos em El ámbito de los derechos económico-sociales: concordancias e diferencias em el sistema europeo. Disponível em <HTTP://juridicas.unam.mx>, 2015.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. “El control de convencionalidad”, em el Sistema Interamericano y SUS anticipos em el ámbito de los derechos ecónimos-sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo, <in> WWWjuridicas. UNAM. Mx.

Salvioli, Fabián: La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: marco legal y desarrollo jurisprudencial; In *Homenaje y Reconocimiento a Antonio Cançado Trindade*, T. III, pp- 417-472. Ed. Sergio Fabris, Brasília, Brasil, 2004. Disponível em <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/la-competencia-consultiva-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-marco-legal-y-desarrollo--2.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2019, às 16h21min.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. Estudos e debates em direitos humanos. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1997-2003. 3 v

TRUCCO, Marcelo F. *La protección transnacional de los derechos humanos. El valioso aporte de la Corte Interamericana <in> Tratado de los tratados internacionales*, (CARNOTA, Walter F. y MARANIELLO, Patricio Alejandro (directores); LEONTINA SOSA, Guillermina {coordinadora}), Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2011.

VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. *La Justicia Constitucional y su modelo transnacional <in> Derecho Procesal Constitucional, Tomo III, Volumen I*, Bogotá: VC Editores Ltda, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

O DIREITO À PAZ: UMA ANÁLISE A PARTIR DE GREGORIO PECES-BARBA E PAULO BONAVIDES E UMA PERSPECTIVA DE EFETIVIDADE A PARTIR DA CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL DE GUSTAVO ZAGREBELSKY

ELISANDRA RIFFEL CIMADON¹

FELIPE SCHMIDT²

INTRODUÇÃO

A justiça constitucional é instrumento hábil para garantir a essência da ordem jurídica e o bem-estar da Sociedade, podendo ser vista como promotora de uma perspectiva de efetividade do direito que possibilita a este transpassar a ideia reducionista de sua aplicação interna, para alcançar também o que é externo ao território do Estado.

Nesse contexto, a paz, entendida consoante a lição de Bobbio, torna-se fonte de estudo para, a partir da análise das concepções de Peces-Barba e Bonavides, ser compreendida como um direito ou não e, ainda, sob a perspectiva de sua efetividade, a partir da concepção de justiça constitucional de Zagrebelsky.

O artigo, elaborado a partir do método indutivo (PASOLD, 2018, p. 95), em sua primeira fase traz o conceito operacional de paz e busca verificar se existe ou não um direito à paz, questão que suscita controvérsia na doutrina, havendo posição contrária (Gregório Peces-Barba) e favorável (Paulo Bonavides) ao seu reconhecimento.

Na sua segunda fase, o trabalho analisa, a partir da concepção de Gustavo Zagrebelsky, de que modo a justiça constitucional pode atuar para a promoção da paz.

O estudo pretende contribuir para a discussão acerca da juridicidade da paz, a fim de lhe conferir efetividade por intermédio da atuação da justiça constitucional.

1 Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí e Advogada da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc.

2 Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí e Promotor de Justiça (MP/SC).

1 - CONCEPÇÃO JURÍDICA DE PAZ A PARTIR DA LIÇÃO DE NORBERTO BOBBIO

A fim de que se possa iniciar uma análise acerca do direito à paz, há primeiro que se compreender, do ponto de vista jurídico, o que é paz.

Consoante Norberto Bobbio, em uma acepção mais ampla, paz significa ausência de conflito, seja interno, seja externo, podendo-se, portanto, conforme o caso, falar em paz interna e paz externa. A questão da paz interna, porque relativa à ausência de conflito no âmbito de um mesmo indivíduo (por exemplo, entre dever e prazer ou entre razão e paixão), segundo o jurista italiano não pertence ao direito, mas à moral (BOBBIO, 1998, p. 910), motivo por que não será objeto de consideração neste ensejo. Dessa forma, no que se refere à paz externa, pode ser ela compreendida, de forma ampla, como a ausência de conflito externo (BOBBIO, 1998, p. 910-911).

Contudo, a paz de que se trata para os fins do presente estudo é concebida em contrariedade não a conflitos em geral ou mesmo à violência, mas a um conflito em particular, que é a guerra (BOBBIO, 1998, p. 911). Termos opostos que são, aquele é com frequência definido por intermédio deste, ou seja, a paz é conceituada como a ausência de guerra, ou como a não guerra, ao passo que a guerra, diversamente, é de regra concebida pela descrição de suas características determinantes (BOBBIO, 1998, p. 911).

Ora, compreendida a paz como não guerra, afigura-se necessário definir o que seja a guerra, a fim de que se possa entender o que seja a paz. Bobbio aponta que são numerosas e variadas as definições de guerra, motivo por que se limita a caracterizá-la com indicações gerais (BOBBIO, 1998, p. 911), fazendo-a na seguinte forma:

As conotações de “guerra” mais frequentes são estas: a) é um conflito; b) entre grupos políticos respectivamente independentes ou considerando-se como tais; c) cuja solução é confiada ao uso da violência organizada. Existe situação de conflito, sempre que as necessidades ou os interesses de um indivíduo ou de um grupo não podem ser satisfeitos senão com dano de outro indivíduo ou grupo [...] Por “grupo político” entendemos um grupo organizado, cujo objetivo é manter ou conquistar o máximo poder possível entre e sobre homens que convivem. Máximo poder possível é o daquele que pode dispor do monopólio da força física, para conse-

guir que suas ordens sejam cumpridas: nos referimos aqui não só à conservação, mas também à conquista do máximo poder, para abranger no conceito de guerra também a guerra civil. Finalmente, entendemos por violência: a) o uso da força física; b) intencionalmente orientada ao efeito desejado pelo sujeito ativo; c) não aceito por parte do sujeito passivo. (BOBBIO, 1998, p. 911-912).

Ao conceber assim a guerra, Bobbio define a paz como “uma situação em que não existe entre os grupos políticos relação de conflito caracterizado por uma violência durável e organizada.” (BOBBIO, 1998, p. 912).

Mas, para além desse conceito negativo e geral (de paz como não guerra), também pode a paz ter um conceito positivo e específico, correspondente ao encerramento juridicamente regular de uma guerra, na forma regida pelo Direito Internacional Público, como consequência de um acordo em que os beligerantes findam as agressões e dispõem sobre suas relações futuras, fixando uma nova ordem, inclinada à estabilidade (BOBBIO, 1998, p. 912).

Segundo Bobbio, também pode haver uma zona intermediária entre a guerra e a paz, que seria a trégua ou o armistício, que não é mais guerra, tampouco paz (BOBBIO, 1998, p. 912). Portanto, conclui Bobbio que a guerra e a paz não correspondem à totalidade das relações possíveis entre os Estados (BOBBIO, 1998, p. 912).

Quanto à paz como valor, Bobbio sustenta que a paz é um estado de coisas a que normalmente se atribui valor positivo, ao passo que à guerra de regra se confere valor negativo. Todavia, o jurista italiano aduz que não se pode reputar a paz como bem absoluto, nem a guerra como mal absoluto. É que haveria no pensamento político a tendência de considerar que nem toda guerra é injusta e nem toda paz é justa, bem assim, por conseguinte, de compreender que nem toda paz é um valor e nem toda guerra é um desvalor. Nessa linha, a guerra pode ser boa, se o fim a que tende é bom, e a paz somente é boa quando o resultado dela advindo é bom (BOBBIO, 1998, p. 913).

Dessa forma, tal qual a guerra, a paz pode ser justa ou injusta, presente esta hipótese quando os vencedores imponham aos vencidos castigo, reparação de danos ou perda de territórios movidos por vingança e não pelo objetivo de restabelecer a ordem lesada. Fala-se aí em necessária proporcionalidade entre transgressão e recomposição, sem a qual a paz passa a ser um valor negativo e, portanto, injusta. Bobbio reconhece, todavia, que na prática é difícil precisar quando uma guerra é justa ou a paz é injusta, por falta de um juiz superior e imparcial para os litígios havidos na ordem internacional (BOBBIO, 1998, p. 914).

Por fim, no que se refere à paz como meio, tal perspectiva, de acordo com Bobbio, compreende a guerra como um mal necessário e a paz como um bem insuficiente, pois a paz não pode, por si só, garantir uma vida social perfeita, embora seja uma das condições para a realização de valores sociais fundamentais (vida, justiça, liberdade, bem-estar, etc.). Por outro lado, os que consideram ser a guerra motor do progresso, reputam a paz como causa, se não de retrocesso, ao menos de não progresso (BOBBIO, 1998, p. 914-915), vale dizer, de estagnação, convertendo-a, pois, em um desvalor.

Desse modo explanada, ainda que sucintamente, a concepção jurídica de paz à luz das lições de Norberto Bobbio, há que se perquirir neste ensejo se a paz pode ser considerada um direito ou não, o que se fará a partir dos posicionamentos doutrinários de Gregorio Peces-Barba e de Paulo Bonavides.

2 - O “DIREITO À PAZ”: A PERSPECTIVA DE GREGORIO PECES-BARBA

Inicialmente, cumpre examinar quais elementos se mostram indispensáveis para que, segundo a concepção de Gregorio Peces-Barba, determinado interesse possa ser considerado um direito fundamental³.

Conforme o jurista espanhol, os direitos fundamentais devem ser:

- 1) uma pretensão moral justificada, ou seja, fundada nas ideias de liberdade e igualdade, relacionada à solidariedade e à segurança jurídica, e generalizável, vale dizer, com um conteúdo atribuível a todos os destinatários possíveis (PECES-BARBA, 1999, p. 109);
- 2) tecnicamente incorporáveis a uma norma, que possa obrigar seus destinatários, para que o direito seja efetivo, suscetível de garantia ou proteção judicial, e que se possa atribuir como direito subjetivo, liberdade, poder ou imunidade a titulares concretos (PECES-BARBA, 199, p. 109-110); e
- 3) uma realidade social, quer dizer, atuante na vida social, condicionada em sua existência por fatores extrajurídicos de caráter social, econômico e cultural, que favorecem, dificultam ou

3 Gregorio Peces-Barba considera a expressão “direitos fundamentais” a mais adequada para designar o fenômeno dos direitos, porque, a seu sentir, é precisa, não incorre nos reducionismos jusnaturalista e juspositivista e abarca a dimensão jurídico-positiva dos direitos sem perder de vista sua dimensão moral (PECES-BARBA, 1999, p. 36-38).

impedem sua efetividade (PECES-BARBA, 1999, p. 112).

Na síntese de Marcos Leite Garcia, para Gregorio Peces-Barba os direitos fundamentais então teriam três características, relacionadas, respectivamente, “com sua validade (fundamento-legitimidade), com sua vigência (positividade-legalidade) e com as práticas sociais (eficácia-efetividade)” (GARCIA, 2008, p. 198).

Nesse contexto, quanto a ser a paz um direito, inicialmente Gregorio Peces-Barba afirma, reportando-se ao pensamento de Norberto Bobbio, que, embora os direitos humanos estejam estritamente conectados à paz, pressuposto necessário e inarredável à sua proteção, o jurista italiano, ainda que estabeleça relações entre o direito, a paz e a guerra, não sustenta a possibilidade de se falar em um direito à paz (PECES-BARBA, 1999, p. 191-192).

Ainda, Peces-Barba aduz que, se a preocupação quanto ao tema, no mundo moderno, era a de racionalizar e justificar a guerra, delineando o que se poderia reputar uma “guerra justa”, bem assim a de limitar seus efeitos, para cingi-los o quanto possível aos beligerantes, protegendo as populações civis, atualmente o que se busca é promover a juridificação da paz, vinculando-a aos direitos humanos (PECES-BARBA, 1999, p. 192). Assim, é que uma Declaração da Assembleia Geral da ONU de 12 de novembro de 1984, por ele citada (refere-se à Resolução 39, consistente na Declaração do Direito dos Povos à Paz), faz menção ao direito dos povos à paz e à aspiração de erradicar a guerra, o que considera obrigação fundamental de qualquer Estado, tal qual, acrescenta, promover posições contrárias à guerra e reconhecer o direito à objeção de consciência em face do serviço militar obrigatório (PECES-BARBA, 1999, p. 192).

Essa conexão entre a paz e os direitos humanos põe em relevo a amplitude do direito à paz, que se conecta também com o desenvolvimento, o gozo das liberdades civis e os direitos de seguridade, sem prejuízo das garantias processuais (PECES-BARBA, 1999, p. 193), acabando por abarcar todo o conjunto da vida social e todos os direitos fundamentais, que seriam integrados nesse, assim chamado por Peces-Barba, “derecho hércules” (PECES-BARBA, 1999, p. 195).

Todavia, o jurista espanhol objeta que o direito à paz parece ou um fundamento ou uma consequência dos direitos fundamentais, e que seu âmbito desborda os limites dos Estados Nacionais, estendendo-se a toda a sociedade internacional (PECES-BARBA, 1999, p. 193). Outrossim, anota que para o direito à paz se pretende uma justificação jusna-

turalista modernizada, baseada na teoria dos direitos morais⁴, e também uma positivação, que enfrenta dificuldades sérias (PECES-BARBA, 1999, p. 193). Nessa linha, considera que, embora a paz e a reflexão ética que a circunda sirvam para deslegitimar a guerra, não é tão seguro que aquela constitua um direito humano (PECES-BARBA, 1999, p. 193).

Em suma, como leciona Peces-Barba, as razões que impedem ou dificultam o reconhecimento do direito à paz como direito fundamental são as seguintes:

- a) a ambivalência da titularidade que se atribui aos povos ou aos grupos, e que, ante a dificuldade de fundamentação moral quanto a esses sujeitos, transfere-se a cada indivíduo, a respeito do qual é difícil estabelecer a correlação da obrigação dos Estados Nacionais, que, como titulares da soberania, podem desencadear a guerra (PECES-BARBA, 1999, p. 194);
- b) a generalidade de seu conteúdo, que abarca o conjunto da vida social e compreende todos os direitos fundamentais, integrados em um “direito hércales”;
- c) a inaplicabilidade dessa pretensão moral dos indivíduos no direito interno, no qual se converte em algo sem sentido, porque naquele âmbito estão vigentes os direitos à liberdade e à igualdade, que são seu alegado conteúdo, de modo que seria um direito viável apenas nas relações entre os Estados; e
- d) a inexistência, na ordem internacional, de um poder político capaz de impedir sempre o uso da força, em que, como visto, consiste na guerra entre os Estados (PECES-BARBA, 1999, p. 195).

Peces-Barba não ignora que existam razões morais justificadas para sustentar que a paz é condição para uma vida livre e democrática, bem assim para a existência dos direitos humanos, mas aponta que os motivos antes expostos tornam impossível sua consideração como direito fundamental (PECES-BARBA, 1999, p. 195). Ademais, considera que sua generalidade e seu caráter básico para uma existência plena o convertem em valor superior de nossa cultura política, mas não em um direito (PECES-BARBA, 1999, p. 195). Conclui que:

4 Trata-se, segundo Gregorio Peces-Barba, de concepção originada na cultura jurídica anglo-saxã, que designa direitos prévios ao Estado e a seu Direito, trunfos frente ao Estado, que se pode esgrimir em face do poder, mesmo democrático, e que sobrevivem a leis e decisões judiciais contrárias (PECES-BARBA, 1999, p. 31-32).

No debemos sucumbir a la tentación de intentar incluir en la categoría de los derechos fundamentales todas las pretensiones morales que nos parezcan fundadas, como si fuese la única vía para su realización. Este error, que pone de relieve el valor y la importancia de los derechos puede ser también el origen de su pérdida de eficacia histórica y de su sentido concreto en la cultura de nuestros días. (PECES-BARBA, 1999, p. 195).

Dessa forma, embora reconheça a relevância da paz como aspiração humana universal, Gregorio Peces-Barba manifesta-se por não alçá-la à estatura de direito, à míngua da satisfação dos requisitos que apontou.

O posicionamento de Peces-Barba, que nega juridicidade à paz, é confrontado pelo entendimento que atribui à paz aquele predicado, sustentado, entre outros⁵, por Paulo Bonavides, sob os fundamentos adiante expostos.

3 - O DIREITO À PAZ: A PERSPECTIVA DE PAULO BONAVIDES

Paulo Bonavides inicialmente posicionou o direito à paz entre os direitos de terceira geração, seguindo o entendimento de Karel Vasak, como se infere, por exemplo, do seguinte excerto:

A teoria, com Vasak e outros, já identificou cinco direitos de fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. (BONAVIDES, 2000, p. 523).

Todavia, posteriormente, Paulo Bonavides aperfeiçoou sua compreensão, passando a dissentir de Karel Vasak, para aduzir que, ao colocar a paz “no rol dos direitos da fraternidade, a saber, da terceira geração, [Vasak] o fez, contudo, de modo incompleto, teoricamente lacunoso”, uma vez que “não desenvolveu as razões que a elevam à categoria de norma”, de sorte que “o direito à paz caiu em um esquecimento injusto por obra talvez da menção ligeira, superficial, um tanto vaga, perdida entre os direitos de terceira dimensão.” (BONAVIDES, 2008, p. 83).

5 Na doutrina nacional, também se manifestam pela existência de um direito à paz, exemplificativamente, Gilmar Antonio Bedin (1997, p. 80-81), André de Carvalho Ramos (2012, p. 73-74), José Adércio Leite Sampaio (2010, p. 274), Walter Claudius Rothenburg (2014, p. 66), Celso Lafer (1991, p. 131), Dirley da Cunha Junior (2011, p. 609-610), Alexandre de Moraes (2012, p. 29-30) e Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2017, p. 316).

Assim, mesmo exalçando a importância do estudo de Karel Vasak, que, segundo expressamente reconhece, teve “ressonância universal” em razão de “sua originalidade criativa e inovadora” (BONAVIDES, 2008, p. 83), Paulo Bonavides passa a situar a paz na quinta geração de direitos, aduzindo que a admissão da normatividade jurídica da paz consistiu em um dos mais relevantes progressos da teoria dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 2008, p. 82).

Nessa linha, Paulo Bonavides refere, ainda com Karel Vasak, que o direito à paz veio reconhecido, em âmbito internacional, pela Resolução n. 33/73 da ONU, aprovada em sessão plenária de sua Assembleia Geral em 15 de dezembro de 1978, que concebeu a paz como direito iminente à vida e condição indispensável ao progresso de todas as nações em todas as esferas, o que também encontra arrimo na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966 (BONAVIDES, 2008, p. 83). Outrossim, anota Paulo Bonavides que a paz foi proclamada direito do homem pela Resolução 128 (VI), de 27 de abril de 1979, da Organização para Proscrição das Armas Nucleares na América Latina (OPANAL), que afirmou que todas as pessoas, os Estados e a humanidade têm o direito de viver em paz (BONAVIDES, 2008, p. 83). Por fim, menciona, tal qual fez Gregorio Peces-Barba, a Resolução 39 da ONU, de 12 de novembro de 1984, que instituiu a Declaração do Direito dos Povos à Paz, e que proclama, em suma, que todos os povos de todo o planeta têm direito à paz (BONAVIDES, 2008, p. 84).

No que diz respeito ao direito interno brasileiro, assevera Paulo Bonavides que a paz está positivada no art. 4º, VI, da CRFB/88 (BONAVIDES, 2008, p. 86), que estatui que a defesa da paz é princípio que rege o país em suas relações internacionais. A essa previsão cabe acrescentar o disposto no art. 4º, VII, que pugna pela “solução pacífica dos conflitos”, e o preâmbulo do texto constitucional, que menciona a “solução pacífica das controvérsias”, havendo ainda referência incidental à paz em seu art. 5º, XV, que preceitua que “é livre a locomoção em território nacional em tempo de paz.” Tal reconhecimento da paz pela Constituição da República a tornou direito “positivo e normativo”, segundo Bonavides (BONAVIDES, 2008, p. 86).

Ao passar do direito positivo ao âmbito doutrinário, o jurista cearense aponta, quando cita o constitucionalista uruguaio Héctor Gross Espiell, que podem ser titulares do direito à paz, conforme o contexto que se apresente, os Estados, os povos, os indivíduos e a humanidade, tendo a paz, como direito individual e coletivo, efeitos internos e internacionais (BONAVIDES, 2008, p. 84).

Dessa forma é que Paulo Bonavides, na esteira da concepção de

paz delineada por Norberto Bobbio, adotada no presente estudo como antes exposto, preconiza o direito à paz como “norma das normas dentre as que garantem a conservação do gênero humano sobre a face do planeta” (BONAVIDES, 2008, p. 86), buscando “garantir a sobrevivência do homem na idade dos artefatos nucleares e da explosão tecnológica” (BONAVIDES, 2008, p. 93), ademais de “punir o terrorista, julgar o criminoso de guerra, encarcerar o torturador, manter invioláveis as bases do pacto social, estabelecer e conservar por intangíveis as regras, princípios e cláusulas da comunhão política.” (BONAVIDES, 2008, p. 91).

Outrossim, o jurista cearense qualifica o direito à paz como “direito natural dos povos”, “direito universal do ser humano” (BONAVIDES, 2008, p. 91) e “supremo direito da humanidade” (BONAVIDES, 2008, p. 93), de modo que sua juridicidade deve ser afirmada, a fim de assegurar a dignidade da pessoa humana. Mas, mais que isso, tendo em vista que no Brasil o direito à paz já se tornou princípio constitucional, Paulo Bonavides sustenta que “como todo princípio na Constituição, tem ele a mesma força, a mesma virtude, a mesma expressão normativa dos direitos fundamentais. Só falta universalizá-lo [...]” (BONAVIDES, 2008, p. 92).

Portanto, Paulo Bonavides sustenta a juridicidade da paz e pugna por sua universalização e efetivação, nos seguintes termos:

Em suma: dantes, a paz tida por direito fundamental nas regiões teóricas; doravante, porém, a paz erguida à categoria de direito positivo. Ontem, um conceito filosófico, hoje, um conceito jurídico. E tanto mais jurídico quanto maior a força principiológica de sua acolhida nas Constituições. (BONAVIDES, 2008, p. 93).

Sintetizados, dessa forma, os aspectos gerais das perspectivas de Gregorio Peces-Barba e Paulo Bonavides acerca da admissibilidade da paz como direito, cumpre passar, ainda que sucintamente, à apreciação das duas concepções.

4 - LEITURA DAS PERSPECTIVAS DE GREGORIO PECES-BARBA E PAULO BONAVIDES ACERCA DA JURIDICIDADE DA PAZ

Embora Gregorio Peces-Barba admita que a paz seja uma pretensão moral justificada (PECES-BARBA, 1999, p. 195), o que satisfaz o primeiro dos requisitos por ele alinhados para a configuração de um direito (fundamental, segundo sua terminologia), e que se possa atribuir à paz

a qualidade de aspiração social, ainda que condicionada por diversos fatores extrajurídicos, de caráter social, econômico e cultural, o que atende ao terceiro requisito por ele disposto ao reconhecimento de um direito, o autor espanhol nega juridicidade à paz em razão do não atendimento ao segundo requisito que enumerou.

Assim, em princípio, a paz não seria tecnicamente incorporável a uma norma que possa obrigar seus destinatários, de modo que sua previsão seja efetiva, suscetível de garantia ou proteção judicial e que se possa atribuir como direito subjetivo, liberdade, poder ou imunidade a titulares concretos, como exige Gregorio Peces-Barba para a configuração de um direito (PECES-BARBA, 1999, p. 109-110).

Todavia, ao menos no Brasil, a paz já conta com expressa previsão constitucional (art. 4º, VI e VII, da CRFB (BRASIL, 1988)) e sua promoção, deve-se reconhecer, repercute diretamente sobre a proteção de outros bens e interesses constitucionalmente tutelados como direitos fundamentais, entre os quais a vida, a liberdade, o patrimônio e a segurança (art. 5º, *caput*, da CRFB (BRASIL, 1988)), de modo que cabe à justiça constitucional sua defesa.

Gustavo Zagrebelsky elenca a paz entre os bens essenciais que devem ser objeto do direito (e conseqüentemente da justiça) constitucional:

La indivisibilità dei diritti che, in generale, è solo un'espressione retorica, lo è meno con riguardo a beni essenziali, come la vita, **la pace**, l'alimentazione, il rispetto delle identità culturali collettive, la libertà e l'autodeterminazione dei popoli, quando sono contraddetti dalle sentenze capitali, dalle guerre, dalle politiche di potenza que colpiscono gli inermi, dalle <pulizie etniche>, dalle repressioni di movimenti di liberazione. In tutti questi casi, anche se non si è colpiti materialmente e direttamente, si avverte l'esistenza di uno scarto che deve essere colmato, di un vuoto di diritto costituzionale all'altezza dei suoi compiti. (ZAGREBELSKY; MARCENÒ, 2012, p. 553-554, grifo nosso).

Portanto, evidencia-se que a paz passou a se revestir de positividade, seja em âmbito internacional (na forma dos diversos atos – Resoluções, Pactos, Declarações – referidos neste estudo) seja, no caso do Brasil, em âmbito nacional (art. 4º, VI e VII, da CRFB), tendo como titulares, conforme o contexto que se apresente, os Estados, os povos, os indivíduos e a humanidade (BONAVIDES, 2008, p. 84), e a ser passível de tutela jurídica por intermédio da justiça constitucional.

Aliás, Paulo Bonavides menciona sentença da Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da República de Costa Rica, proferida em 8 de setembro de 2004, em que o tribunal declarou inconstitucional o ato do Poder Executivo que decidiu pelo ingresso do país na coligação de nações que, encabeçada pelos Estados Unidos da América, pretendia intervir no Iraque caso o governo deste não cumprisse decisão da Organização das Nações Unidas quanto à proibição de armas estratégicas que estariam depositadas em território iraquiano (BONAVIDES, 2008, p. 84).

Assim, sendo a paz interesse positivado (em âmbito externo e interno), que conta com titulares certos e está apto a receber tutela jurídica pela via da justiça constitucional, poder-se-ia em princípio considerar atendido, em relação a ela, também o segundo requisito demandado por Gregorio Peces-Barba para a configuração de um direito fundamental (PECES-BARBA, 1999, p. 109-110).

Por outro lado, Paulo Bonavides sustenta que a paz já é um direito, clamando, contudo, por meios jurídicos adequados para promovê-la e universalizá-la. Dessa forma, há que se buscar subsídios para concretizar a invocação efetuada por Bonavides quanto à paz, a fim de buscar superar os óbices opostos à sua universalidade e efetividade como direito, o que cabe fazer a partir da concepção de Justiça Constitucional de Zagrebelsky.

5 - A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NA PROMOÇÃO DO DIREITO À PAZ À LUZ DA CONCEPÇÃO DE GUSTAVO ZAGREBELSKY

A justiça constitucional, vetorizada à defesa da Constituição, segundo Gustavo Zagrebelsky, é uma aquisição recente, de nosso tempo (ZAGREBELSKY; MARCENÒ, 2012, p. 15), correspondendo a

[...] risoluzione giudiziaria secondo norme giuridiche costituzionali positive delle più alte controversie politiche. Queste controversie politiche possono essere di tre tipi, vertendo su atti giuridici, su rapporti di diritto costituzionale e su comportamenti portatori di minacce per la costituzione. Leggi, conflitti, delitti [...] (ZAGREBELSKY; MARCENÒ, 2012, p. 24, grifo do autor).

Assim, tradicionalmente, a justiça constitucional tem por funções realizar o controle de constitucionalidade das leis (*leggi*), resolver os conflitos entre os Poderes do Estado e entre o Estado e as Regiões (*conflit-*

ti) e desempenhar o juízo penal constitucional (*delitti*) (ZAGREBELSKY; MARCENÒ, 2012, p. 5-10).

Ocorre que essas funções da justiça constitucional seriam típicas de um “direito constitucional fechado” ou “particularismo constitucional”, compreendido por Zagrebelsky e Marcenò como “riduzione di tutto il diritto alla legge sovrana; rilevanza per il diritto di tutto ciò che è interno all’ambito della sovranità e irrilevanza di tutto ciò che è esterno” (ZAGREBELSKY; MARCENÒ, 2012, p. 550).

Assim, para Zagrebelsky e Marcenò hoje sobre a Constituição se deve falar de forma diferente do que se fazia quando foram originalmente concebidos a justiça constitucional e o controle de constitucionalidade, tempo em que aquela norma tinha validade e eficácia no âmbito interno do Estado soberano, de modo a projetá-la na direção de um direito constitucional aberto (ZAGREBELSKY; MARCENÒ, 2012, p. 551).

Com efeito, consideram que a Constituição não é mais função apenas do Estado, pois alargou seus confins, liberando-se dos limites territoriais deste, podendo-se então falar em um “direito constitucional internacional”, que supera o espaço fechado da soberania estatal (ZAGREBELSKY; MARCENÒ, 2012, p. 551). Portanto, segundo Zagrebelsky, o mais estatalista de todos os direitos, que era o Direito Constitucional, tornou-se um direito aberto, que não se dirige mais apenas aos seres humanos encerrados no território de um Estado, mas a todos os seres humanos que vivem sobre a terra (ZAGREBELSKY; MARCENÒ, 2012, p. 551).

Nessa linha, os princípios e direitos fundamentais, embora inscritos em constituições particulares, exprimem, em essência, aspirações universais de todo o gênero humano, entre as quais se pode posicionar, exemplificativamente, a vida, a dignidade, a igualdade, o meio ambiente equilibrado, a paz e a justiça (ZAGREBELSKY; MARCENÒ, 2012, p. 551-552).

Nesse sentido, cita-se como exemplo o disposto, ainda em 2010, na Versão Consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (UNIÃO EUROPEIA, 2010), a qual estabelece que os membros da UE estão resolvidos a executar políticas que fortaleçam não apenas a identidade europeia e a sua independência para promoção da paz da Europa, mas do mundo, com o intuito de contribuir “[...] para a paz, a segurança, o desenvolvimento sustentável do planeta, a solidariedade e o respeito mútuo entre os povos, [...] a protecção dos direitos do Homem [...]”⁶ (UNIÃO EUROPEIA, 2010).

Em tal contexto, até por serem relativas a aspirações humanas

6 Encontra-se no Art. 3º, 5.

universais, certas situações passadas em dado lugar influenciam e são influenciadas por outras situações havidas em local diverso⁷, em distância que supera e por vezes ignora os âmbitos do Estado, da sociedade, da nação e de suas instituições políticas, jurídicas e sociais (ZAGREBELSKY; MARCENÒ, 2012, p. 552). Por conseguinte, a violação (e também a satisfação) de certos interesses de relevância jurídica, inclusive relacionados aos bens constitucionais locais, por vezes desbordam os limites das fronteiras e dos ordenamentos jurídicos nacionais, fenômeno típico da globalização⁸ (ZAGREBELSKY; MARCENÒ, 2012, p. 552).

Esse, por certo, é o caso da paz, conforme exemplificado acima, mesmo como conseqüência das já referidas lições de Paulo Bonavides, que, como visto, qualifica a paz como “direito natural dos povos”, “direito universal do ser humano” (BONAVIDES, 2008, p. 91) e “supremo direito da humanidade” (BONAVIDES, 2008, p. 93).

Desse modo, a fim de que se possa conferir adequada tutela jurídica à paz, há que se formar uma dimensão constitucional que prescindida das divisões territoriais (ZAGREBELSKY; MARCENÒ, 2012, p. 553), já que não se afigura mais possível se pautar pelo sujeito Estado soberano fechado em seu território (ZAGREBELSKY; MARCENÒ, 2012, p. 556), o que se denomina supraconstitucionalidade:

Con riguardo a questo strato di diritto costituzionale posto al di là della sovranità statale, si è parlato di *supra-costituzionalità*, una nozione controversa, eterogenea, risultante da principi di *jus gentium* (il diritto internazionale non pattizio), da convenzioni internazionali multilaterali, dalla partecipazione degli stati a organizzazioni sopranazionali, da principi proclamati intangibili dalle stesse costituzioni nazionali, da principi del cosiddetto <diritto umanitario>, da motivi di giustizia inscritti nel diritto naturale ecc.

7 Nesse sentido já advertia Freud: “Uma boa parte da luta da humanidade se concentra em torno da tarefa de encontrar um equilíbrio conveniente [...] entre essas exigências individuais e as reivindicações culturais das massas, e é um dos problemas cruciais da humanidade saber se esse equilíbrio é alcançável através de uma determinada conformação da cultura ou se tal conflito é irreconciliável.” (FREUD, 2010).

8 Zagrebelsky e Marcenò definem a globalização como “la condizione per la quale eventi lontani, attraverso catene causale del più vario genere, producono conseguenze sulla protezione locale dei beni costituzionali e viceversa: come la condizione per la quale la disciplina locale (o l’assenza di disciplina) di beni costituzionali in un luogo produce conseguenze in altri luogui lontani. <Lontani> significa al di là del confine di validità e di efficacia della costituzione e fuori della portata dei poteri regolatori di cui dispongono le società che li subiscono.” (ZAGREBELSKY; MARCENÒ, 2012, p. 552).

(ZAGREBELSKY; MARCENÒ, 2012, p. 557).

Assim, considera Zagrebelsky e Marcenò que uma atitude aberta quanto à concepção de Constituição não é um luxo ou um acessório, mas uma necessidade vital, pois hoje, diferentemente do passado, um constitucionalismo exclusivamente nacional estaria condenado progressivamente à impotência e à marginalização (ZAGREBELSKY; MARCENÒ, 2012, p. 558).

Dessa forma, considera-se que a universalização e a efetividade do direito à paz, preconizadas por Paulo Bonavides, devem ser entendidas e perseguidas nesse contexto, pautadas a partir da comparação (intercâmbio de experiências entre ordenamentos e justiças constitucionais) e da cooperação constitucionais (tendência a uma justiça constitucional cosmopolita⁹).

Até porque, ao voltar os olhos, por exemplo, a um contexto social e político democrático, como é o caso do Brasil, de acordo com Tripodina (2010), quando se trata de justiça constitucional como instrumento idôneo à democracia, está-se, também, diante de um meio essencial a ela, que deve ser representada pela paz social e que garante o cumprimento e a efetividade dos direitos fundamentais.

[...] quando fala da justiça constitucional como de um “instrumento idôneo” para garantir a essência da democracia: «se a essência da democracia reside não mais na onipotência da maioria, mas no constante compromisso entre os grupos que a maioria e a minoria representam no parlamento (e portanto na paz social), a justiça constitucional parece instrumento idôneo para realizar esta idéia. [...] assim a justiça constitucional é um bom método - um “instrumento idôneo” - para garantir a constituição, as regras do jogo político e os direitos fundamentais [...] (TRIPODINA, 2010).

Por fim, evidentemente tais considerações não constituem nem se pretendem um plano pronto e acabado para a universalização e efetividade do direito à paz, mas se apresentam como um projeto a ser gradualmente desenvolvido.

9 Isso também porque: “Diante deste contexto complexo e de procura de materialização para os direitos humanos, pode-se pensar num conceito ampliado de cidadania e de democracia cosmopolita [...] por se constituírem em deveres éticos para com os outros para além das fronteiras geográficas, ideológicas, raciais, culturais, etc., constituiu-se numa instância de atribuição de legitimidade global” (ABREU, 2011, p. 320-321).

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste estudo, observou-se que a paz pode ser considerada uma situação de ausência de conflito duradouro e organizado entre grupos políticos, um estado de coisas a que normalmente se atribui valor positivo, ao passo que à guerra de regra se confere valor negativo, concepções que, todavia, não absolutas, pois por vezes a guerra pode ser vista como um mal necessário e a paz como um bem insuficiente, sendo certo que esta não pode, por si só, garantir uma vida social perfeita, embora seja uma das condições para a realização de valores sociais fundamentais.

Outrossim, viu-se que em doutrina há perspectivas contrária (Gregorio Peces-Barba) e favorável (Paulo Bonavides) ao reconhecimento da juridicidade da paz.

Nessa linha, a perspectiva que nega juridicidade à paz considera que um direito deve ser uma pretensão moral justificada, tecnicamente incorporável a uma norma e atuante na vida social, características relacionadas à validade, vigência e efetividade do direito e que não estariam presentes na paz para que fosse alçada a tal *status*.

Portanto, caso adotada essa inteligência, não seria a paz um direito, tendo em vista a ambivalência de sua titularidade, a generalidade de seu conteúdo, sua inaplicabilidade no direito interno e a inexistência de um poder político de âmbito internacional capaz de impedir o uso da força, embora seja ela condição para uma vida livre e democrática e para a existência dos direitos humanos e constitua valor superior de nossa cultura política.

Mas há outro posicionamento que, diversamente, considera que a paz é um direito, tendo Paulo Bonavides a deslocado da terceira para a quinta geração de direitos, apontando que foi admitida sua normatividade e positividade, tanto em âmbito externo (declarações, tratados e convenções internacionais) quanto, no Brasil, em âmbito interno (art. 4º da CRFB/88). Sua titularidade, dessa forma, pertence aos Estados, aos povos, aos indivíduos e à humanidade, conforme o contexto considerado, tendo ela a mesma expressão normativa dos direitos fundamentais, embora ainda carecendo de universalização e efetividade. Pode-se, pois, sustentar que os óbices opostos à juridicidade da paz foram removidos, pois já conta ela com expressa positivação externa e interna e com titulares certos e está apta a receber tutela jurídica pela via da justiça constitucional.

Todavia, cumpre apontar que, para sua adequada tutela jurisdic-

cional, há que se migrar de uma concepção fechada para outra aberta de justiça constitucional: aquela reduz o direito à lei soberana aplicável no interior do território do Estado, ignorando tudo o que é externo; esta considera que a Constituição se expandiu para além dos limites territoriais do Estado e sua soberania, abarcando o que lhe é externo.

Tal modificação de perspectiva deve alcançar a compreensão e a aplicação dos direitos e princípios fundamentais constitucionais, pois exprimem aspirações universais de todos os seres humanos, e não somente daqueles que vivem no território de dado Estado, máxime num contexto de globalização.

Com efeito, aspectos fáticos e jurídicos de lugares diversos e distantes, situados fora das fronteiras do Estado, influenciam-se reciprocamente, de modo que, para dar tutela jurídica adequada à paz, há que se formar uma dimensão constitucional que prescindida das divisões territoriais, devendo-se utilizar, para tanto, a comparação (intercâmbio de experiências entre ordenamentos e justiças constitucionais) e a cooperação constitucionais (tendência a uma justiça constitucional cosmopolita).

Por fim, cabe reconhecer que a justiça constitucional é instrumento idôneo à democracia, e que, no contexto desta, constitui meio tendente a promover a paz e a efetividade dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. *Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. (Coleção Ensaios de Processo Civil, v. 3).

BEDIN, Gilmar Antonio. *Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo*. Ijuí: Ed. da Unijuí, 1997.

BOBBIO, Norberto. Paz. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política. Volume 2. L-Z*. 11. ed. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luis Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. Brasília, DF: UNB, 1998. Título original: Dizionario di Politica.

BONAVIDES, Paulo. A Quinta Geração de Direitos Fundamentais. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 3, abr./jun. 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 04 fev. 2019.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Salvador: Juspodium, 2011.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na cultura*. Tradução Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2010. Título original: *Das Unbehagen in der Kultur*.

GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In: VALLE, Juliano Keller do. *Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição*. Florianópolis: Conceito, 2008.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 14. ed. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: GEN/Método, 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel.

Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TRIPODINA, Chiara. È la corte costituzionale l'unico potere buono? Una domanda a Luigi Ferrajoli. Ovvero, sui vincoli e sui limiti del giudice delle leggi. *Costituzionalismo it Fascicolo*, n. 2, 15 luglio 2010.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratos Consolidados – Carta dos Direitos Fundamentais*: Versão Consolidada do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia. 2010. Disponível em: https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/eu_citizenship/consolidated-treaties_pt.pdf. Acesso em: 04 fev. 2019.

ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia Costituzionale*. Milano: Il Mulino, 2012.

AS RECENTES REFORMAS NO ENSINO JURÍDICO E O DIREITO À PAZ: PERSPECTIVAS PARA UMA SOCIEDADE MAIS PACÍFICA?

CAMILA SILVEIRA STANGHERLIN¹

FABIANA MARION SPENGLER²

1 - INTRODUÇÃO

O ensino jurídico desenvolvido no Brasil tem se apresentado como objeto de estudo sob variadas perspectivas, no entanto, recentemente, diante da intensificação dos debates acerca das formas autocompositivas de solucionar conflitos (e seus respectivos textos adicionados ao ordenamento jurídico), o olhar direcionado à formação dos futuros profissionais dessa área tem se maximizado. O típico conhecimento técnico, propagado pelas vastas décadas de uma educação essencialmente dogmática, mostrou-se pouco efetivo diante de direitos fundamentais que clamam por uma interpretação integral, que caucione o acesso qualitativo à justiça, e assegure mecanismos de pacificação da sociedade.

- 1 Dotoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Mestra em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Santo Ângelo/RS; Especialista em Direito Processual Civil pela UNINTER; Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Santiago/RS; Graduanda em Formação Pedagógica de Professores para Educação Profissional pelo Instituto Federal Farroupilha – IFFar/São Vicente do Sul. Professora de Direito no Instituto Federal Farroupilha campus São Vicente do Sul/RS – Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8689-1358>. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6684390089442616>. E-mail: camilastangherlin@hotmail.com.
- 2 Bolsista de produtividade em Pesquisa do CNPq (Pq2). Pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma, na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, com bolsa Capes, mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS, docente dos cursos de Graduação e Pós Graduação lato e stricto sensu da UNISC, Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” vinculado ao CNPq; coordenadora e mediadora do projeto de extensão: “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos” financiado pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC; autora de diversos livros e artigos científicos, e-mail: fabiana@unisc.br ORCID <https://orcid.org/0000-0001-9477-5445>; <http://lattes.cnpq.br/8254613355102364>.

Nesse cenário, permeado pela disseminação de relações diversas e altamente complexas, e pela dependência do Estado na resolução de conflitos - como terceiro imparcial e detentor do comando impositivo - a justiça pacífica e humanizada encontra-se distante. O bom profissional parece enaltecer o perfil beligerante: capaz de disputar batalhas judiciais e sagrar-se vencedor.

Contudo, a ressignificação da resposta ao conflito, por intermédio de uma justiça que satisfaça ao cidadão, requer profissionais que transcendam o conhecimento literal dos dispositivos legais. Os sujeitos jurídicos contemporâneos precisam estar conectados à completude dos direitos fundamentais abarcados pela Constituição Federal, de modo que a humanização das relações jurídicas e sociais possa propiciar uma vivência que denote qualidade de vida. Nesse aspecto, o objetivo dessa pesquisa é averiguar se as recentes modificações, introduzidas pelo Ministério da Educação (MEC) nos cursos de Direito, encontram-se em consonância com os preceitos do direito à paz, e se seus reflexos se traduzem em relações sociais mais pacíficas.

Como órgão responsável pela regulamentação que norteiam o ensino superior no Brasil, o MEC, por meio do Conselho Nacional da Educação (CNE) e da Câmara de Educação Superior (CES), publicou, no fim do ano de 2018, a Resolução CNE/CES nº 5/2018. Esta normativa prevê como necessário desenvolvimento da cultura do diálogo e o uso de meios consensuais de solução de conflitos no âmbito do ensino técnico-jurídico do discente, durante o curso de graduação em Direito, o que, até então, era visto como conteúdo facultativo dentre as matrizes curriculares dos bacharelados.

Dessa maneira, o problema que move a pesquisa questiona: as recentes reformas no ensino do Direito, que anseiam desenvolver a cultura do diálogo e da solução consensual de conflitos, mostram-se condizentes na busca pela efetivação do direito fundamental à paz? A hipótese principal inclina-se à resposta positiva para tal problema.

Como metodologia, se utilizará o método de abordagem hipotético-dedutivo, “que se inicia pela percepção de uma lacuna nos conhecimentos acerca da qual formula hipóteses e, pelo processo de inferência dedutiva, testa a predição da ocorrência de fenômenos abrangidos pela hipótese” (LAKATOS; MARCONI, 2011, p. 110). O levantamento de dados se dará por meio de fontes primárias e secundárias (pesquisa documental e da pesquisa bibliográfica). Ainda, o método de procedimento será o monográfico.

Primeiramente, será construído, a partir da coleta de dados históricos, um breve retrospecto da educação jurídica no país, com ênfase na edificação do tradicional perfil beligerante do profissional de Direito, e sua ressignificação a partir da Resolução nº 125/CNJ. Por conseguinte, será analisado o advento do estudo das formas consensuais de composição de conflitos nas matrizes curriculares dos cursos jurídicos (Resolução CNE/CES nº 5, de 17 de dezembro de 2018), e a efetivação das ferramentas voltadas à pacificação das relações sociais. Por derradeiro, serão averiguadas as possibilidades de concretização do direito fundamental à paz por vias de um ensino jurídico repensado, e comprometido com a humanização dos sujeitos.

2 - O ENSINO DO DIREITO NO BRASIL: BREVE RETROSPECTO

Com uma influência fortemente europeia, arraigado ao Direito Romano e ao Direito Canônico, e com enfoque dogmático e assaz tecnicista, os cursos jurídicos inaugurados no Brasil após a Constituição do Império, de 1824, voltavam-se, claramente, à formação de operadores de Direito, ou seja, sujeitos hábeis às questões de práticas jurídicas, com um conhecimento que suprisse às necessidades pontuais de um mercado de trabalho em expansão. Por outro lado, o viés pedagógico e científico foi sendo rechaçado, de maneira que a produção intelectual não ordenava prioridade, e tampouco eram propiciados espaços de debates, pesquisas, e produções acadêmicas.

O anseio pelo conhecimento técnico encontrava guarida no modo fragmentado do pensamento jurídico, que, aliado ao afastamento de outras áreas possíveis de influência na construção dessa ciência, impulsionava o perfil de uma formação profissional pouco contextualizada. Ademais, “a racionalidade do Direito passou a estar ligada a uma noção de Estado forte, soberano e de norma jurídica hierarquizada” (COSTA; ROCHA, 2018, p. 35), o que era sustentáculo para a almejada perspectiva da segurança das relações jurídicas, mas desconstituía os estudantes para as vicissitudes de uma sociedade em mudanças constantes.

Pouca evolução se apercebeu no ensino jurídico brasileiro desde sua inauguração. O local do saber retrata um verdadeiro replicar de ideias prontas, e de dogmas reverberados. Ainda se vislumbra a ideia inicial de segregação na aprendizagem, em que cada professor ministra suas aulas de forma fechada, com pequena (ou nenhuma) comunicação com as demais.

As disciplinas cursadas traduzem-se em vias objetivas para um conhecimento robotizado capaz de permitir uma ascensão profissional, em que o aprendizado humanístico parece não importar. Ao se focalizar em “bibliografias baseadas em grandes manuais técnicos, esquematizados, os quais não trazem reflexões a respeito dos temas estudados” (DENARDI; FLORÊNCIO FILHO, 2017, p. 104), acaba-se por sujeitar os discentes à aquisição do conhecimento infecundo, com foco na ordem e na afirmação.

Hodiernamente, a percepção da educação jurídica sob o aspecto quantitativo e automatizado (na reprodução de conteúdos), faz verter a ideia de ensino como mero produto a ser consumido. As concepções pedagógicas desenvolvidas, em sua maioria, fazem perpetuar o comportamento do aluno ouvinte-passivo, e acabam associando-se, no âmbito do Direito, a

uma estratégia de adequação do mundo da vida às normas jurídicas, tendo, como atores, os indivíduos e, como postura, uma visão domesticada do mundo e uma pedagogia sustentada na posse estereotipada de um saber inquestionável a ser transmitido dogmaticamente (SANTOS; MORAIS, 2007, p. 69).

O rearranjo social e suas demandas diversificadas avivam a reflexão acerca do papel exercido por aqueles que almejam ser o profissional jurídico do amanhã. Os sujeitos que se encontram no âmbito do Direito, em busca da concretização da justiça, não são apenas indivíduos isolados, mas fazem parte de uma coletividade que está envolta em conflitos plurais, onde o conhecimento proveniente de códigos postos mostra-se aquém das necessidades. Como preleciona Boaventura de Sousa Santos (2015, p. 114), “é necessário partir da ideia de que a dogmática jurídica é apenas um dos saberes jurídicos que vigoram na sociedade”, e que, a visão humanística, por vezes refutada em nome da objetividade, é um dos elos entre o Direito e a justiça.

Nesse segmento, o delineamento profissional que fomenta as disputas judicializadas, e instiga a difusão de processos movidos por sentenças que declaram partes perdedoras e partes vencedoras, faz radicar um sistema judicial pouco eficiente, que não atinge o objetivo precípua de um acesso à justiça para além do acesso ao Poder Judiciário. No entanto, modificações importantes têm sido percebidas em direção à inclusão de mecanismos que possibilitem mais do que decisões adjudicadas para solucionar conflitos de interesse. A conciliação e a mediação, por exem-

plo, são ferramentas que, nos últimos anos, figuraram dentre os grandes temas pesquisados na área do Direito, e em áreas afins.

Apesar de soar como inovação, a autocomposição se trata de instituto já conhecido na seara jurídica brasileira, uma vez que, ainda na vigência da Constituição do Império, a tentativa conciliatória entre as partes era etapa essencial para dar prosseguimento a ação, já que, conforme previa o art. 161, “sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum” (BRASIL, 1824).

Destarte, os anseios observados nas relações sociais contemporâneas remetem à necessidade de se repensar, não apenas o critério dos caminhos que estão sendo disponibilizados aos cidadãos para se atingir o sentimento de satisfação, mas a capacitação e formação dos sujeitos intermediadores. O convencional ensino teórico tem se mostrado improficuo na propositura de respostas às contendas atuais, levando a crer que, tão elementar como o saber técnico, é o conhecimento que propicia o pertinente trato com as relações humanas.

3 - O ARQUITETAR DE UM PERFIL PROFISSIONAL BELIGERANTE

Compreender o quão importante é avaliar e aplicar o mecanismo adequado à modalidade conflitiva, tem sido um grande desafio para o âmbito judiciário. De fato, sabe-se que para dar vivacidade às leis, e torná-las mais do que letras inoperantes, faz-se indispensável profissionais detentores de um perfil proativo, ciente de que a intervenção de um representante estatal como maneira de dirimir litígios não configura via exclusiva.

No entanto, desde as disciplinas propedêuticas, grande parte dos cursos de Direito tem ofertado aos seus estudantes um ensino jurídico identificado com aspectos litigiosos, tendentes ao replicar de linguagens, procedimentos e ritos típicos de uma instrumentalização processual enegessada na cultura da disputa. Como afirma Nalini (2008, p. 295):

O preparo dos futuros bacharéis se preocupa com estratégias agressivas. A ética profissional é a mínima concessão a esse espírito de beligerância jurídica. Prevalece, em círculos eruditos, a concepção de árdua luta nos campos do Direito.

Frente a inserção, ainda que paulatina, do estudo da autocomposição de conflitos como forma possível e adequada de tratar as demandas

provenientes de relações sociais complexas, onde o Poder Judiciário apresenta acentuada dificuldade em atender aos anseios suscitados, a mediação irrompeu-se como inovação, aposta, alternativa.

Tenuemente, alguns bancos acadêmicos principiaram a abordagem de temas referentes à pacificação da sociedade por meio de formas consensuais e de métodos baseados na prática do diálogo colaborativo. A conciliação, já conhecida nos Juizados Especiais Cíveis, fora retomada diante de possibilidades de ampliação de sua prática. Já a mediação, possuindo um enfoque maior nas relações continuadas – sobretudo aquelas providas de afeto - evidenciou-se por seus traços próprios, visto que “sua principal ambição não consiste em propor novos valores, mas em restabelecer a comunicação entre aqueles que cada um traz consigo” (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2018, p. 258).

Justamente, por ter como intuito as especificidades de cada conflito, visando harmonizar os interesses dos envolvidos a partir de uma visão diferenciada - que não vê o outro como adversário, a autocomposição em sua prática genuína, requer um conhecimento que supera as certezas e imposições de um aprendizado discente submetido a execuções predefinidas. Exige-se o enxergar do ser, desvencilhado das limitações que o classificam como “parte”. Importa frisar que “o reconhecimento do outro não é nem a compreensão mútua nem a relação amorosa. Consiste em ver agir no outro a construção do sujeito, tal como a sentimos agir em nós mesmos” (TOURAINÉ, 2006, p. 177).

No entanto, a inserção de disciplinas que se ocupam de tal perspectiva, como aquelas direcionadas ao estudo e à compreensão de métodos não adversariais de solução de conflitos sociais, foi alavancada nos últimos anos em virtude das mudanças legislativas ocorridas após a edição da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, no âmbito do Poder Judiciário. A iniciativa administrativa efetivada pelo CNJ acabou desdobrando-se em leis importantes, como o atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e a Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015), que preveem a conciliação e a mediação realizadas em seara judicial³.

3 Em que pese a existência da autocomposição desenvolvida extrajudicialmente, o presente artigo optou por realizar uma abordagem direcionada ao âmbito judicial, com maior referência aos profissionais desse meio.

3.1 - A RESOLUÇÃO Nº 125 DO CNJ E OS AVANÇOS DA AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS

Com a disseminação dos debates acerca da importância de se institucionalizar formas alternativas à jurisdição tradicional, como mecanismo capaz de contribuir com o caos vivenciado pelo Poder Judiciário e possibilitar aos jurisdicionados meios mais céleres e menos formais, aptos a efetivarem o direito de acesso à justiça, o ano de 2010 foi um verdadeiro marco para a justiça consensual no Brasil.

A Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010, dispôs sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário, introduzindo/ampliando seu debate dentro dos cursos de Direito do país. Apesar de um forte movimento de pesquisadores e entusiastas do tema fomentarem a implantação de disciplinas que cultivam o (re) conhecimento do outro na esfera social, foi apenas com o advento de tal resolução que se vislumbrou um caminho credível. De acordo com a Resolução nº 125:

Art. 6º Para desenvolvimento dessa rede, caberá ao CNJ:

[...]

V – buscar a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos, bem como que, nas Escolas de Magistratura, haja módulo voltado aos métodos consensuais de solução de conflitos, no curso de iniciação funcional e no curso de aperfeiçoamento; (BRASIL, 2010)

Assim, a reestruturação de matrizes curriculares tradicionalmente enrijecidas pelo prisma positivo-normativo predominante passou a ser questionada. A autocomposição, enquanto forma eficaz de tratar conflitos de interesses, começou a conquistar espaços maiores no ensino, na pesquisa e na extensão (tripé da educação valorativa). Diante de um sistema inoperante, projetou-se em mecanismos como a conciliação e a mediação, a estratégia de superação para grande parcela das demandas que se concentravam no Poder Judiciário.

De fato, a decisão impositiva, fruto de uma sentença proferida pelo magistrado tem o condão de dar fim à lide em comento, porém não age no conflito propriamente dito, já que não prioriza os sentimentos

compartilhados pelas partes envolvidas. Como destaca Fabiana Marion Spengler, quando se opta pela resposta adjudicada:

[...] o cidadão ganha de um lado, a tranquilidade de deter a vingança e a violência privada/ilegítima para se submeter à vingança e à violência legítima/estatal, mas perde, por outro, a possibilidade de tratar seus conflitos de modo mais autônomo e não violento, por meio de outras estratégias (2016, p. 147).

No entanto, essas “estratégias” traduzem-se não apenas em desafogamento dos tribunais, mas em descentralização de um sistema vigorosamente concentrado. E vai além: na promoção da pacificação das relações interpessoais; no desenvolvimento de ações autossuficientes por parte dos conflitantes; na efetivação do sentimento de justiça. Contudo, auferir os benefícios produzidos pelo tratamento adequado de um conflito requer uma preparação consentânea dos profissionais envolvidos, de modo que, - não obstante as coordenadas do CNJ para a introdução de disciplinas que estimulam a cultura pacífica - é premente a necessidade de um ensino jurídico que esteja integralmente constituído sob a ótica da diversidade, da pluralidade, da perspectiva interna e externa, da interdisciplinaridade.

Passado um significativo período desde a edição da Resolução nº 125/CNJ, percebe-se que, em termos de ascensão, além da inclusão de importantes dispositivos legais no ordenamento jurídico, (como citado anteriormente, o atual CPC, a Lei da Mediação, e ainda, a Resolução nº 174/2016, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, que trata da autocomposição no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista), ocorreram duas emendas ao texto original da resolução, o que demonstra a busca de adequação do texto à realidade político-social.

Por outro lado, em termos de efetividade das coordenadas suscitadas pelo texto da resolução, tem-se até então, uma mitigada adaptação dos projetos pedagógicos dos cursos de Direito com diretivas que incentivem seus discentes a propagarem uma cultura menos contenciosa, e mais consensual no momento de aplicar o Direito. Nesse sentido, imprescindível assinalar a função do Estado na formulação de orientações administrativas para a oferta de um ensino condizente com as propostas de uma sociedade mais harmônica e pacífica na solução de suas controvérsias, como inclusive, referido no preâmbulo da Constituição Federal.

O Ministério da Educação (MEC), órgão da Administração Federal Direta, que tem como área de competência a política nacional de

educação - sendo responsável por elaborar as diretrizes curriculares nacionais básicas norteadoras dos cursos de graduação - tem atuado, desde sua criação⁴, no estabelecimento de uma composição organizacional comum a todos que estão inseridos do ensino jurídico.

Desde o advento da Constituição vigente, pode-se apontar a Portaria nº 1.886/94 (MEC) como uma das alterações mais intensas na linha de ensino que vinha sendo desenvolvido nos cursos de Direito do país. “Essa portaria fixou diretrizes curriculares para os cursos e trouxe avanços importantes, a exemplo da preocupação com a interdisciplinaridade” (MACIEL, 2017, p. 44). Por conseguinte, frente às necessidades de adaptação ao contexto social, no ano de 2004, publicou-se a Resolução nº 9, de 29 de setembro do mesmo ano, da Câmara de Educação Superior/Conselho Nacional de Educação (CES/CNE), que instituiu novas instruções curriculares para o curso de graduação em Direito, a serem observadas pelas Instituições de Educação Superior.

Dando segmento à proposta de formação de um profissional menos técnico, e com um perfil jurídico mais integralizado ao dinamismo e complexidade das relações sociais, o artigo 3º dessa resolução prescreveu que se deve “assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica” (BRASIL, 2019). Trata-se, pois, de uma reação à tradicional pedagogia desenvolvida em sala de aula, basicamente calcada na reprodução de conhecimento, onde “as palavras se mantêm à distância, exercitam em bloco sua teatralidade para fazer circular as verdades e fundamentá-las como ‘Palavra Legítima’” (WARAT, 2004, p. 341). Nesse encontro, o modelo positivo-normativista de ensino jurídico mostra-se desconexo da efervescência das relações contemporâneas.

A despeito das ações administrativas adotadas, não se obteve a efetividade almejada nas estruturas dos projetos pedagógicos dos cursos jurídicos. Perante a gama de conteúdos destinados ao preparo de um bom combatente, ainda é tímida a parcela de disciplinas que se ocupa da formação humanística e pacifista do profissional de Direito.

Nessa compreensão, recentemente, o Ministério da Educação editou a Resolução CNE/CES nº 5, de 17 de dezembro de 2018 (revogando a Resolução nº 9, de 29 de setembro de 2004), que dentre diversas modificações, acrescentou no rol de conteúdos necessários para a formação

4 O Ministério da Educação foi criado em 1930, durante o governo de Getúlio Vargas, sob a denominação de Ministério dos Negócios da Educação e Saúde Pública. Com as transições políticas, sofreu diversas reformulações até chegar a sua atual estrutura (<http://portal.mec.gov.br/institucional>).

técnico-jurídica do bacharel em Direito, o estudo das formas consensuais de solução de conflitos. Um significativo avanço para o campo das disciplinas que, comumente, figuravam na lista de eletivas, e, eventualmente, restavam desacompanhadas de um viés pedagógico capaz de implementar uma reconstrução da típica visão do bacharelado.

4 - O DESPERTAR DE UMA CULTURA PACIFISTA: FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS MATRIZES CURRICULARES JURÍDICAS

A formação de um profissional jurídico, assim como a educação em si, não pode se atentar somente ao intelecto de seus alunos, às altas notas alcançadas, ou aos níveis de aprovação, mas, além de indicativos dessa espécie, deve-se atender aos preceitos de solidariedade, de empatia, de pacificação. Frente uma sociedade estigmatizada pelos altos índices de ações judiciais - que traz como uma, de suas muitas consequências, o descrédito no Poder Judiciário e nos profissionais deste núcleo - torna-se incontestável rever o plano de formação daqueles que interligam o cidadão ao sistema estatal de justiça.

Apesar do recente contexto histórico que aprofundou o debate e possibilitou a inserção da autocomposição dentre os temas estudados nos cursos jurídicos, sua incidência ainda era superficial diante do maciço conteúdo direcionado aos procedimentos contenciosos. No entanto, por não se tratar de mera complementaridade, mas de instrumentos igualmente destinados ao alcance da justiça e da paz, e, portanto, necessário seu estudo pelos profissionais em formação, é que a Resolução CNE/CES nº 5/2018 cuidou de incluir a temática no eixo fundamental.

Assim, é possível perceber que, ao contrário da antiga resolução que norteava o ensino jurídico com termos mais amplos e essencialmente técnicos, a resolução atual inseriu no decorrer do seu texto expressões atinentes à diversidade sociocultural, à interdisciplinaridade, ao pluralismo contemporâneo, e à importante preparação acadêmica para a solução de conflitos, arrimada no diálogo e na autonomia dos envolvidos. Como se observa:

Art. 3 O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, capacidade de argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, além do domínio das formas consensuais de composição de conflitos, aliado a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem, autônoma e dinâmica, indispensável ao

exercício do Direito, à prestação da justiça e ao desenvolvimento da cidadania. (Grifo não original)

Ainda, o artigo 4º dispõe que:

Art. 4º O curso de graduação em Direito deverá possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, as competências cognitivas, instrumentais e interpessoais, que capacitem o graduando a:
[...]
VI - desenvolver a cultura do diálogo e o uso de meios consensuais de solução de conflitos;

E, finalmente, o artigo 5º explicita o caráter de obrigatoriedade destinado às disciplinas autocompositivas, que, recorrentemente, figuram nos Projetos Pedagógicos dos Cursos de Direito dentre as cadeiras eletivas, com carga-horária exígua, e enfoque suplementar.

Art. 5º O curso de graduação em Direito, priorizando a interdisciplinaridade e a articulação de saberes, deverá incluir no PPC, conteúdos e atividades que atendam as seguintes perspectivas formativas:
[...]

II - Formação técnico-jurídica, que abrange, além do enfoque dogmático, o conhecimento e a aplicação, observadas as peculiaridades dos diversos ramos do Direito, de qualquer natureza, estudados sistematicamente e contextualizados segundo a sua evolução e aplicação às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil e suas relações internacionais, incluindo-se, necessariamente, dentre outros condizentes com o PPC, conteúdos essenciais referentes às áreas de Teoria do Direito, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Internacional, Direito Processual; Direito Previdenciário, Formas Consensuais de Solução de Conflitos; (grifo não original)

A existência de uma normativa indicando a necessidade de uma formação menos litigante reflete as conquistas de uma discussão iniciada há largos anos, que enxergava na alteração/adequação das matrizes curriculares jurídicas, condição indispensável para a mudança cultural almejada. Por óbvio, não se pode crer que o teor resolutivo seja suficiente para construir a transição de uma formação arraigada no litígio, para uma formação de habituais práticas consensuadas.

Para tanto, além de um conteúdo mínimo estabelecido pelo órgão responsável, torna-se essencial atentar-se às influências e desenvolvimentos pedagógicos que conduzem professores e alunos nas salas de aula. Como afirma Morin (2004, p. 105), “qualquer concepção do gênero humano significa desenvolvimento conjunto das autonomias individuais”, associado, ainda, ao sentimento de pertencimento à coletividade. Tais pressupostos não podem ser auferidos tão somente pela aprendizagem tecnicista, mas pela instrumentalidade de uma pedagogia cidadã, comprometida com a efetivação dos direitos fundamentais, dentre os quais salienta-se o direito fundamental à paz: propulsor de uma justiça atenta ao tratamento adequado do conflito e dos conflitantes.

4.1 - A PROMOÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PAZ PELO ENSINO JURÍDICO RESSIGNIFICADO

O incentivo e fomento da autocomposição dos conflitos durante o curso de Direito vai de encontro com os ditames da Constituição Federal de 1988. Além do preâmbulo anunciar o comprometimento do Estado Democrático com a solução pacífica das controvérsias, os princípios, os direitos e garantias fundamentais convergem em face de um superprincípio: a dignidade da pessoa humana. Tal princípio enlaça-se ao direito de pacificação das relações sociais.

Dentre o rol de valores consubstanciados pela Constituição Federal de 1988, pode-se afirmar que “o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional” (PIOVESAN, 2011, p. 79). Nesse sentido, mais do que uma função fundamentadora, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana tem-se um norte para concretizar metas e fins dentro de uma ordem jurídica em constante edificação.

Imperioso ressaltar que, no progresso dos direitos humanos, o direito de viver em paz provém, primeiramente, do reconhecimento disseminado pela Organização das Nações Unidas – ONU, ainda em meados do século XX, passando pelos apontamentos jurisprudenciais internacionais, e galgando o posto de direito fundamental de quinta geração no Estado de Direito, como afirmado por Bonavides (2008).

Normatizado e positivado na Constituição de 1988, o direito à paz soma-se à novos direitos que anseiam pela efetivação de uma sociedade mais justa e igualitária, mas, igualmente, mais autônoma na tomada de decisões, e menos dependente do Estado diante das relações interpessoais. Assim, “a concretização e observância desses direitos humaniza a comunhão social,

tempera e ameniza as relações de poder; e faz o fardo da autoridade pesar menos sobre os foros da cidadania” (BONAVIDES, 2008, p. 86).

Entretanto, é notório que a paz, enquanto direito fundamental, está encoberta por uma invisibilidade que lhe alcança, inclusive, os bancos acadêmicos. Os cursos jurídicos, influenciados pela ordem e segurança atinentes às teorias dogmáticas, enfatizam os direitos fundamentais de cunho processual, como a ampla defesa, o contraditório, o acesso ao Poder Judiciário, entre outros. O direito à paz, como motor das práticas consensuais de solucionar conflitos, timidamente figura dentre os conteúdos debatidos e propostos pelos docentes. Esquece-se que a paz é mais do que a ausência de guerra: é condição para a humanização da vivência em sociedade.

A dimensão sistemática dos direitos fundamentais, refletindo a conjuntura social, toma novos rumos. O constitucionalismo na democracia

atua como um leito aberto às distintas exigências e alternativas práticas, ou melhor, como uma instância crítica capaz de ponderar os bens, a fim de resolver e canalizar os conflitos que podem dar-se entre os diversos valores e interesses tutelados pela normativa constitucional (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 24).

Nessa concepção, o ensino jurídico necessita ampliar seu olhar diante do protagonismo assumido pelos direitos fundamentais mais recentes, como o direito à resolução pacífica das contendas. Não por meio de um estudo pontual, que contempla os limites de contextualização de valores e normas jurídicas, mas através de uma formação profissional que perceba na fundamentalidade da paz, a porta de reinterpretação para uma gama de direitos, e para a própria função judicial.

As modificações que introduzem, dentre os conteúdos necessários à formação do profissional de Direito, o ensino das formas consensuais de tratar conflitos, é uma possibilidade de reformulação do perfil daqueles que atuam em busca da manifestação de uma ordem justa. Não é suficiente o saber técnico, fruto de um perfeccionismo na execução do Direito positivo, mas um conhecimento que perpassa a aplicação de normas, e encontra no desenvolvimento das relações sociais a razão para efetivar uma justiça assentada no humanismo.

Segue-se em importantes passos, como a edição da recente resolução apresentada aqui, todavia, os avanços a serem implementados são muitos. A sala de aula não merece ser uma fábrica de aplicadores de normas e conceitos emoldurados, mas um espaço de reflexão, de aprendizagem recíproca, e de preparação para difícil tarefa de tornar efetivo o acesso à justiça.

5 - CONCLUSÃO

O desenvolvimento, a preparação, e a formação acadêmica dos profissionais de Direito tem se efetivado sob a base de uma tradição positivista, dogmática, e dependente de valores estáticos. Nesse aspecto, a constante mutação social faz desvelar anseios que não mais se satisfazem com os antigos marcos teóricos e as tradicionais circunstâncias metodológicos instruídas em ambiente acadêmico. Assim, na busca por respostas justas às contendas interpessoais, deve-se levar em conta, no arcabouço do constitucionalismo contemporâneo, a interpretação sistemática dos direitos fundamentais.

O direito à paz, compreendido pela doutrina como direito fundamental de quinta geração, traz consigo a percepção do acesso à justiça não apenas pela via contenciosa, mas por meio do tratamento adequado ao conflito, que privilegia a pacificação das relações humanas. Contudo, a estrutura essencialmente processualista das matrizes curriculares dos cursos jurídicos tendem a subjugar disciplinas que se direcionam às práticas dialogadas, consensuais e extrajudiciais. Até mesmo o próprio direito à paz é, habitualmente, estudado (somente) diante de um contexto internacionalizado.

Não ao acaso se estabeleceu uma sociedade litigante, dependente do Estado para a formulação de respostas às contendas cotidianas, e propagadora de uma rotina de disputas judiciais. A despeito do perfil conflituoso nutrido pelos cursos jurídicos, o Ministério da Educação, recentemente, introduziu modificações nas diretrizes curriculares nacionais básicas norteadoras dos cursos de graduação em Direito, prevendo como necessário o estudo dos meios consensuais de solução de conflitos. Essa reestruturação possibilita uma abordagem menos tecnicista do sistema jurídico, o que contribui para incorporação de um olhar interdisciplinar, repensado através do humanismo na convivência social.

Assim, pela elaboração do presente artigo, pode-se concluir que, as reformas empreendidas no ensino do Direito concorrem, ainda que paulatinamente, para o desenvolvimento da cultura do diálogo e da solução auto-compositiva de conflitos, mostrando-se condizentes na busca pela efetivação do direito fundamental à paz. Por óbvio, o sistema de direitos fundamentais precisa ser interpretado por meio de uma unidade de sentido, de maneira que o alcance da resposta justa por parte do cidadão seja consequência da aplicação de um Direito que concatena as dimensões normativas e as dimensões sociais. O lugar da aprendizagem precisa livrar-se das amarras que impedem a expansão humanística, sem medo de, com isso, estar se desvencilhando

da ordem, do formalismo, e da segurança jurídica. As demandas sociais anseiam por uma justiça menos simbólica, e mais democratizada.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos Fundamentais & Justiça** n° 3, Abr./Jun. 2008, pp 82-93.

BOURDIEU, Pierre. **Capital cultural, escuela y espacio social**. 1ª Ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

BRASIL. **Constituição de 1824**. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35041-25-marco-1824-532540-publicacaooriginal-14770-pl.html>. Acesso em 05 jan. 2019a.

BRASIL. CNE. **Resolução CNE/CES 9/2004**. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf. Acesso em: 17 jan. 2019c.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de Novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf. Acesso em 14 jan. 2019c.

BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução CNE/CES nº 5, de 17 de dezembro de 2018**. Disponível em: www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZ-C2Mb/content/id/55640393/d01-2018-12. Acesso em 27 dez 2018.

COSTA, Bárbara Silva; ROCHA, Leonel Severo. **Educação jurídica e formação de profissionais do futuro**. 1ª Ed. Curitiba: Appris, 2018.

DENARDI, Eveline Gonçalves; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. A metodologia da pesquisa nos cursos de direito: uma análise crítica. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. V. 20, n.40 (2017), 91-117.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do tra-**

balho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MACIEL, Richard Crisóstomo Borges. **Ensino jurídico positivista e pedagogia de Warat.** Curitiba: Juruá, 2017.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro.** 9ª Ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2004.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga.** Campinas, SP: Millennium Editora, 2008.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional.** Tradução de Jose Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça.** Coimbra: Almedina, 2015.

SANTOS, André Leonardo Copetti; MORAIS, José Luis Bolzan de. **O ensino jurídico e a formação do bacharel em Direito:** diretrizes político-pedagógicas do curso de Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SPENGLER, Fabiana Marion. SPENGLER NETO, Theobaldo. **A (des) institucionalização da mediação pelo Poder Judiciário brasileiro.** Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 12. Volume 19. Número 3. Setembro a dezembro de 2018, pp. 251-275.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação:** por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2ª Ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2016.

TOURAINE, Alain. Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje. Tradução de Gentil Avelino Tilton. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito:** o sonho acabou. Florianópolis: Boiteux, 2004.

DA VIOLÊNCIA ESCOLAR À CONVIVÊNCIA PACÍFICA: A NECESSIDADE DO TRABALHO CONJUNTO PARA O REESTABELECIMENTO DA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

YULIANA HERRERA MIRANDA DE SOUTO¹

RICARDO APARECIDO DE SOUTO²

INTRODUÇÃO

A violência escolar presente nas escolas brasileiras é sem dúvida um tema que desperta o interesse jurídico como tema de aprofundamentos, na busca de soluções a este problema que afeta o direito fundamental à paz e convivência pacífica, posto que, essa violência institui-se como uma ameaça constante que afeta outros direitos como a qualidade de vida, a dignidade humana e, em casos mais graves o direito à vida de crianças e adolescentes que se encontram em processos de formação intelectual, e de desenvolvimento de sua personalidade; como também a dos professores e pessoas que presta seus serviços nestes ambientes de formação intelectual.

A mesma violência em uma de suas vertentes, conhecida também pelo termo *bullying*, merece um maior compromisso por parte do Estado no desenvolvimento de políticas públicas e normas que permitam prevenir e sancionar todo tipo de ato de violência, tanto física, como psicológica exercida entre estudantes.

São necessárias normas para prevenir e sancionar qualquer tipo de violência nas escolas, apresentando-se, portanto, como ferramentas jurídicas necessárias que permitem materializar e dar efetividade ao disposto na LEI N° 13.663, de 14 de maio de 2018, no qual altera o art. 12 da

1 Abogada colombiana, egresada por la universidad Cooperativa de Colombia, Magister en Ciencia jurídica por la Universidade Estadual do Norte do Paraná-Brasil, Miembro extranjera adjunto de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional.

2 Advogado. Mestrando em Direito (UNIVEM). Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo (UENP-IDCC). Especialista em Filosofia Política e Jurídica (UEL). Concluiu com êxito, conceito (A) o crédito em Retórica e Direito Internacional no Mestrado em Direito Internacional (USP-SP). Coordenador da Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência da OAB-Londrina. Ordem dos Advogados do Brasil e estatutário da Universidade Estadual de Londrina. Membro da Asociación Mundial de Justicia Constitucional (AMJC). Membro da Asociación Argentina de Justicia Constitucional (AAJC).

LEI nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, norma que tem como finalidade incluir a promoção de medidas de conscientização, de prevenção e de combate a todos os tipos de violência, incluindo a promoção da cultura de paz entre as incumbências dos estabelecimentos de ensino, e que conta com aproximadamente um ano de vigência.

O Estado democrático brasileiro tem como um de seus fundamentos a harmonia social conforme a CONSTITUIÇÃO de 1988, e, essa força normativa constitucional permite fortalecer e promover os direitos fundamentais, os princípios e valores, permitindo assim tal exigência do poder legislativo, ou do executivo, no que tange a materialização de normas através de políticas públicas que viabilizem e apresentem soluções a curto, médio e longo prazo às situações conflitivas dentro dos estabelecimentos de ensino.

É por isso que, o objetivo de buscar formas e apresentar ferramentas que ajudem a combater a violência e proteger os direitos fundamentais, se encontra ameaçados ou vulnerados nos ambientes escolares do Brasil. Se traz à baila o exemplo da forma e nuances desenvolvidas na Colômbia desde o ano 2013, pois, este país está trabalhando na temática através da implementação de uma norma³, e Decreto⁴, que cria ferramentas jurídicas concretas, que, além de trazer mudanças nos sistemas educativos, obrigou ao executivo a programar políticas públicas de prevenção, conscientização e sanção da violência nas escolas, sobretudo organizou um trabalho conjunto entre Estado, escolas e sociedade.

Destarte, no presente estudo foram desenvolvidos quatro tópicos. O primeiro denominado “A Violência escolar e as obrigações dos estabelecimentos de ensino”, trazendo conceptualizações do que a violência escolar é. No segundo tópico “2. A quem deve incumbir a implementação de medidas de conscientização, de prevenção, e de combate a todos os tipos de violência e, a promoção da cultura de paz nas escolas?” buscando-se responder este questionamento. E no terceiro tópico “A violência escolar como prática desestabilizadora da convivência harmônica e dos Direitos Fundamentais.” Estuda a forma de como a prática da violência

3 *Ley 1620 de 2013.* “Por la cual se crea el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para el Ejercicio de los Derechos Humanos, la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar.”

4 *Decreto 1965 de septiembre 11 de 2013.* “Por el cual se reglamenta la Ley 1620 de 2013, que crea el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para el Ejercicio de los Derechos Humanos, la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar.”

escolar pode ferir o mandado constitucional. E também o tópico quatro, denominado “A necessidade de Ferramentas jurídicas eficazes para a manutenção da ordem constitucional. Caso Colômbia.” Busca refletir a partir da experiência da Colômbia, sobre a necessidade do Brasil de estruturar um sistema para fazer frente as situações de violência nas escolas que altera o convívio harmônico e vulnera direitos fundamentais.

1 - A VIOLÊNCIA ESCOLAR E AS OBRIGAÇÕES DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO

A violência nas escolas é um tema que desperta interesse da coletividade nestes dias no Brasil, sobretudo pelos recentes acontecimentos de violência marcantes em diferentes instituições educativas de todo o país. Embora tal tema seja mais estudado pelas disciplinas da psicologia e pedagogia, carece urgente uma abordagem desta temática desde uma perspectiva jurídica, que permita trazer soluções a tal problemática de forma urgente, na construção de ferramentas e mecanismos, que à luz do trabalho conjunto entre estas duas disciplinas possa ser efetivada a harmonia social nas instituições de ensino.

Antes de aprofundar no tema, e para um maior desenvolvimento do presente estudo devem ser tidos em conta conceitos atinentes ao objeto do estudo. Conforme manifesta Cubas (2006. p. 23,24), o conceito sobre violência escolar aplicado, deve ter em conta algumas especificações que não afetem de forma negativa a comunidade escolar, devendo, portanto; ser considerado a que tipo de violência se refere? Quem são as pessoas envolvidas? e Quais são as consequências geradas?

Quando se fala de violência escolar e o *bullying*, conforme a UNESCO (2017) devem-se incluir assédios físicos, psicológicos e sexuais, que possuem um forte impacto negativo na aprendizagem dos estudantes, bem como na sua saúde mental e emocional, situações que conforme o Relatório da Situação Global⁵ destaca que a violência escolar é impulsionada por dinâmicas de poder desiguais, e que muitas das vezes é reforçada por normas e estereótipos de gênero, orientação sexual,

5 Relatório apresentado no dia 17/01/2017 em Seul, durante o *International Symposium on School Violence and Bullying: From Evidence to Action*. Evento coorganizado pela UNESCO e pelo Instituto de Prevenção à Violência Escolar da Universidade de Mulheres Ewha.

religiosa e demais fatores que contribuem para a marginalização – como pobreza, identidade étnica ou idioma.

Por outro lado, Charlot (2002, p. 432-433) indica que a violência nas escolas não é um fenômeno novo, entretanto vêm assumindo formas que são novas, tais como em situações de violência graves, no caso de homicídios, estupros, agressões com armas, ataques e insultos a professores, e determinado empoderamento percebido em idades precoces os alunos se revelam violentos até mesmo frente aos adultos, a ameaça permanente aos professores e demais funcionários do âmbito escolar.

São essas novas formas de violência escolar as que causam comoção social e deixa frágil as formas de como o Estado vem agindo frente a essa problemática, que gera violência física ou psicológica a uma ou várias pessoas de forma repetitiva e sem motivações, e que tem como finalidade, intimidar, humilhar, causar dano, angústia, sofrimento e isolamento de pessoas que compartilha um mesmo contexto escolar ou social, colocando-a em posição de desvantagem e afetando o livre desenvolvimento de sua personalidade.

Os casos de violência escolar são alarmantes conforme a UNICEF (2018), em todo o mundo cerca de 150 milhões de estudantes entre 13 e 15 anos de idade, já foram vítimas de violência causadas pelos próprios colegas. Episódios de agressão aconteceram dentro e fora do ambiente escolar. Um relatório divulgado pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) revela a situação que afeta o aprendizado a curto e longo prazo, e pode levar à depressão, à ansiedade e até mesmo ao suicídio.

Conforme relatado, é delicada tal estatística, posto que, estão em risco físico, além de comprometido o livre desenvolvimento da personalidade, do convívio harmônico, do direito à vida e dignidade humana de milhões de crianças e adolescentes em todo o mundo, e às vezes a dimensão da violência apresentada nas escolas é tão grande e frequente, que se acaba interpretando como algo normal, e que faz parte do convívio escolar, embora este não seja harmônico.

A UNICEF (2018) também se refere especificamente ao balanço da violência escolar apresentada no Brasil, que conforme a Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar⁶ do IBGE revelou:

6 Pesquisa nacional de saúde do escolar: 2015 / IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. – Rio de Janeiro: IBGE, 2016. 132 p. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/unicef-metade-dos-adolescentes-no-mundo-sao-vitimas-de-violencia-na-escola/>> Acesso em: 28.02.2019

(...)

7,4% dos estudantes entrevistados disseram ter sofrido bullying na maior parte do tempo ou sempre, nos 30 dias anteriores à pesquisa;

Quando perguntados se eles próprios haviam praticado bullying nos 30 dias anteriores à pesquisa, 19,8% responderam que sim;

23,4% dos estudantes entrevistados responderam ter se envolvido em alguma briga ou luta física, pelo menos uma vez, nos 12 meses anteriores à pesquisa;

12,3% dos estudantes entrevistados foram seriamente feridos, pelos menos uma vez, nos 12 meses que antecederam à pesquisa;

5,7% dos estudantes se envolveram em brigas na qual alguém usou alguma arma de fogo, nos 30 dias que antecederam à pesquisa;

E 7,9% declararam ter se envolvido em alguma briga com arma branca. O percentual é maior entre meninos (10,6%) do que entre meninas (5,4%). E é maior entre estudantes da rede pública, 8,4%, do que entre aqueles da rede privada, 5,3%.

A respeito das estatísticas no Brasil, note-se que os estudantes exercem violência escolar conhecida como *Bullying*, o que demonstra a falta de promoção de medidas de conscientização, de prevenção nas escolas, tendo em conta que em países como Brasil, tanto professores como trabalhadores do setor administrativo não têm as ferramentas jurídicas necessárias e tampouco as políticas públicas é suficiente para mitigar, prevenir e reprimir dentro de suas competências, as situações de violência apresentada nas escolas ou em decorrência do contexto escolar, o que facilita e normaliza por assim dizer a prática do *Bullying*.

Por outro lado, um pouco menos da metade em comparação aos que praticam *Bullying*, são as vítimas que se mantem nessa condição de fragilidade a maior parte do tempo ou sempre, o que deixa ver além do temor e medo, a insegurança e a falta de confiabilidade nas autoridades presentes nas escolas, sejam professores, administradores, como também familiares, para ajudá-los a sair dessa situação de violência que vulnera seus direitos humanos e fundamentais; o que demonstra que, até os mesmos estudantes reconhecem que não há um caminho concreto e efetivo que eles possam percorrer para chegar até a ajuda exitosa.

A estatística apontada também, que existem ocasiões em que a violência apresentada nas escolas sai totalmente do âmbito de competência dos professores e servidores do setor administrativo, pelo fato da violência apresentada se revestir do caráter de delitos, como lesões corporais, homicídios, uso ou ameaça com arma branca ou de fogo, entre

outros; situações em de prerrogativa pertinente à autoridades ou instituições externas. Em situações delicadas de violência é necessário esclarecer até onde vai a responsabilidade da escola, de que forma deve agir, e até onde chegam seus âmbitos de competência?

2 - A QUEM DEVE INCUMBIR A EFETIVAÇÃO DE MEDIDAS DE CONSCIENTIZAÇÃO, DE PREVENÇÃO, A PROMOÇÃO DA CULTURA DE PAZ, E COMBATE A TODOS OS TIPOS DE VIOLÊNCIA NAS ESCOLAS?

Os esforços para combater a violência nas escolas no Brasil, tanto por parte do poder legislativo como do executivo mostra-se não ser muito eficiente, conforme a escassa normatividade atual, e falta de políticas públicas dirigidas à promoção da cultura de paz e erradicação da violência escolar.

Nos primeiros meses do ano 2018 o Congresso Nacional Decretou a LEI Nº 13.663, sancionada pelo presidente Michel Temer; lei que ficou conhecida como a lei contra a violência escolar ou combate ao *bullying*, a qual alterou o artigo 12 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996⁷, para incluir a promoção de medidas de conscientização, de prevenção e de combate a todos os tipos de violência e, a promoção da cultura de paz como uma obrigação dos estabelecimentos de ensino, constando em dois artigos:

Art. 1o O caput do art. 12 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido dos seguintes incisos IX e X:

“Art. 12.

IX - promover medidas de conscientização, de prevenção e de combate a todos os tipos de violência, especialmente a intimidação sistemática (*bullying*), no âmbito das escolas;

X - estabelecer ações destinadas a promover a cultura de paz nas escolas.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

O artigo 12 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, dispõe sobre as incumbências dos estabelecimentos de ensino; razão pela qual o tema de violência escolar passa a ser de competência e obrigação dos Estabelecimentos de ensino, devendo estes combater e prevenir todos os

7 Lei que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

tipos de violência escolar.

Apresentam-se algumas inconformidades sobre a aplicabilidade e efetividade da LEI N° 13.663 de 2018, para o cumprimento das obrigações delegadas exclusivamente aos estabelecimentos de ensino, posto que, não foram dadas até a atual data diretrizes, como tampouco ferramentas para combater a violência nas escolas, situação que dificulta a materialização da lei em menção; como também se apresentam críticas ao respeito de Quem deve realmente assumir a responsabilidade de combater a violência escolar? É das instituições de ensino ou é uma responsabilidade compartilhada com Estado, sociedade, Escola e família?

A respeito desse questionamento Digiácomo (2013) nos apresenta um caminho para buscar responder de forma correta; ele indica que o combate à violência deve buscar primordialmente suas raízes, onde obviamente se encontram além dos limites da escola, e que acima de tudo precisa assumir sua missão legal e constitucional de promover, junto aos educandos, “o pleno desenvolvimento da pessoa” e “seu preparo para o exercício da cidadania”. Isso conforme o art. 205 da Constituição Federal:

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 violência escolar é decorrente desse contexto, porém não sempre acontecem especificamente dentro dos estabelecimentos de ensino, esta podendo acontecer fora destes ou em espaços virtuais, como redes sociais etc., situações que dificulta o cumprimento da obrigação imposta pela LEI N° 13.663 de 2018 aos estabelecimentos de ensino, de combater a violência nas escolas de forma quase que isolada. Não seria melhor o trabalho conjunto e as responsabilidades compartilhadas?

A LEI N° 8.069, de 13 de julho de 1990⁸, prevê no Art. 18. Que é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. Nesse sentido, Digiácomo (2013) indica que a fórmula mais adequada para o combate à violência nas escolas encontra-se no envolvimento dos alunos, de suas famílias e da comunidade, com sua integração cada vez maior ao ambiente escolar e a participação efetiva no debate acerca dos problemas relacionados à escola como

8 Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

em sua solução, devendo, portanto, ser desenvolvidos com respaldo nos dispositivos constitucionais que tratam da educação, tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) quanto a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96).

Sendo assim, a obrigação de implementação de medidas de conscientização, de prevenção e de combate a todos os tipos de violência e, a promoção da cultura de paz nas escolas deve corresponder à família, à sociedade, Estado e estabelecimento de ensino, para que de forma uníssona possam alcançar o objetivo como é o convívio harmônico e pacífico dos estudantes dentro e fora das escolas, obrigação esta, conjunta, e encontra seu respaldo na Constituição Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Conforme o conteúdo constitucional, não corresponde unicamente aos estabelecimentos de ensino promover e assegurar a convivência comunitária e pacífica, o dever envolve e obriga a família e sociedade a garantir que, tanto as crianças como adolescentes em processos de formação acadêmica possam plenamente ter resguardado seus direitos fundamentais, como a dignidade humana e liberdades, mantendo-os a salvos de qualquer perigo que possa comprometer esses direitos e liberdades, como também é uma responsabilidade que corresponde ao Estado representado através de suas diferentes instituições.

3 - A VIOLÊNCIA ESCOLAR COMO PRÁTICA DESESTABILIZADORA DA CONVIVÊNCIA HARMÔNICA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Neste tópico pretende-se indicar como as práticas de violências presentes nas instituições de ensino infringem diretamente a norma Constitucional, com o intuito de refletir sobre as medidas urgentes que devem ser tomadas desde o âmbito de competência das entidades ou instituições, que tem o dever conforme a Constituição de assegurar a convivência comunitária, interpretado como o direito à paz; e a necessidade do trabalho

conjunto para superar o estado de crise em que se encontra a convivência harmônica na maioria das instituições de ensino e restabelecimento da dignidade humana, direitos e liberdades, e o direito ao respeito.

O respeito tem sua pretensão na tutela da dignidade humana e direitos da personalidade, razão pela qual é reconhecido como um direito conforme o artigo 17 da LEI Nº 8.069, de 13 de julho de 1990- ECA.

O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

A dignidade humana como direito autônomo, como valor e princípio constitucional deve ser promovido nas instituições de ensino, pois, é através do reconhecimento e respeito do outro como ser humano dotado de direitos, que podem ser efetivados os outros direitos; nesse entender, manifesta Alexandre de Moraes (2003, p. 41):

“a dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é 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, 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 todas as pessoas enquanto seres humanos;”

A constituição Federal de 1988 manifesta que o Estado Brasileiro instituído como Estado Democrático tem como finalidade assegurar o pleno exercício de direitos, liberdades, segurança, bem-estar, desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, garantindo direitos e liberdades, devendo necessariamente ser orientados pelo princípio da dignidade humana.

Essa necessidade de reger os direitos e deveres pelo princípio e norma da dignidade humana deve-se ser conforme Ingo (2015; p. 96), a

que todos os direitos fundamentais encontram sua vertente no princípio da dignidade da pessoa humana, posto que, além de ser considerado um direito em si mesmo, como autêntico direito fundamental e autônomo, tem como função ser elemento referencial para a aplicação e interpretação dos direitos fundamentais.

A violência escolar é uma prática que contrasta com o mandado constitucional e vulnera a dignidade Humana, em que, inclui maus tratos físicos, psicológicos que impactam de forma negativa a saúde física, mental e emocional dos estudantes, gerando também problemas a seu desenvolvimento de aprendizagem, situação que vulnera flagrantemente os direitos da personalidade, que conforme Bittar (2015, p. 56), são aqueles direitos do ser humano inatos, impostergáveis, anteriores ao Estado, e inerentes à natureza livre do homem, tais como o direito à vida, à integridade física, o direito à intimidade, à integridade psíquica, a honra entre outros.

Também se considera como uma prática que contraria a manutenção da harmonia social, permitindo que sejam desenvolvidos os objetivos do Estado Democrático, como é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, conforme a o artigo 3º, inciso I e IV da Constituição Federal. A harmonia social apresenta-se como a forma de materialização da paz, não obstante, conforme a declaração da ONU (1999)⁹ a paz não é apenas a ausência de conflitos, mas que também um processo positivo, dinâmico e participativo em que se promova o diálogo e se solucionem os conflitos dentro de um espírito de entendimento e cooperação mútua.

Sendo assim, todas aquelas ações que sejam contrárias o ordenamento constitucional, especificamente o contemplado no artigo 5º que dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, devendo ser garantidos a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança etc., merecem atenção prioritária por parte do Estado, seja para punir conforme o inciso XLI do mesmo artigo, ou para em casos especiais como violência escolar, realizar as ações necessárias para combater esse tipo de prática, desde a sensibilização, conscientização e medidas de proteção por parte do Estado, sociedade, família e escola que permitam estabelecer uma cultura de paz.

9 Nações Unidas. **Declaração e programa de ação da ONU sobre uma cultura de paz.** 13 de setembro de 1999. Disponível em: <<http://www.comitepaz.org.br/download/Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20uma%20Cultura%20de%20Paz%20-%20ONU.pdf>> Acesso em: 22.02.2019

Como manifesta Bazzano (2006):

Para construir uma cultura de paz é necessário promover as transformações necessárias e indispensáveis para que a paz seja o princípio regente de todas as relações humanas e sociais. E essas transformações vão desde a dimensão dos valores, atitudes, estilos de vida até as estruturas políticas, econômicas, jurídicas e as relações políticas internacionais. Enfim, promover a cultura de paz significa e pressupõe trabalhar de forma integrada a favor das grandes mudanças desejadas por uma imensa parte da humanidade: justiça social, igualdade entre os sexos, eliminação do racismo, tolerância religiosa, respeito às minorias, educação universal, equilíbrio ecológico e liberdade política. A cultura de paz poderia se transformar no elo que interliga e abrange todos esses ideais num único processo de transformação, como esta pesquisa procurou demonstrar e sustentar.

Neste cerne, não pode o poder legislativo e executivo deixar exclusivamente às instituições de ensino a responsabilidade da promoção de medidas de conscientização, de prevenção e de combate a todos os tipos de violência, quando a mesma Constituição prevê no artigo 227 que o dever corresponde a o Estado, família e sociedade.

4 - A NECESSIDADE DE FERRAMENTA JURÍDICA CONCRETA PARA A MANUTENÇÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL. CASO COLÔMBIA

Devido à gravidade que as práticas de violência nos estabelecimentos de ensino representam, se faz necessário consolidar e unificar ferramentas jurídicas e administrativas que permitam formar em todos os estabelecimentos de ensino, sejam eles públicos ou privados, à cultura de paz e convivência harmônica, embora não seja fácil, é necessário começar a trabalhar conjuntamente nessa problemática de forma urgente, projetando-se objetivos a curto, médio e longo prazo, para prevenir e erradicar a violência nas escolas.

A ordem social e jurídica deve ser mantida ou restabelecida em todos os contextos, sobretudo nos ambientes de formação acadêmica, e fora destes quando estudantes encontrem-se relacionados seja como vítima ou como ocasionador da violência, como outro estudante que

pertence ou não a mesma instituição educativa; devendo, portanto, ser utilizados todos os mecanismos que ajudem aos estudantes conscientizar sobre os riscos e afetações que as práticas de violência escolar ou *bullying* podem gerar, e como segunda medida a sanção pedagógica ou penal quando apresenta-se práticas de delitos.

Como manifesta Hans Kelsen (1881-1973, p. 17):

Vista de uma perspectiva psicossociológica, a função de qualquer ordem social consiste em obter uma determinada conduta por parte daquele que a esta ordem está subordinado, fazer com que essa pessoa omita determinadas ações consideradas como socialmente - isto é, em relação às outras pessoas - prejudiciais, e, pelo contrário, realize determinadas ações consideradas socialmente úteis. Esta função motivadora é exercida pelas representações das normas que prescrevem ou proibem determinadas ações humanas.

(...) uma ordem social pode - e é este o caso da ordem jurídica - prescrever uma determinada conduta precisamente pelo fato de ligar à conduta oposta uma desvantagem, como a privação dos bens acima referidos, ou seja, uma pena no sentido mais amplo da palavra. Desta forma, uma determinada conduta apenas pode ser considerada, no sentido dessa ordem social, como prescrita - ou seja, na hipótese de uma ordem jurídica, como juridicamente prescrita - na medida em que a conduta oposta é pressuposto de uma sanção (no sentido estrito).

Conforme ao exposto por Kelsen, se faz necessários no Brasil estabelecer uma norma específica e concreta que proíba aos estudantes realizar ações consideradas como socialmente prejudiciais ao convívio harmônico, aos direitos e liberdades; proibição que deve envolver o exercício de políticas públicas que ajudem ao ser humano em formação a realizar ações consideradas socialmente úteis. É assim, que através da consolidação de ferramentas jurídicas junto com políticas públicas, pode resultar na fórmula para combater a violência nas escolas.

Como exemplo dessas fórmulas, de um trabalho conjunto, normatividade específica e políticas públicas, encontra-se o país da Colômbia, que conta com um conjunto de estratégias para a erradicação da violência e promoção de direitos humanos nos contextos escolares. Embora não se pretenda fazer aqui um estudo comparado, se tem como objetivo específico ratificar que além de delegar funções e deveres, pode ser estruturado de forma conjunta um esquema funcional que sirva como

ferramenta para viabilizar e concretizar o fomento da cultura de paz nos estabelecimentos de ensino.

Razão pela qual serão comentados aspectos que a normatividade colombiana trouxe, e as quais poderiam servir de exemplo para ser formuladas no território brasileiro. Na Colômbia faz aproximadamente sete anos entrou em vigor a *Ley 1620 de 15 de marzo de 2013* a qual criou um Sistema Nacional de Convivência Escolar e formação para o exercício dos direitos humanos, a qual busca prevenir e mitigar a violência escolar. A lei 1620 de 2013, em seu artigo 2, traz uma definição do que é *Bullying*

“Conducta negativa, intencional metódica y sistemática de agresión, intimidación, humillación, ridiculización, difamación, coacción, aislamiento deliberado, amenaza o incitación a la violencia o cualquier forma de maltrato psicológico, verbal, físico o por medios electrónicos contra un niño, niña, o adolescente, por parte de un estudiante o varios de sus pares con quienes mantiene una relación de poder asimétrica, que se presenta de forma reiterada o a lo largo de un tiempo determinado.

También puede ocurrir por parte de docentes contra estudiantes, o por parte de estudiantes contra docentes, ante la indiferencia o complicidad de su entorno. El acoso escolar tiene consecuencias sobre la salud, el bienestar emocional y el rendimiento escolar de los estudiantes y sobre el ambiente de aprendizaje y el clima escolar del establecimiento educativo”.

Essa definição traz explicitamente as ações que se considera prejudiciais, portanto, tipificadas em virtude de lei, na forma como podem ser exercidas a qualificação de um sujeito ativo e um passivo, a reiteração das ações e o grave dano que gera sobre a vítima; definição que foi necessária para entender e conhecer de forma específica quando se está frente a conduta negativa, que afeta o convívio harmônico, os direitos fundamentais, da personalidade e direitos humanos.

A Lei 1620 de 2013, basicamente o que fez foi criar no âmbito Federal um sistema de convivência escolar na Colômbia, denominado *Sistema Nacional de Convivencia Escolar* composto em três instancias, Federal, Estadual e Municipal, que tem como objetivo a promoção, orientação e coordenação de estratégias, programas e atividades, e como princípio fundamental a corresponsabilidade, a qual envolve instituições educativas, a família, a sociedade e o Estado, para garantir a proteção integral de crianças, e adolescentes nos espaços educativos.

Para cumprir com essa finalidade foi estabelecida uma Rota de atenção integral para a convivência escolar, que teria como objetivo a prevenção, proteção, detecção precoce e denúncia de todas aquelas condutas que atentam contra a convivência escolar, a cidadania, exercício dos direitos humanos dos estudantes em todos os níveis de ensino, especialmente os relacionados com assédio escolar, violência escolar, incluindo os gerados através da utilização de internet.

Esse Sistema de Convivência Escolar foi constituído por comitês externos e internos em cada estabelecimento de ensino, o Comitê Federal se for no caso do Brasil, estaria conformado pelos ministros de educação, de saúde, cultura, de Tecnologias da informação e comunicações, pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, o Ministério Público Federal, a Associação Brasileira de Educação-ABE, pela Associação dos Professores de Escolas Públicas-APEP, a Associação dos Professores e Educadores do Distrito Federal-ASPEDDF, a Associação Brasileira de Escolas Particulares- ABEPAR.

No plano Estadual e municipal esses comitês estariam conformados pelos secretários de Estado de Comunicação Social e Cultura, o secretário de Estado da Educação e Esporte, o secretário de Estado da Saúde, o Conselho Estadual Dos Direitos da Criança e do Adolescente-CEDCA, o Ministério Público estadual e os Conselhos Tutelares, devendo esses três comitês harmonizar, articular e coordenar ações, políticas e estratégias relacionadas ao fomento do desenvolvimento de competências cidadãs, através de processos de formação que incluam além da informação, reflexão e ações sobre os imaginários coletivos em relação à convivência harmônica, isso em atenção ao artigo 227 da Constituição Federal.

No plano interno de cada instituição educativa pública e privada, também foi conformado na Colômbia um comitê escolar de convivência o qual conforme o Decreto N° 1965 de 2013, seria o primeiro em ativar a Rota de atenção integral, esse Comitê jaz conformado pelo diretor da instituição educativa, um representante dos estudantes, um representante dos pais de família, um representante dos professores, os quais têm funções, deveres, responsabilidades e sanções quando se apresenta um agir omissivo por parte destes comitês. Note-se como a participação da família, também se faz fundamental, razões pelas quais lhe foram dadas obrigações, deveres e funções no fortalecimento e formação para a cidadania, devido ao papel central que tem na prevenção e mitigação da violência escolar.

A Rota de atenção integral para a convivência escolar da qual fala a Lei e Decreto colombiano, refere-se aquelas que definem os processos,

e os protocolos que deverão seguir as entidades e instituições que conformam o sistema de convivência escolar para a formação dos direitos Humanos, para a prevenção e mitigação da violência escolar, em todos os casos em que se percorra afetada a convivência escolar, os direitos humanos, devendo articular uma oferta de serviços ágil, integral e complementar, devendo conter em todo caso quatro componentes como são a promoção, a prevenção, a atenção e seguimento.

Observe-se como no caso da Colômbia é possível o trabalho coordenado, conjunto para a disposição de ferramentas que permitam aos professores, estudantes e pai de família saber como agir para cercear situações de violência, que protocolos seguir para restabelecer direitos, e garantir os direitos dos estudantes e até dos professores. O Brasil tem que encarar a situação de violência escolar com muito mais compromisso e responsabilidade se permitindo estruturar um sistema integral para prevenir e mitigar as situações de violência que se encontrem presentes nas escolas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A superação da violência nas escolas no Brasil, embora seja um trabalho duro e árduo, devem começar a serem consolidados através de um trabalho articulado entre sociedade, Estado, escola e família, apresentando-se como fórmula eficaz para enfrentar de forma concreta a violência que atualmente se apresenta nos contextos escolares. A problemática da violência escolar deve ser enfocada além da perspectiva psicológica, numa perspectiva jurídica que proteja os direitos constitucionalmente estabelecidos, pois, é através desta perspectiva que podem surgir normatividades e ferramentas que permitam que a curto, médio e longo prazo, possam ser abolidas as práticas que geram violência física ou psicológica que vulneram a dignidade da pessoa humana, o livre desenvolvimento da personalidade e até o direito à vida de crianças e adolescentes que estão em processos de formação.

A atual normatividade sobre o assunto no Brasil é escassa e sem estrutura para sua aplicabilidade, o que ocasiona a falta de coordenação entre entidades estatais para praticar políticas públicas que permitam a promoção de medidas de conscientização, de prevenção, de combate a todos os tipos de violência e a promoção da cultura de paz, conforme o disposto na LEI Nº 13.663, de 14 de maio de 2018.

Considera-se que, devem ser regulamentadas normas que estabeleçam responsabilidades além das escolas, aos pais de família, e entidades

do Estado que tenham dentro de suas responsabilidades a promoção e proteção dos direitos humanos das crianças e adolescentes, carecendo ser estabelecidos protocolos e diretrizes de como devem agir os professores frente a situações que afetam o convívio harmônico e direito fundamental; como também estabelecer concretamente a quem se devem dirigir os estudantes que se encontrem afetados com situações que denigram sua dignidade; oferecendo segurança e certeza de que serão protegidos seus direitos. Também se faz necessário que os estudantes conheçam a gravidade e as consequências que podem enfrentar com a alteração do convívio harmônico, e vulneração de direitos fundamentais, devendo ser trabalhado a situação de violência primeiramente desde a prevenção.

Embora as instituições de ensino sejam as primeiras em agir para prevenir ou buscar soluções a situações conflitivas nos contextos escolares, a intervenção de outras instituições do Estado e da família são fundamentais para o acompanhamento integral dos casos apresentados para a obtenção de resultados positivos.

REFERÊNCIAS

BAZZANO, Ariana. **Direitos Humanos e Cultura da Paz: Uma Política Social de Prevenção à Violência**. Serviço Social em Revista (Online), v. 8, p. 2, 2006. Disponível em: < http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c-v8n2_ariana.htm> Acesso em: 20.02.2019.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. / Carlos Alberto Bittar. 8 ed., ver., aum. e mod. Por Eduardo C.B. Bittar. - São Paulo: Saraiva, 2015

BRASIL. Presidência Da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **LEI Nº 13.663, DE 14 DE MAIO DE 2018**.

_____. Presidência da República. **LEI Nº 9.394, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

_____. Presidência da República. **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

CHARLOT, Bernard. **A violência na escola: como os sociólogos franceses abordam essa questão Sociologias**, vol. 4, núm. 8, julio-diciembre, 2002, pp. 432-443 Universidade Federal do Rio Grande do Sul Porto Alegre, Brasil.

COLOMBIA. Congreso De La República de Colombia. **LEY 1620 DE 2013** (marzo 15) Diario Oficial No. 48.733 de 15 de marzo de 2013. Por la cual se crea el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para el Ejercicio de los Derechos Humanos, la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar.

_____. Presidencia de la República de Colombia. **DECRETO 1965 DE 2013** (octubre 07) por el cual se reglamenta la Ley 1620 de 2013, que crea el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para el Ejercicio de los Derechos Humanos, la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **Violência nas escolas: sugestões para o enfrentamento do problema**. Ministério Público do Paraná: 2013. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-830.html>>. Acesso em:

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito** / Hans Kelsen; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. - (Ensino Superior)

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. UNICEF: **metade dos adolescentes no mundo são vítimas de violência na escola**. Publicado em 10/09/2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/unicef-metade-dos-adolescentes-no-mundo-sao-vitimas-de-violencia-na-escola/>> Acesso em: 28.02.2019.

_____. **Declaração e Programa de Ação da ONU Sobre uma Cultura de Paz**. 13 de setembro de 1999. Disponível em: <<http://www.comitepaz.org.br/download/Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20uma%20Cultura%20de%20Paz%20-%20ONU.pdf>> Acesso em: 22.02.2019

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** / Alexandre de Moraes. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

RUOTTI, Caren. **Violência na escola: uma guia para pais e professores**/Caren Ruotti, Renato Alves, Viviane de Oliveira Cubas. - São Paulo: Andhep: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006.

REPRESENTAÇÃO DA UNESCO NO BRASIL. **Novo Relatório da UNESCO sobre Violência Escolar e Bullying é lançado em Simpósio Internacional**

sobre questão que afeta milhões em todo o mundo. 13.01.2017 - UNESCO Office in Brasília. Disponível em: http://www.unesco.org/new/pt/brasil/abt-this-office/single-view/news/new_unesco_report_on_school_violence_and_bullying_to_be_rele/> Acesso em: 26.

A COMUNIDADE JUSTA E A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO DESENVOLVIMENTO DA PAZ NAS RELAÇÕES HUMANAS EM SOCIEDADE

DANIEL MAYER DE BRUM¹

Resumo: O artigo busca analisar o alcance e possibilidades da realização da paz social através da consideração da participação social nas decisões governamentais, aplicando o conceito de “comunidade justa”, proposto por Lawrence Kohlberg, em seus estudos sobre os níveis morais. Comparam-se sociedades extrativistas e inclusivas, a fim identificar quais os motivos, em termos de estruturação social, são responsáveis pelos efeitos observados nestes tipos de comunidades, se de fato são provenientes da concentração de poder, para que se possa considerar eficaz a distribuição do mesmo, por meio do tipo de participação social que se propõe, a fim de que a paz social seja alcançada.

Palavras-chave: Estrutura social. Extrativista. Inclusiva. Participação popular. Paz. Comunidade justa.

1 - INTRODUÇÃO

A participação do indivíduo na sociedade da qual faz parte, e sua contribuição pessoal para a coletividade, deve ser analisada de modo integrado, a fim de que se possa conhecer por completo os motivos pelos quais tanto a sociedade contribui na formação do ser humano, quanto este, além de perseguir objetivos pessoais, ainda procura ser parte integrante de um processo benéfico de transformação do meio em que vive. A partir da compreensão do sentimento que os integrantes de cada estrutura social possuem com relação ao grupo é que se pode concluir se a sociedade tem características propícias ao desenvolvimento e perpetuação de seu modelo, ou está condenada à perenidade.

Para tanto, o modo de produção, assim como a organização das instituições que compõe determinado grupo social, são de suma impor-

¹ Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Brasileira de Tributação – FBT. Advogado. E-mail: danielmbrum@gmail.com.

tância na compreensão. Isto em razão de que, historicamente, sociedades que se utilizam da maior parte de seus integrantes como objeto na busca pelo interesse de grupos menores, concentrando o poder de decisão em menos mãos, tendem a ser objeto de ruína, enquanto que grupos onde cada indivíduo tem influência no destino do todo, é mais propício a evolução conjunta, tanto de seus integrantes, como da sociedade.

O fenômeno pode ser explicado, em parte, pela natureza humana. É cediço que o ser humano, desde os mais básicos estágios de desenvolvimento moral, busca a preservação própria. Porém, com o desenvolvimento moral do indivíduo, se intensifica o sentimento de pertencimento à comunidade, assim como o interesse próprio é mitigado em prol do bem comum. Não se pode dizer que um sobrepõe ao outro, mas que algum deles pode ser mais acentuado, restando o equilíbrio entre as duas esferas o provável responsável pela evolução das sociedades que o alcançam. Afinal, a nação é mais do que a soma dos indivíduos que a compõe, pois ela própria sente, pensa e age, da mesma forma que sentem, pensam e agem os indivíduos que a compõe (IHERING, 1978, p. 67).

Relacionada a esta ideia, é a proposição dos conceitos de instituições extrativistas ou inclusivas, uma das explicações centrais para a forma de constituição das sociedades e sua chance de ser bem-sucedida ou perecer. Enquanto a primeira se utiliza das tecnologias existentes para engendrar sistema impositivo de produção, a segunda a estimula a novos avanços, com a construção coletiva de um modo de produção de riquezas, em que cada um se sente parte do todo, pois não se restringe a luta pelo direito do ser humano à esfera da vida social privada ou pública, somente, mas transcende ambas (IHERING, 1978, p. 67).

Estes conceitos, de instituições ou comunidades extrativistas e inclusivas, são extraídos da obra intitulada “Por que as Nações Fracassam” e estão intimamente relacionadas com diversas outras teorias sociais que buscam a compreensão da organização da sociedade e dos meios pelos quais algumas de suas estruturas são mais propensas à evolução e ao atingimento da paz.

Instituições econômicas inclusivas [...] são aquelas que possibilitam e estimulam a participação da grande massa da população em atividades econômicas que façam o melhor uso possível de seus talentos e habilidades e permitam aos indivíduos fazer as escolhas que bem entenderem. Para serem inclusivas, as instituições econômicas devem incluir segurança da propriedade privada, sistema jurídico imparcial e uma gama de serviços públicos que proporcionem condições igualitárias para que as pessoas possam

realizar intercâmbios e estabelecer contratos, além de possibilitar o ingresso de novas empresas e permitir a cada um escolher sua profissão [...] As instituições políticas extrativistas concentram poder nas mãos de uma pequena elite e impõem poucas restrições ao exercício de seu poder. As instituições econômicas são então, em geral, estruturadas por essa elite, de modo a extorquir recursos do restante da sociedade. As instituições econômicas extrativistas, assim, naturalmente acompanham suas congêneres políticas. Com efeito, sua sobrevivência será inerentemente dependente de instituições políticas extrativistas (ACEMOGLU, 2012, p. 79).

Em outros termos, é perceptível a lógica da construção dos conceitos, pois a observação empírica já nos auxilia na assimilação de que a imposição de um modelo sobre as pessoas – ainda que muito bem estruturado e com formas de controle social – não consegue atingir os mesmos objetivos que uma estrutura pensada e aceita espontaneamente pelos indivíduos, justamente em razão de que aquela é imposta, fazendo com que o sentimento de desconexão do singular com o plural seja acentuado. Não é nesta forma que deve ser engendrado o poder político nem o direito, mas devem ser exercidos de forma que cada indivíduo autônomo possa concluir, por si só, que pode obter algo de conteúdo, que também os outros indivíduos autônomos, no respectivo interesse próprio, racionalmente, possam desejar (HABERMAS, 1992, p. 93-94).

As consequências para o indivíduo do sistema extrativista são diversas, dentre elas a reificação, ou seja, a automaticidade com que são percebidos os fenômenos sociais. Trata-se esta consequência de desenvolvimentos equívocos ou patologias no modo de pensar e agir dos sujeitos socializados, os quais não podem ser descritos nem na linguagem puramente neutra de uma sociologia explicativa, nem nos termos puramente normativos da época, causando uma deformação das habilidades humanas da razão (HONNETH, 2008, p. 69).

Se a pessoa acredita que seu posicionamento e ação poderão ser relevantes para o todo, é evidente que o empenho pessoal é enfatizado, como forma de evolução da sociedade, que é vista como uma extensão pessoal, e não como máquina de produção alheia ao indivíduo. Nesta forma de organização, os governados tendem a ser os únicos produtores da organização social, cada vez mais autônomos em relação à concentração de poder, capazes de formar uma sociedade por contra própria, com novas possibilidades de autogestão econômica, formando assim redes de comunicação e formas de vida, e propiciando a paz a interação social (HARDT, 2014, p. 419-420).

A impossibilidade de incorporar incentivos verdadeiramente eficazes à econômica centralizada não foi devida a erros técnicos no planejamento do sistema de bonificação. Era intrínseca ao método por meio do qual fora obtido o crescimento de natureza extrativista: fruto de decreto governamental, que só poderia solucionar alguns problemas econômicos básicos. Contudo, para estimular o crescimento econômico sustentado seria preciso que os indivíduos fizessem uso de seus talentos e suas ideias [...] (ACEMOGLU, 2012, p. 128).

A concentração de poder como forma de estruturação social, sob a lapela e nega o conceito de democracia, sendo extremamente pernicioso tanto para a sociedade como um todo – que se vê imersa em uma rede de produção imposta, sem a alternativa de explorar todo o potencial de seus integrantes – bem como para cada pessoa, que não se reconhece como parte da pluralidade, e acaba por estar sujeita ao sofrimento (HARDT, 2014, p. 412). Em outros termos, faz ela perder o “sentimento de mundo” como definido por Freud e explicado por Christian Dunker:

No texto freudiano, o que está em causa, de maneira evidente e direta, é o conceito de *mundo (Welt)*. Por exemplo, o “sentimento oceânico”, noção proposta por Romain Rolland e criticada por Freud logo no começo do ensaio, é um *sentimento de mundo*, não apenas um sentimento em si, uma presença do outro ou mera emoção diante da tarefa da vida [...] Ora, essa ideia de que estamos juntos (*zusammen*), de que pertencemos a um lugar (*Gebörichkeit*) e de que esse lugar comporta exterioridade (*Ausser*), remete, em conjunto, à noção de mundo (*Welt*) como totalidade (DUNKER, 2014, p. 195-196).

Não se ignora que os conceitos de mal-estar e sofrimento que estão atrelados à teoria de Dunker são concebidos para explicar fenômenos sociais diversos, mas há uma correlação próxima entre o reconhecimento e as instituições. É necessário que a pessoa reconheça a sociedade e por ela seja reconhecida, assumindo um papel social de relevância para si, que a conforte e satisfaça, a fim de que possa dedicar-se ao viver bem, em prol da melhoria da comunidade em que está inserida, e não apenas em busca de satisfação pessoal material.

2 - O SENTIMENTO DE COMUNIDADE

A inexistência do sentimento de comunidade nas sociedades extrativistas pode ser explicada pela não constituição de uma moral coletiva nesta forma de estruturação social ou, nas palavras de Lawrence Kohlberg, de uma “comunidade justa”. Este estudioso da moral da Universidade de Harvard observou que em escolas onde prevalecia o consentimento mútuo e o estímulo ao coletivismo, havia também mais propensão à evolução moral do indivíduo e comprometimento com os demais, ao contrário dos métodos de ensino tradicionais, onde a forma hierarquizada acentuava o individualismo.

A escola de segundo grau do *kibutz* oferecia a crianças pobres, nascidas na cidade, a oportunidade de serem educadas no *kibutz*. Kohlberg verificou que o forte senso de comunidade tinha um efeito poderoso sobre a socialização desses jovens, de forma que desenvolveram até os estágios convencionais de moralidade mais frequentemente do que seus colegas da cidade. No *kibutz*, a autoridade do professor é baseada mais na vontade do grupo que no papel institucional do professor ou em seu carisma (BIAGGIO, 2002, p. 47-48).

A “comunidade justa” de Kohlberg em contraposição às instituições de ensino tradicionais em muito se assemelha ao relatado no livro de Acemoglu e Robinson, sobre as tribos *bushong* e *lele*, que vivem às margens do Rio Cassai do Congo. Enquanto a primeira era formada por uma pirâmide de instituições políticas, a segunda era extrativista e altamente absolutista (ACEMOGLU, 2012, p. 138), tendo como principal diferença a forma como os indivíduos se relacionavam com as estruturas de poder.

Neste exemplo, as passo que os *bushong* realizaram uma revolução social e tecnológica, encabeçada por um líder comumente aclamado, que por suas virtudes trouxe grande progresso à tribo, os *lele* permaneciam submissos a comandantes impostos, que organizavam a sociedade de forma unicamente a manterem-se no poder e na busca de sua satisfação pessoal.

É evidente, e a teoria de Kohlberg nos indica, que na primeira havia um compartilhamento de interesses e um sentimento de unidade na tribo, que estimulou a participação social e o máximo empenho individual em prol do bem comum. Não somente isto, este tipo de organização não imposta, conta com a boa vontade dos que a formam, reconhecendo a importância de abdicar parte do seu tempo ao grupo, pois sabem

que o sucesso dele também é seu e só virá a beneficiá-los. Por outro lado, a realização de tarefas de forma imposta não encontra a predisposição da pessoa, que executará as tarefas com o mínimo possível de esforço, e a fim unicamente de evitar o desprazer.

O autor explicita – baseado em experimentos reais conduzidos em escolas americanas² – que se houvesse reconhecimento mútuo dos integrantes de um grupo, que trabalhassem de acordo com os mesmos princípios morais e sem uma ordem de hierarquia imposta, poderia haver uma democratização da sociedade, desestimulando, por consequência, o processo de reificação e estimulando a participação nas atividades desenvolvidas em grupo:

Numa comunidade democrática, professores e alunos são membros iguais, com os mesmos direitos e privilégios. Eles têm um projeto em comum, a construção de uma comunidade justa, que envolve criar regras que achem necessárias para tal. Em consequência dessa igualdade, os professores devem estar dispostos a trabalhar de acordo com os procedimentos democráticos da comunidade e a submeter-se à suas decisões (BIAGGIO, 2006, p. 50).

Os resultados do experimento, se transportados para o macro, podem ser constatados em qualquer forma de organização social e suas instituições, revelando que a participação ativa de cada integrante nas decisões inerentes à administração de um sistema torna o grupo mais propenso a ter sucesso, e ainda desenvolve a consciência moral dos indivíduos. Mesma situação é aquela desenvolvida pelo orçamento participativo implementado em Porto Alegre no final da década 80:

O município estabeleceu um sistema organizativo descentralizado que possibilitou o acesso massivo de seus habitantes na tomada de decisões orçamentárias mediante sua integração em grupos de vizinhança e outros níveis de representação [...] Ao gerar condições favoráveis através da participação, a comunidade pode de-

2 Nas décadas de 1960 e 1970, começaram a surgir escolas alternativas que refletiam temas de protesto nos Estados Unidos. Em 1974, um grupo de pais e professores pediu a Kohlberg, que vinha procurando uma oportunidade desse tipo, aceitou o encargo e foi criada a escola alternativa conhecida como Cluster School (...) todas as questões de regras e manutenção de regras eram decididas por meio de discussões e predominava o voto da maioria – todos, alunos e professores, tinham um voto cada um. (BIAGGIO, 2006, p. 49).

envolver o sentimento de *ownership*, de propriedade do projeto, fazê-lo realmente seu [...] Ao mesmo tempo, a participação em si como processo social muda o seus atores. Potencializa os grupos desfavorecidos, faz crescer sua confiança em suas próprias capacidades e contribui para sua articulação (tradução do autor) (KILKSBERG, 2000, p. 175/179).

Esta forma de chamar os cidadãos a participar das decisões relevantes da comunidade, como é a destinação de recursos, acentua o respeito às normas por parte dos que compõe o projeto. Tendo sido a proposta aceita mutuamente entre eles, todos sentem-se no dever moral de agir da melhor forma para que ela seja preservada e alcance os fins para os quais foi pensada.

Respeitando as normas, as pessoas exteriorizam seu compromisso com a comunidade, mostrando que compartilham dos mesmos valores, e possibilitam ao grupo materializar aquelas crenças que foram eleitas como relevantes para o todo. Ao posicionar-se desta maneira, todos passam a ser sujeitos ativos e passivos das normas, fiscalizando os demais no seu cumprimento, ao mesmo tempo que são vigiados para que eles mesmo as cumpram.

Os grupos começam quando os indivíduos se unem para obter objetivos comuns. O apoio às normas tem seis significados: 1) seguir a norma; 2) esperar que outros sigam as normas; 3) persuadir outros que estejam se desviando das normas a seguir; 4) identificar quem não segue as normas; 5) aceitar alguma responsabilidade por outros não seguirem as normas; 6) estar disposto a recuperar os desviantes. Quanto mais os membros de um grupo estiverem dispostos a assumir esses atos em apoio das normas, mais *coletivizada* estará a norma (BIAGGIO, 2006, p. 52).

Este fenômeno pode ser observado, em geral, em qualquer grupo social, onde os indivíduos assumem papéis sociais, dos quais se espera determinado resultado, que é de ser atingido por aquele que aceitou atuar naquela posição. Imediatamente a coletividade passa a ser fiscal daquele membro, incentivando-o quando atinge os resultados, e o reprimindo se desvia sua conduta.

3 - OS PAPÉIS SOCIAIS NA COMUNIDADE JUSTA

A comunidade molda os papéis sociais que ela cria, de acordo com a finalidade da mesma, e os valores que foram determinados como relevantes para os que dela fazem parte. Desta forma, sendo a sociedade hierarquizada, elitizada ou extrativista, reproduzirá nas “máscaras”³ as suas características, influenciando aquele que assume o papel a reproduzir em todos os âmbitos os mesmos comportamentos.

Diante disto, por mais árduo que seja o empenho de uma pessoa para modificar o todo, agindo de forma que se entenda “justa”, somente a própria sociedade, acolhendo os valores de uma “comunidade justa”, é que modificará os seus papéis, criando um sistema de inclusão. O indivíduo está sujeito às imposições que a sociedade lhe inflige, não tendo capacidade suficiente para dispor do papel por ele escolhido, mas podendo apenas desempenhá-lo de forma efêmera.

1º) Papéis sociais são, ao modo das posições, complexos quase-objetivos de prescrições de comportamento, em princípio independentes do indivíduo; 2º) Seu conteúdo específico não é determinado e modificado por qualquer indivíduo; 3º) As expectativas de comportamento, integradas em papéis, apresentam-se ao indivíduo com uma determinada obrigatoriedade de reivindicação, de tal forma que delas não se pode fugir sem determinado prejuízo (DAHRENDORF, 1969, p. 56).

Não significa dizer, porém, que uma pessoa que suceda em implementar uma nova forma de organização social não seja capaz de alterar o todo. No entanto, é a própria sociedade que autodetermina no que diz respeito à atribuição de suas “máscaras”. Assim foi o caso do líder *Shyaam* da tribo dos *bushong*, que engendrou uma revolução social e política, implementando um sistema acolhido pela população, e não imposto por ele, que após estabelecido fez reproduzir valores que levaram à evolução da sociedade.

As discrepâncias surgiram em consequência do modo como *Shyaam* reorganizou a sociedade a leste do rio. Constituiu-se um

3 “Papel, pessoa, caráter e máscara são palavras que, apesar de provenientes de estágios diversos do desenvolvimento linguístico, têm uma área de significado comum: o teatro [...] Pois, contanto que o mundo como um todo, ou pelo menos o mundo humano, é representado por uma peça teatral de dimensões gigantescas, ao indivíduo só compete uma única máscara” (DAHRENDORF, 1969, p. 43-45).

Estado e uma pirâmide de instituições políticas, que era não só notoriamente mais centralizados do que a estrutura de poder anterior como também envolviam estruturas altamente elaboradas (ACEMOGLU, 2012, p. 130-131).

Apesar de ser classificada a sociedade acima como extrativista, o exemplo serve a demonstrar como funciona a organização social. Se esta estivesse focada na criação de uma comunidade de participação coletiva na tomada de decisões, não só o crescimento econômico seria seu produto, mas também uma nova rede de atores sociais que estariam engajados no cenário político, dele fazendo parte como pessoa. O aumento da complexidade da sociedade e a distribuição do poder em diversas camadas homogêneas, fiscalizando umas às outras, contribui para a formação de um sistema mais justo e que satisfaz o cidadão em termos de representação política.

É por isso que se afirma na teoria de Kohlberg que a forma de composição de uma “comunidade justa” também é profícua para os indivíduos, a quem são dados papéis sociais mais relevantes, e que desenvolvem valores mais elevados em prol do bem da coletividade. Nos termos do mencionado autor, desenvolve a moralidade dos indivíduos, através da prática, até que se alcancem níveis superiores de consciência moral, nos quais o agente é capaz de avaliar a justiça do próprio sistema.

Há evidência de que o enfoque da “comunidade justa” pode levar à criação de fases e estágios relativamente altos na atmosfera moral, que, por sua vez, influenciam a maneira pela qual os estudantes tratam uns aos outros. Além disso, os dados de Power sugerem que se possa estimular a mudança de estágio moral dentro do enfoque “comunidade justa” (BIAGGIO, 2006, p. 55).

As escolas, assim como a sociedade, têm incentivado uma formação muito pragmática de seus integrantes, instigando-os ao seu desenvolvimento pessoal, e relegando ao segundo plano a participação na comunidade. Somente dela fazem parte na medida que ela serve de instrumento para alcance de realizações pessoais, não importando o bem estar do grupo. É necessário, então, que ao lado do respeito primitivo, do inferior pelo superior, ou respeito “unilateral”, desenvolva-se nos componentes da sociedade, desde crianças, o respeito “mútuo”, para o qual tendo o indivíduo quando entra em relação com seus iguais (PIAGET, 1994)

A priori não se vê problemas em estimular a competitividade entre os indivíduos para que utilizem de suas capacidades máximas

de produção, a fim obter o melhor produto que o seu trabalho pode entregar. Porém, em longo prazo, uma sociedade desta forma composta, gera anomalias, como a reificação, em que as pessoas não percebem os seus semelhantes como iguais – ou seja, não tem respeito “mútuo” –, mas como coisas, que somente são levadas em conta se puderem ser “utilizadas” para persecução dos interesses do próprio agente.

Este processo pernicioso decorre da alienação crescente dos indivíduos componentes da sociedade com relações aos assuntos de interesse da coletividade. A ideia de “comunidade justa”, ao contrário, estimula o resgate da noção de esfera pública, ou arena, que foi palco para criação da democracia moderna, se perdendo com desenvolvimento da mídia moderna, que substituiu os debates pela influência (GIDDENS, 2014, p. 219-220).

No entanto, é necessário que se retome a atuação social dos indivíduos, como forma tanto de bem estar pessoal, como forma de estímulo à prosperidade da sociedade do qual faz parte. Isto em razão de que a democracia encontra-se fragilizada diante das constantes ameaças que enfrenta no mundo pós-moderno, e a ideia da participação dos indivíduos na esfera pública, debatendo e deliberando acerca de questões coletivas que dizem respeito às suas vidas, sempre foi um dos elementos essenciais da democracia e da política (CICONELLO, 2008, p. 2).

A participação social no modelo que se propõe ainda se constitui ainda numa evolução da esfera pública clássica, pois não distingue classe ou gênero, mas basta que se demonstre interesse na participação em prol do bem social, para que a competência para a tarefa seja avaliada pelos semelhantes, pois todos possuem direitos iguais a ter estima social como uma condição de oportunidades iguais (MATTOS, 2004, p. 151).

Justamente em razão da necessidade de participação ativa e próxima da pessoa integrante da comunidade justa é que a internet não é a melhor alternativa para realização da esfera pública, pois pressupõe um distanciamento do interlocutor e do objeto. Os seus enunciados não são avaliados por semelhantes presentes, nem pode ele ver os reflexos de suas proposições e das enunciações que provoca. Este afastamento, causado primeiramente pela mídia moderna, hoje é substituído pela rede mundial de computadores. O poder midiático espetacular está hoje por toda parte, transformando espaço político e estimulando a *servitude volontaire*⁴, definida por La Boétie (AGAMBEN, 2002, p. 14).

4 Sujeição ao tirano, primeiramente pelo constrangimento e força e posteriormente, pelos que não conheceram a liberdade, de boa mente e sem esforço (LA BOÉTIE, 2004, p. 12).

Ao contrário do que ocorre quando a participação se dá através da rede, na proposta original da “comunidade justa”, há maior inter-relações pessoais, e a contribuição de cada um é de forma altruísta, em benefício do todo. Deste modo, mesmo os seres humanos que têm status social normalmente inferior, são capazes de se integrar, se relacionar, e contribuir para o bem comum, gerando um sentimento de pertença, que estimula a paz nas relações sociais, mesmo entre classes diversas.

[...] as desigualdades na representação política e social dentro dos processos de formação da vontade política influenciam a composição da agenda social e, portanto, dificilmente o reconhecimento pelo Estado dos direitos sociais pode prescindir da democratização dos processos e instâncias de definição de políticas públicas e alocação de recursos (MILANI, 2008, p. 564).

Assemelha-se esta ideia ao conceito de “imperativo categórico”⁵ de Immanuel Kant. Para ele é possível que, abstraindo-se das necessidades naturais, e apenas com o uso da razão inerente a qualquer ser humano, seja possível alcançar a resposta para toda decisão a ser tomada, da forma moralmente indicada. Ao constituir esta teoria, Kant coloca a humanidade como valor supremo para as escolhas racionais. Toda ação deveria ser tomada tendo em vista o resguardo da vida dos seres humanos.

Eu digo que o homem, e em geral todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, e não meramente como um meio que possa ser usado de forma arbitrária por essa ou aquela vontade. (...) Aja de forma a tratar a humanidade, seja na sua pessoa seja na pessoa de outrem, nunca como um simples meio, mas sempre ao mesmo tempo como um fim (KANT, 1785, p. 428-429).

É cediço que o imperativo categórico de Kant é uma utopia, pois não é possível que o ser humano, racional e passional ao mesmo tempo, seja capaz de abstrair-se de sua natureza e agir somente de acordo com sua pura razão, pois ela própria é influenciada inconscientemente pela formação que recebeu o indivíduo. Em função disto é que se faz necessário o compartilhamento de ideias, inclusive entre os membros

5 Segundo Kant, “agir moralmente significa agir por dever – em obediência à lei moral. A lei moral consiste em um imperativo categórico, um princípio que exige que tratemos as pessoas com respeito, como fins em si mesmas. Só agimos livremente quando agimos de acordo com o imperativo categórico” (SANDEL, 2012, p. 156).

da sociedade, para que desta forma exercitem inconscientemente aquelas crenças compartilhadas.

Tal fenômeno é curioso e indica a existência de uma moral coletiva, que molda os cidadãos de acordo com um padrão de comportamento generalizado, proveniente de fatores externos, mas que altera o psicológico de um indivíduo de maneira que tal coisa passa a ser parte de si, como se fosse por ele criada.

(...) as normas e proibições instituídas no interior de tecnologias culturais e sociais, estão embutidas no inconsciente de maneira que se manifestam não apenas como ‘desejos pessoais’, mas, em uma complexa e imprevisível dinâmica de desejo, culpa, ansiedade, e deslocamento. Os sujeitos têm desejos que eles não querem ter; eles os rejeitam sob o custo de culpa e ansiedade (MCLAREN, 2000, p. 80).

Nesta esteira de pensamento é que se reforça a necessidade de criação de sociedades inclusivas, como sugerem os autores do livro “Por que as Nações Fracassam”, espelhada no modelo de “comunidade justa” de Kohlberg, pois os princípios são os mesmos. Desta forma, o indivíduo será capaz de internalizar valores inerentes a este tipo de sociedade, adquirindo papéis que também compartilham dos valores “altruístas” em favor da comunidade, e assim contribuindo para o sistema.

4 - OS EFEITOS DA COMUNIDADE JUSTA

A formação de comunidades justas estimula no próprio indivíduo que delas faz parte o desenvolvimento moral, aumentando sua satisfação pessoal, evoluindo sua forma de pensar a vida em sociedade e, por consequência, afastando o mal-estar e o sofrimento, causados pela sensação de alienação. O ser humano, então realizado pela integração com a sociedade da qual faz parte, que tanto estimula o desenvolvimento pessoal quanto o coletivo, não tem propensão a voltar-se contra o Estado, mas tende a fazer parte dele, como sujeito ativo e com relevância para o todo, evitando assim a superveniência de conflitos sociais e estimulando a paz.

Christian Dunker nos ensina, analisando a teoria de Freud, que diante da mutilação que os homens sofrem pela proibição do incesto, buscam a substituição do amor perdido da família na comunidade, na tentativa de reconstruir uma relação amorosa com uma nova família. Sendo

assim, a desconexão do indivíduo com os demais, resultado da forma individualista como está engendrada nossa sociedade, causa o mal-estar, por não atender aos anseios psicológicos e/ou naturais do indivíduo:

Desta feita, a cultura é entendida como uma espécie de substituição reparadora de nossa limitação inicial e também como uma tentativa de reconstituir uma experiência amorosa pelas vias de uma nova família, esta, sim, centrada na satisfação sexual do indivíduo. Temos aqui um terceiro tipo de troca: não apenas a procura da satisfação pela fuga do desprazer nem o contrato social da liberdade pela segurança, mas agora o amor perdido pelo amor reencontrado (DUNKER, 2014, p. 202).

Então, a participação ativa dos indivíduos nos rumos da sua sociedade não só contribui para evolução desta como também para cada agente individualmente. O sentimento do pertencer e ser reconhecido pelos demais dá satisfação ao sujeito, ainda que para isto precise abrir mão de parte de seus anseios pessoais, aspectos que frequentemente não são levados em consideração, pela forma de estudo dos fenômenos.

Os atores se fariam motivados por cálculos microeconômicos puros e perseguem basicamente a maximização de seu interesse pessoal [...] Muitos dos aspectos da participação comunitária não ingressam, no entanto, neste marco de localização frente à realidade. Este tipo de participação gera produtos como a elevação da autoestima e a confiança nas forças da comunidade, que escapam a este raciocínio. As motivações das se socorre, como responsabilidade coletiva, visão compartilhada e valores de solidariedade, não tem a ver com os incentivos econômicos (tradução do autor) (KILKSBERG; 2000, p. 186).

A exclusão da consideração destes fatores não permite notar que existem elementos de evolução da sociedade para além dos números econômicos. Se os indivíduos estiverem exercendo suas atividades oprimidos pelas estruturas hierárquicas de poder, limitar-se-ão ao básico em termos de cumprimento de suas obrigações, enquanto se não sofrerem opressão e a sociedade estiver disposta a permitir sua participação de igual para igual, podem desempenhar suas funções com toda sua capacidade, e ainda plenamente satisfeitos em termos de interação social. As relações de poder são constitutivas da sociedade porque aqueles que detêm o poder constroem as instituições segundo seus valores e interesses (CASTELLS, 2012, p. 10).

Esta forma de organização já não abarca nem mesmo o modo atual de pensar, que abandonou sua rigidez, para tornar-se líquido, nas palavras de Bauman. A sistematização, hierarquia, processos formalmente regulados e a forma autoritária de estruturação já não mais servem nem como modo de saber, nem como forma de produção. Porém, a insegurança que causa nas pessoas a alteração deste modelo faz com o processo de aceitação de um sistema mais “maleável” nem sempre seja vista com bons olhos pelos seus integrantes.

A falta de uma estaca firme de conhecimento no qual se possa agarrar, em meio a um mundo efêmero e cheio de mudanças, como o que estamos inseridos, desperta nos seres humanos a necessidade de autoproteção. Buscam abrigo no modelo antigo, no conhecimento de cada passo que irão se dar, na diminuição das responsabilidades pela submissão, na crença em um líder carismático que saberá fazer a melhor das escolhas quando tudo for incerto. Não encontram lugar na sociedade para criar uma relação similar à amizade, como ocorria na *polis* grega, onde uma experiência de vida e de compartilhamento dos bens era a continuidade do mundo privado dos afetos ao mundo público da cidade (RESTA, 2004, p. 23-24).

A inclinação pela escolha do seguro é instinto natural do humano, e a sistematização age como se fosse uma sereia da encantação instantânea, que nos leva a restar presos em um jogo de espelhos da interatividade (MENDES, 2003, p. 97-98). Não se pode, no entanto, deixar que um instinto sem reflexão tome as rédeas de nossas escolhas, sem que pondere o que é melhor para si e para sociedade. Não há necessidade do saber absoluto, mas é preciso, nas palavras do autor referido neste parágrafo, aceitar “o álibi de ler toda a operação como a de um entendimento do mundo permanentemente inacabado” (MENDES, 2003, p. 98). Sobre o assunto, Luis Alberto Warat, afirmando que

[...] temos que aceitar que é na própria sociedade que podemos encontrar a origem das significações por ela criadas. Estou referindo-me à possibilidade de repensar a sociedade como auto-instituente de suas significações, intrinsecamente histórica, capaz de questionar permanentemente suas próprias condições de existência e reconhecer-se como um lugar da criatividade incontrollável. Ou seja, uma nova sociedade que possa escapar às condições que determinam sua alienação (WARAT, 1992, p. 4).

A insegurança causada pela forma “sempre aberta” de pensamento e organização social vai de encontro a princípios que já são ínsitos à sociedade ocidental, como segurança jurídica e direito adquirido. Não se pode permitir que estes valores se oponham de tal forma que os agentes restem sujeitos aos seus arbítrios indefinidamente. Como afirmou Warrat, relacionando-o com o tema debatido, é necessário que se estimule a participação ativa das pessoas no cenário político e social, para que estes acompanhem o “grito que vem da rua”, e não restem como um peso a ser carregado na esteira da evolução social.

4.1 - OPOSIÇÃO DA COMUNIDADE JUSTA À REIFICAÇÃO

A moral, como se viu, pode ser adequada e estimulada de acordo com o ambiente de desenvolvimento da pessoa, sendo que Kohlberg reconhece que uma “comunidade justa” é aquela em que todos os membros têm a sensação dela pertencer, o que não é possibilitado pelo modelo capitalista, que tem como consequência a reificação⁶.

Este fenômeno nefasto, de não reconhecer o outro como igual, estudado por Honneth e Lukács, é efeito também da falta de participação popular na sociedade, e poderia ser erradicado pela implementação das políticas propostas pelos textos que se estuda, de Kilksberg, Acemoglu e Robinson. Como se viu anteriormente, os índices econômicos não levam em consideração os capitais não financeiros, como é o caso da reificação, que deveria ser contabilizada como negativo nas sociedades extrativistas, e positivo nas inclusivas.

Uma sociedade estruturada na forma “justa”, como organizado o experimento de Kohlberg, poderia estimular a erradicação da reificação, pois tal modelo encoraja o desenvolvimento moral do indivíduo, fazendo com que abandone os estágios iniciais da evolução moral, onde ocorre o fenômeno pernicioso estudado por Honneth. Somente com o desenvolvimento moral da pessoa é possível que haja transformação social capaz de alçar todos a um nível de reconhecimento digno.

Isto não significa dizer, necessariamente, que haja um moral universal, mas que ela pode ser trabalhada para lapidar as decisões do indivíduo alinhado com aquilo que seria melhor para si e para o grupo em que vive. Tanto é assim que há autores que sustentam que a cultura de cada povo tem grande influência sobre a moral.

6 “Nada mais é do que o fato que ‘uma relação entres pessoas [adquire] um caráter de coisidade” (HONNETH, 2007, p. 23).

Como antropólogo, para ele a cultura é a grande variável a explicar o comportamento humano. A moral é cultural e arbitrária (...) na Índia, os participantes não distinguem transgressões socioconvencionais das morais, por exemplo, considerando tão grave uma viúva comer um peixe quanto machucar uma criança, empurrando-a do balanço (BIAGGIO, 2006, p. 70).

Não se pode dizer tampouco que isto, o desenvolvimento moral, dependa de uma educação tradicional, pois como se vê, trata-se de uma questão mais de constituição do indivíduo do que de capacidade cognitiva. Além disto, a forma tradicional de ensino é ela própria um processo de reificação, que aliena o indivíduo do todo, soterrando-o de conhecimentos pré-constituídos, e que não permitem a necessária transdisciplinaridade.

É preciso que o ser humano possa aprender a pensar e decidir por si qual a resolução mais adequada moralmente aos dilemas cotidianos, abandonando a forma automatizada de pensamento da sociedade sólida, o que levará a uma repetição de ações morais estimulantes da comunidade democrática, onde todos se sentem parte do sistema.

Pelo que foi exposto até agora, fica fácil deduzir que os níveis mais altos de julgamento moral (pensamento pós-convencional) são essenciais à transformação social. Somente indivíduos que tenha adquirido a capacidade crítica de questionamento do *status quo* e das leis vigentes são capazes de atuar como líderes e agentes da transformação social (BIAGGIO, 2006, p. 61).

Ainda que não se compartilhe do universalismo – teoria que acredita em uma moral universal, da qual participam Kant, Piaget e Kohlberg – é intuitiva a existência de valores comuns aos seres humanos, seja qual for sua cultura. Se partir-se desta premissa, pode-se dizer possível combater a reificação baseado no estímulo ao desenvolvimento moral, através da participação popular, ainda que a moral em si não seja rígida, mas compartilhada apenas em alguns aspectos entre as pessoas.

(...) parece haver suficiente evidência de que a sequência de estágios é universal e de que há um cerne de valores universais, tais como o não prejudicar outrem, a lealdade, o cumprimento de promessas e o respeito à vida humana. A cultura atua como um fator modulador, acentuando alguns valores e tipos de raciocínio moral aqui, diminuindo a intensidade de outros ali, porém sem anular uma essência humana comum (BIAGGIO, 2006, p. 76).

O atual modo de produção gerou agentes reificadores justamente porque não é da natureza humana o isolamento, mas ele necessita da atividade social e política para que possa desenvolver seu próprio ser. Mais do que a satisfação por meio da aquisição de bens materiais, a pessoa necessita de satisfação social, de sentir-se parte de um grupo e de ser reconhecido como relevante para o mesmo.

Como se vê, a forma como a atual estrutura social influenciou os indivíduos e seus grupos, acentuando anomalias ínsitas a qualquer sistema, necessita ser rebatida por meio de projetos que incentivem a coletivização dos espaços públicos. A individualidade chegou ao seu ápice, e se mostra insustentável na forma que se apresenta, culminando com a insanidade de não reconhecer um ser humano como detentor de consciência, ignorá-lo como se fosse um objeto.

5 - CONCLUSÃO

A nova forma de organização da sociedade, inclusiva, reflete a inovação generalizada que vem ocorrendo em todas as instituições pós-modernas. Se antes os conceitos eram rígidos, hierarquizados, sistemáticos, exaltando a figura de chefe que sabia comandar os demais, hoje a transdisciplinaridade, a integração, a participação e diversidade de opiniões imperam. É justamente em razão disto que o modelo extrativista não mais se sustenta, o capital humano não admite que seja utilizado como força de trabalho não pensante, com fins que não foram por ele discutidos e aceitos.

Da mesma forma, a maneira de ensinar e aprender vem sendo alvo de profundas mudanças, o que permite aos agentes sociais que não mais aceitem sem questionamento a posição que lhes foi dada, mas busquem a evolução moral como forma de indagar a respeito do sistema posto, e criticá-lo se preciso. O experimento de “comunidade justa” demonstra na prática como é possível a utilização de um regramento externo aos conteúdos curriculares influenciar na forma de pensar e agir daqueles que dele fazem parte, estimulando a convivência pacífica em sociedade, pela satisfação pessoal e coletiva que traz o conceito.

Esta alteração é decorrente também da forma do saber. Se antes se pretendia o esgotamento de assunto específico até o cabo das informações, para que pudesse ser esmiuçado e controlado, a ponto de criarem-se regras, ou “leis da natureza”, hoje se mostra imprescindível deixar o con-

ceito sempre aberto, ainda que bem delineado. Não existe saber absoluto, como se pretendia fazer crer na esteira do pensamento de dominação da natureza por parte do homem.

A participação popular intensa no meio social e político, denominada metaforicamente de ocupação do espaço público, é a forma pela qual a sociedade hodierna encontrou de realizar-se no meio coletivo. Com o incremento das relações sociais por meio de sociedade inclusivas, apazigua-se o desejo de realização pessoal material estimulado pelo modo de produção capitalista, que há muito deixou de exercer papel apenas de forma de organização econômica, para influenciar também o ramo da sociologia e psicologia.

A integração, cada vez mais intensa, do indivíduo nos assuntos políticos, jurídicos e de poder da sociedade que compõe, fomenta o desenvolvimento pessoal, o incremento o status social daquele ser humano, assim como contribui na inclusão e prosperidade social. A retomada dos conceitos que inauguraram a democracia, como a esfera pública, através de instrumentos, como a “comunidade justa”, é o caminho para a ampliação da qualidade das relações sociais, que estimuladas em seu quesito igualdade, são mais propensas a estimularem a integração em detrimento do conflito.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por que as Nações Fracassam**. São Paulo: Elsevier, 2012.

AGAMBEN, Giorgio. **O Poder Soberano e a Vida Nua**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

BIAGGIO, Angela. **Laurence Kohlberg, Ética e Educação Moral**. 2ª ed. São Paulo: Moderna, 2006.

CASTELLS, Manuel. **Redes de Indignação e Esperança**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

CICONELLO, Alexandre. **A Participação Social como processo de consolidação da democracia no Brasil** in *From Pover Power: How Active Citizens and Effective States Can Change the World*. Oxford: Oxfam International, 2008.

DAHRENDORF, Ralf. *Homus sociologicus*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1969.

DUNKER, Christian Ingo Lenz. **Mal-estar, Sofrimento e Sintoma**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

GIDDENS, Anthony. **Conceitos Essenciais da Sociologia**. 1ª ed. São Paulo: Editora UNESP, 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Moral**. Porto Alegre: Instituto Piaget, 1992.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão: Guerra e Democracia na Era do Império**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2014.

HONNETH, Axel. **Reificación: un estudio em la teoría del reconocimiento**. 1ª ed. Buenos Aires: Katz, 2007.

HONNETH, Axel. **Observações sobre Reificação**. Porto Alegre, Civitas, v.8, n. 1, p. 68-79, jan-abr 2008.

IHERING, Rudolf von; **A Luta pelo Direito**. Rio de Janeiro: Editoria Rio, 1978.

KANT, Immanuel. **Groundwork of the Metaphysics of Morals**. Nova York: Harper Torchbooks, edição 1964.

KILKSBERG, Bernardo; TOMASSINI, Luciano. **Capital Social y Cultura: Claves Estratégicas para el Desarrollo**. 1ª ed. Buenos Aires: BID – INTAL, 2000.

LA BOÉTIE, Etienne de. **Discurso Sobre a Servidão Voluntária**. Cultura Brasileira, 2004. Disponível em <<http://www.culturabrasil.pro.br/zip/boetie.pdf>>. Acesso em 25 mai. 2011.

MATTOS, Patrícia. **O Reconhecimento, entre a Justiça e a Identidade**. Lua Nova, nº 63, São Paulo: 2004.

MCLAREN, Peter. **Multiculturalismo Crítico**. São Paulo: Cortez, 2000.

MENDES, Cândido. **Discurso e Entropia da Representação**. Rio de Janeiro, Unesco-Educam-Garamond, 2003.

MILANI, Carlos S. R. **O princípio da participação social na gestão de políticas públicas locais: uma análise de experiências latino-americanas e europeias**. Rio

de Janeiro: Revista de Administração Pública, vol. 42, n. 3, p. 551-79, maio-jun. 2008.

PIAGET, Jean. **O Juízo Moral na Criança**. 4ª ed. São Paulo: Summus, 1994.

RESTA, Eligio. **O Direito Fraterno**. 1ª ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

SANDEL, Michael. J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

WARAT, Luis Alberto. **Revista Sequencia, nº 24**, Curso de Pós Graduação em Direito - UFSC, setembro de 1992.

¿ES LA PAZ EN COLOMBIA UN COMODÍN POLÍTICO O UN DERECHO FUNDAMENTAL?

JORGE IVAN GUERRA FUENTES¹

1 - INTRODUCCIÓN

En la actualidad en Colombia está muy de moda hablar de paz. Las víctimas del conflicto armado, el Presidente de la República, el Congreso, la Corte Constitucional, la comunidad académica, los medios de comunicación, el transeúnte etc. todos de una u otra manera hablan de paz partiendo de su relación directa, indirecta o según el interés que tengan al respecto. Sin embargo y dado al populismo político que algunos han utilizado como bandera de campaña, la paz no está siendo percibida como un derecho sino más bien como ese algo que solo subyace o se logra por ser propio de la política, en otras palabras, se le está vendiendo a las personas como un comodín político y lo peor es que la idea ha tenido aceptación social por un gran sector de país, situación que conlleva a perder de vista su esencia y por el contrario imprimirle pasiones favorables y desfavorables, terminando así, por entorpecer su anhelado logro.

Lo anterior nos invita a plantearnos el interrogante ¿Es la paz en Colombia un comodín político o un derecho fundamental? Por ello y queriendo obtener una respuesta sólida y con bases jurídicas, los principales objetivos de este artículo fueron indagar el concepto de paz en la Constitución de 1991, establecer las razones que llevaron a adjudicarle el concepto de paz a la política y por último, analizar la postura de la Corte Constitucional sobre el derecho a la paz a través de sus sentencias. Para ello, se abordó desde un enfoque investigativo cualitativo mediante el método analítico.

1 Abogado de la Universidad Popular del Cesar, Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos de la Universidad de Pisa Italia, Litigante, Conciliador en Derecho, Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, Presidente del Colegio de Juristas del Cesar, Miembro del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericano, Conferencista y Creador de Contenido Jurídico en YouTube con el Canal El Abogado. jorgeivanelabogado@hotmail.com

2 - ¿QUÉ SE ENTIENDE POR PAZ?

Antes de entrar a desarrollar a profundidad el tema objeto de estudio y resolver el interrogante planteado, empecemos por marcar un punto de partida ¿Qué es la paz? según la Real Academia de la Lengua Española (RAE), entiéndase por paz, en lo pertinente a nuestro contexto, situación en la que no existe lucha armada en un país o entre países² partiendo de ese concepto, sea dable manifestar que el derecho a la paz encuentra su fundamento constitucional dentro del ordenamiento jurídico colombiano, en el artículo 22 de la norma superior, al manifestar “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”³ concluyendo hasta aquí dos cosas, primero, la constituyente de 1991, quiso y logró darle una doble connotación al concepto de la paz en la nueva carta, muy a pesar de la realidad interna del país en la época, al contemplar en ella, que si bien es un derecho que todos merecemos ostentar, no menos cierto es, que a su vez es una carga jurídico-social, un deber, enfatizando incluso, de obligatorio cumplimiento. Otorgándole de esta manera, una gran responsabilidad a todas las personas en Colombia, la de ser generadores de cambio, para poder llegar a materializar fielmente con dicho concepto.

La segunda conclusión parte del concepto de paz señalado por la RAE, siendo fácil afirmar que en Colombia no existe o no se ha desarrolla a plenitud con dicha noción, tomando como fundamento de esta apreciación, no solo la realidad de orden público y el conflicto interno del país, sino también lo expresado por el mismo artículo 22 Constitucional, que al llevarlo al plano de lo obligatorio, está dando a entender y de paso reconoce, el estado de guerra interna que enmarca desde hace muchos años al país. Sin olvidar nuestra postura jurídica frente a ciertos comportamientos en sociedad, pues para nadie es un secreto que en Colombia cuando se toma la decisión de consagrar un derecho sustancial en una norma para su protección, es porque socialmente se nos ha salido de las manos, siendo evidente y urgente la necesidad de la intervención del aparato jurisdiccional del estado para intentar mitigarlo.

Sin desmedro de lo anterior, podríamos afirmar con derecho a estar equivocados que, en Colombia, si bien no gozamos del privile-

2 <https://dle.rae.es/?id=SEeIFDw>

3 Constitución Nacional, Artículo 22 La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.

gio de la paz a plenitud, tenemos, y hoy con mayor arraigo, un fuerte acercamiento a la construcción de un concepto robusto, muestra de ello, la reciente firma de los acuerdos con la guerrilla de las FARC-EP en la Habana en Cuba.

2.1 - DESARROLLO JURÍDICO DE LA PAZ DESDE SU CONSAGRACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Sea dable, antes de entrar a resolver el interrogante planteado, recordar el desarrollo jurídico de la paz desde su consagración en la Constitución de 1991.

Hablar de paz en Colombia antes de la Constitución de 1991 era absolutamente descabellado, dado a que el mismo contenido de la Constitución de 1886 siempre se mantuvo a años luz de siquiera contemplarla dentro de su ordenamiento, corriendo esta misma suerte las leyes que tomaron como base la norma superior de la época. Por otro lado, el panorama no era muy diferente desde lo social, donde la lucha armada de las guerrillas, los paramilitares y el narcotráfico encabezado por Pablo Escobar, hacían que el pan de cada día en el país fuera la guerra, y la paz una idea totalmente ilusoria, mera utopía. Circunstancia que entre otras cosas, sirvió de precursora hacia el radical cambio a la Constitución actual.

Hablando específicamente del concepto de paz, una vez constituida la Asamblea Nacional Constituyente, quien se aferró a la idea de plasmar este concepto como deber y derecho dentro de la Constitución, fue Diego Uribe Vargas, miembro de esta asamblea. Postura que tuvo muchos contradictores. Los debates muestran una y otra vez a los constituyentes descartando la propuesta de Diego Uribe Vargas de incluir el derecho a la paz en la nueva carta. En medio del terrorismo de Pablo Escobar y de la impotencia del Estado para proteger incluso a sus mejores jueces, escribir que existía un derecho a la paz parecía algo utópico, irreal. El entonces Ministro de Gobierno, Humberto de la Calle, visitó la comisión primera para decir que se trataba de un derecho que no tenía lugar en la carta pues no era exigible ante un juez. Fue la insistencia apasionada de Diego Uribe Vargas la que logró que quedara en el artículo 22, su visión del “derecho síntesis” en la Constitución⁴ Resulta paradójico el hecho de que quien fue el contradictor principal al concepto de paz dentro de la Constitución, años después haya sido designado como jefe del equipo negociador del gobierno de Juan Manuel Santos en el proceso de

4 <https://lasillavacia.com/blogs/la-corte-constitucional-y-el-derecho-la-paz-61081>

paz con las FARC EP. Tomando valor la famosa frase de que en nuestro país, la política es dinámica.

Analizando el contexto de la época, de una u otra manera, se halla algo de razón a los contradictores del concepto de paz en la Constitución, dada a la dificultad, no de la acción, pues absolutamente todos tenemos ese derecho, la razón se halla en la resolución efectiva de dicha acción, pues era muy difícil para un juez es su rol de administrador de justicia, decretar la protección al derecho a la paz y que inmediatamente los agentes promotores de la guerra, acataran la decisión procediendo al cese de las hostilidades. Sin embargo, el haber consagrado el concepto de paz y sobre todo como se hizo en la nueva carta, fue de gran importancia para el país y su interés de cerrar de una vez por todas el capítulo de la guerra, siendo el artículo 22 la primera piedra hacia la construcción de una paz estable y duradera, ruta en la que hoy por se encuentra el país.

Lo anterior sin olvidar la historia de este país, sobre todo la más reciente, donde la guerra ha figurado como principal protagonista de los momentos decisivos, por ende no se puede pretender obtener la paz de un día para otro, requiriendo actuaciones y toma de decisiones encaminadas hacia allá, siendo entonces, un derecho de corte progresivo y no de aplicación inmediata, argumento que encuentra respaldo en el artículo 85 de la misma Constitución al consagrar “Son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11,12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40” vemos como aquí se excluye categóricamente el artículo 22 que trata del derecho a la paz.

De hecho, a pesar de haberse consagrado el derecho a la paz dentro del ordenamiento Constitucional en 1991, no fue sino hasta el año 2004, si 13 años después, que la Corte Constitucional, como cabeza funcional de la jurisdicción Constitucional en Colombia, toma la primera decisión contundente con respecto al conflicto interno del país y las políticas de protección del estado en relación a quien hasta ese momento habían sufrido los flagelos de la guerra. Por ello, merece total mención la sentencia T-025/04, donde bajo el expediente T-653010, fueron acumulados otros 108 expedientes, correspondientes a igual número de acciones de tutela interpuestas por 1150 núcleos familiares, todos pertenecientes a la población desplazada, con un promedio de 4 personas por núcleo, y compuestas principalmente por mujeres cabezas de familia, personas de la tercera edad y menores, así como algunos indígenas. La última acumulación se llevó a cabo el 10 de noviembre de 2003, mediante Auto de esa misma fecha, con el cual se acumuló el expediente T-775898 al ex-

pediente T- 653010.⁵ Es decir, entró la Corte Constitucional a estudiar y posteriormente a tomar la decisión que no solo generó un precedente jurisprudencial importante para el país, principalmente para las víctimas en materia del desplazamiento forzado del conflicto armado, logrando a su vez, la materialización de derechos fundados bajo el argumento de la paz y reclamados vía judicial.

La decisión adoptada en dicha sentencia fue la de “Declarar la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada debido a la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley, de un lado, y el volumen de recursos efectivamente destinado a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales, de otro lado” en palabras más simples, la Corte Constitucional ordenó un trato preferente por parte del estado para con las víctimas, concluyendo a su vez que “El núcleo esencial del derecho es la paz”

Desde entonces la Corte Constitucional ha seguido tomando decisiones categóricas con respecto al derecho a la paz, convirtiéndose incluso en un referente jurisprudencial a nivel mundial. Sea dable mencionar algunas sentencias importantes, tales como: la C-379 de 2016, que resolvió lo concerniente al plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Y la reciente C-080 de 2018 por la cual se realizó un control automático del proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz.

3 - ¿POR QUÉ EN COLOMBIA SE HABLA DE LA PAZ COMO UN COMODÍN POLÍTICO?

Para resolver este interrogante, también debemos hacer una pequeña reseña histórica de las posturas políticas de los últimos cuatro presidentes de Colombia frente al conflicto interno del país y como han intentado a su manera, de darle desarrollo al artículo 22 de la Constitución Nacional.

5 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>

3.1 - LA FALLIDA PAZ DE PASTRANA

Empecemos por referirnos al periodo presidencial de Andrés Pastrana Arango, quien toma las riendas del país entre 1998 y 2002. En materia de paz no hay mucho por decir de este expresidente, quizá lo único resaltante fue el intento fallido de acuerdo con las FARC-EP, en San José del Guaviare – Colombia, donde para intentar lograrlo cedió una parte de esta zona del país, lo que se conoció como la famosa “zona de despeje” sin embargo y a pesar de sus esfuerzos, nunca se pudo llegar a una salida negociada, simple y sencillamente porque en materia de negociación se requiere, como regla, tener con quien negociar, situación que no tuvo lugar, dado a que el día de la negociación, el señor Manuel Marulanda Vélez, cabeza jerárquica del secretariado de las FARC-EP, no se presentó, haciendo famosa la frase “la silla vacía” derrumbando así, la ilusión de una paz negociada.

3.2 - LA CONTROVERTIDA PAZ DE URIBE

En el doble periodo presidencial de Álvaro Uribe Vélez, puntualmente 2002-2008, se manejó el discurso de la “seguridad democrática” motivado desde la guerra declarada y directa a los grupos armados, principalmente a las FARC-EP, pues, cabe recordar que el expresidente fue víctima de este grupo armado, quienes después de secuestrar y cobrar el dinero del rescate, asesinaron a su padre, hecho que sin duda alguna, inspiró su política presidencial.

Situaciones puntuales con respecto al derecho a la paz tuvieron lugar en los dos mandatos de Álvaro Uribe, una de ellas la desmovilización de grupos paramilitares pertenecientes a las famosas Autodefensas de Colombia. Proceso bastante criticado dado a los grandes beneficios en materia penal otorgados a sus cabecillas, específicamente el no exigirles una confesión plena de todos los hechos delictivos, sino una mera versión libre de aquello que tuvieran a bien contarle a la justicia a cambio de unos pocos años en prisión, siendo las víctimas de estos grupos armados, las menos favorecidas en la negociación, teniendo en cuenta que no obtuvieron la materialización de sus derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición. Situación que motivó a la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-370/06 de 18 de mayo de 2006 a condicionar varios apartes de la ley 975 de 2005 y a declarar inexecutable otros. La Corte declaró que “quienes se acojan a la ley deberán cumplir a cabalidad las resoluciones de la ley, como

la confesión total de los delitos, la reparación y la verdad, y no volver a delinquir”⁶ con esto, buscando respetar los derechos de las víctimas. Por ello, este esté “acuerdo” jamás logró tener el reconocimiento internacional de un paso hacia la paz, más aun cuando la guerra declarada a otros grupos armados por parte del gobierno, acrecentaban el terror en el país.

Otras de las situaciones puntuales entorno a la paz en vigencia del mandato de Uribe fue que, bajo la política de la seguridad democrática, nunca se reconoció a las FARC-EP como un grupo beligerante y mucho menos se reconoció ante la comunidad internacional, que en el país existía un conflicto armado interno, postura que se mantuvo dado a que era de pleno conocimiento para el gobierno, que al hacerlo, esto le concedería garantías ante la comunidad internacional al grupo armado subversivo, es decir se quiso tapar el sol con un dedo pues contrastaba con la política de estado. Reflejando así, que nunca se buscó una paz negociada, más bien se evidenció el querer lograrla, si es que así se puede, a través del exterminio de todos los miembros de la guerrilla.

Pero, sin duda alguna la cereza del pastel en materia de paz en este gobierno, fueron los llamados falsos positivos, generados desde la política de la seguridad democrática. En ese afán de exterminar si o si, a todos los miembros de las guerrilla de las FARC-EP, se crearon campañas militares basadas en la obtención de beneficios, principalmente condecoraciones, ascensos, dinero y permisos o vacaciones, dependiendo el rango militar por bajas (muertes) de guerrilleros en combate (positivos). Situación que se salió de las manos cuando los militares, ansiosos por obtener estos beneficios, idearon y llevaron a cabo, diversos planes consistentes en hacer pasar por guerrilleros a personas que nada tenían que ver con la guerra (falsos positivos). Planes tan bien pensados que, solo por mencionar una modalidad, realizaban convocatorias laborales en otras ciudades por ejemplo, en donde hombres con la ilusión de laboral, se embarcaban en un viaje, que sin saberlo los llevaba a la muerte, pues, una vez en el lugar de campaña militar, eran asesinados a sangre fría, vestidos con atuendos de guerra, armados de un fusil y luego eran presentados como bajas de un combate para obtener así el beneficio. Uno de los casos más famosos en el país y por el que hay condenas penales, es el de los jóvenes de Soacha, quienes fueron reportados por sus familiares como desaparecidos pero que al mismo tiempo fueron presentados como bajas por el ejército en combates en Cimitarra (Santander) y Ocaña (Norte de Santander).

6 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-370-06.htm>

En materia de paz, los dos periodos del hoy Senador Álvaro Uribe Vélez, sirvieron para acrecentar la guerra interna del país, dado a que se atacó el conflicto con conflicto, generando más víctimas, desplazados, militares muertos y mutilados, pero sobre todo, a la seguridad democrática le debemos la creación del monstruo de los falsos positivos, los cuales llegaron a salirse tanto de control, que muchas veces y por el afán de presentar positivos de guerra, los militares perdieron de vista pequeños detalles que luego le servirían a la justicia para descubrir el falso positivo, detalles como: vestir a sus víctimas con prendas de guerra completamente nuevas, botas sin rastro de haber pisado un suelo nunca, y puestas al revés, (bota derecha en pie izquierdo y viceversa). La paz de Uribe.

3.3 - LA PAZ DE SANTOS

Los dos periodos presidenciales de Juan Manuel Santos, (2010-2018) en el tema que nos atañe, iniciaron con la sorpresiva postura de apartarse de la línea de su predecesor, y manejar un discurso totalmente diferente con respecto a los grupos armados al margen de la ley, trayendo a colación un pequeño fragmento de la primera estrofa de nuestro himno nacional, para la paz “cesó la horrible noche” por tanto la política del nuevo mandatario, tuvo como punto focal, la obtención de la misma. Para ello, lo primero que hizo fue reconocer ante la comunidad internacional que en el país existe un conflicto interno y así mismo reconoció a las FARC-EP como un grupo beligerante, situación que logró posteriormente que países como Cuba, Chile, Noruega y Venezuela se interesaran en servir de garantes al proceso de paz que se inició el 4 de septiembre de 2012 entre el gobierno Colombiano y la guerrilla de las FARC-EP en la Habana Cuba.

Acuerdo que después de muchos tropiezos e intentos de fracaso, se logró firmar en el mes de diciembre del 2016, marcando un antes y un después para Colombia, convirtiéndose incluso, en un referente para otros países en materia de justicia transicional.

Ahora bien, por ser un tema de esencia constitucional y sumamente delicado por todo lo que representa, le correspondió a la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-080 de 2018 como guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, realizar un control automático de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria número 08 de 2017 Senado, 016 de 2017 Cámara, “Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz” en total 162 artículos

que entró la Corte a estudiar. Sentencia que tomaremos como base fundamental para resolver nuestro interrogante.

Cabe resaltar que con la firma de los acuerdos con la guerrilla de las FARC-EP a finales del año 2016, no es que se haya logrado obtener una paz absoluta, sin embargo, es un paso agigantado hacia ese propósito, dado a que se lograron muchas cosas positivas para el país, marcando un impacto positivo en muchos aspectos, tales como:

- a. Fin de un conflicto interno de más de medio siglo.
- b. La disminución de los atentados terroristas y por ende de víctimas del conflicto armado.
- c. Ostensible disminución de muertes y mutilados por minas antipersonas.
- d. La depreciación de militares muertos y heridos en combates.
- e. La creación de una jurisdicción especial de paz (JEP)
- f. El fortalecimiento de la democracia. Ver a miembros de las FARC-EP ejerciendo su derecho al voto, es sin duda mejor que verlos en quemar urnas en días de elecciones.
- g. El crecimiento del turismo.
- h. El aumento de la confianza de inversionistas extranjeros.
- i. Respirar un ambiente de paz a nivel Nacional entre muchas otras razones.

Siendo el periodo presidencial de Juan Manuel Santos Calderón, donde el artículo 22 de nuestra Constitución Nacional, ha tenido mayor desarrollo practico, desde lo jurídico hasta lo social. Esto logró que a finales del año 2016 el expresidente, fuese galardonado con el Nobel de la Paz, segundo para nuestro país, de allí la famosa expresión “la paz de Santos”

3.4 - LAS OBJECIONES DE DUQUE

Recién inicia el periodo presidencial de Ivan Duque Márquez (2018-2022), quien sí sigue la línea de su mentor el expresidente Uribe, siendo palpable que en materia de paz, tanto a nivel nacional como ante la comunidad internacional, se sienta el cambio drástico con respecto a la implementación de los acuerdos logrados en la Habana. Esto principalmente porque durante el desarrollo de la negociación y posterior firma del acuerdo de paz con la guerrilla de las FARC-EP, el partido político

centro democrático, mismo donde milita el hoy presidente, fue el principal contradictor de esta salida negociada, recordemos que en el ocaso del mandato de Juan Manuel Santos, lideraron la campaña por el no, promoviendo acciones en contra del plebiscito sobre los acuerdos de paz de 2016 convocado por el expresidente, como mecanismo de refrendación para aprobar los acuerdos entre el gobierno y la guerrilla.

Se podría decir que esta campaña en contra de los acuerdos es la que ha generado confusión entre los colombianos con respecto a la paz, dado a que este grupo político no siente los acuerdos propios de todos, sino algo que solo logró Juan Manuel, haciendo famosa la frase “la paz de Santos” la cual le vendieron a los ciudadanos como lo peor que le podía ocurrir a Colombia, con la idea de que de darse, seríamos una nueva Venezuela al entregarle el país al grupo guerrillero, postura que siguen manteniendo ahora que Ivan Duque, es el mandatario del país.

Bajo el argumento de “la paz si pero no así” tanto el presidente como su partido político no pierden oportunidad para atacar los acuerdos celebrados en la Habana, ahora que los mismos están en trámite para ser una ley estatutaria. Por ello y muy a pesar de que la Corte Constitucional como garante de la Constitución, a través de la sentencia C-080 de 2018 le haya dado luz verde a los 162 artículos del acuerdo final, después de su trámite en el congreso de la república el mandatario haya decidido objetar “por inconveniencia” 6 artículos del total en los acuerdos, en el siguiente orden:

a) Artículo 7: Es inconveniente por no establecer de manera clara la obligación principal de los victimarios de reparar a las víctimas

b) Inciso 8 del Artículo 63: Es inconveniente para los colombianos porque no determina el alcance de la competencia atribuida al Alto Comisionado para la Paz para verificar la lista de quienes son reconocidos como miembros de los grupos armados que se sometan a un proceso de paz. La tarea de verificar las personas que participan de un proceso de paz debe seguir siendo competencia del Alto Comisionado para la Paz como representante del presidente de la república

c) Inciso 3 del Literal J del Artículo 79: Se considera inconveniente ya que no precisa las diligencias judiciales que la Fiscalía debe abstenerse de realizar. Eso genera una situación que perjudica los intereses de las víctimas y desperdicia valiosos recursos investigativos de autoridades con experiencia y capacidad. Es conveniente definir con mayor precisión, cuando y bajo qué circunstancias las investigaciones contra personas so-

medidas a la JEP se suspenderán en la justicia ordinaria. Esta precisión es necesaria para evitar vicios de impunidad y garantizar el derecho a la verdad de las víctimas.

d) Parágrafo 2 del Artículo 19: La renuncia a la acción penal es inconveniente porque constituiría impunidad. El Estado no puede renunciar a perseguir a los responsables de los delitos de lesa humanidad sin haber agotado todos los esfuerzos para encontrar la justicia y la verdad.

e) Artículo 150: Es inconveniente debido a que no precisa lo que ya fue dicho en la ley de procedimiento de la JEP cuando expresa que la sección de revisión de tribunal de paz no puede practicar pruebas. No hacer esa apreciación afectaría gravemente la cooperación judicial de Colombia con otros países.

f) Artículo 153: Es inconveniente por cuanto condiciona la extradición de otras personas al ofrecimiento de la verdad sin establecer ningún tipo de termino ni oportunidad para hacerlo. Esto produce un incentivo perverso para el ingreso a la JEP de terceros bajo el ropaje de supuestos ofrecimientos de verdad. Esa ambigüedad puede ser utilizada para eludir responsabilidades ante la justicia de otros países.

Ante estas objeciones por inconveniencia, la oposición política del actual gobierno salió en defensa de todos los artículos en especial los objetados, bajo el argumento de que se pone en riesgo el proceso de paz ya que el presidente no está acatando una decisión de la Corte Constitucional. Así mismo indican que en realidad no son objeciones por inconveniencia, sino objeciones por inconstitucionalidad disfrazadas de inconvenientes, pues lo que se debería objetar por inconveniencia es la ley y el presidente lo que objeto fue la sentencia C-080 de 2018 de la Corte Constitucional. Por ultimo concluyen que las objeciones es una pérdida de tiempo, toda vez que a la vuelta de un año terminará la Corte obligando al presidente a sancionar la ley sin tener en cuenta las objeciones, dado a que sobre ellas ya hubo un estudio Constitucional previo a estas⁷

Ante lo anterior no queda más que sentarnos a esperar el desarrollo de las objeciones ante el Congreso y la postura que tomará la Corte Constitucional al respecto de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz.

7 Noticias Caracol. 2019, marzo 11. “Están distrayéndonos”: duros cuestionamientos a Duque por objeciones a la JEP Noticias Caracol. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=EN7Kz0oiEQo>

4 - CONCLUSIONES

A modo de conclusión, y para responder de manera categórica al interrogante planteado, vamos a tomar como respaldo jurídico la Constitución Colombiana de 1991, los Tratados Internacionales y por supuesto las diversas posturas de la Corte Constitucional en materia de paz, que para suerte nuestra, todos estos fundamentos jurídicos, se encuentran condesadas en la sentencia C-080 de 2018, siendo en específico, la base de nuestra postura.

Al respecto la Constitución de 1991 dispone que la paz es un fin que debe asegurarse a los integrantes de la Nación⁸ que la convivencia pacífica es igualmente un fin esencial del Estado⁹ consagra la paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento¹⁰ establece que la educación en Colombia debe estar orientada a la formación en el respeto a la paz¹¹ estipula que propender al logro y mantenimiento de la paz es un deber ciudadano¹² y señala como un fin primordial de la policía asegurar

-
- 8 Constitución Nacional, Preámbulo: En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución Política de Colombia.
 - 9 Constitución Nacional, Artículo 2: Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener a integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.
 - 10 Constitución Nacional, Artículo 22: La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.
 - 11 Constitución Nacional, Artículo 67 Inciso 2: La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del medio ambiente.
 - 12 Constitución Nacional, Artículo 95: La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.
Toda persona está obligada a cumplir con la Constitución y las leyes.

que los habitantes de Colombia convivan en paz¹³

Lo anterior indica que en su esencia, la Constitución Nacional gira alrededor de la paz, por lo tanto, la educación escolar del país en todos sus niveles debe tener como cimientos la enseñanza de la misma, situación que así mismo debe tener alcance en todas las instituciones del país, que deben tomarla como un estandarte en todas sus actuaciones, sirviendo también como ejemplo a los ciudadanos a quienes les recae el logro y el mantenimiento de este derecho. Dicho de otra manera, para la Carta Política de 1991, la paz es un derecho del cual debemos gozar todos y a su vez es un deber de todos, propender al logro y mantenimiento de la misma, debiendo los políticos encaminar sus políticas de gobierno hacia la obtención de una paz estable y duradera.

A nivel de tratados internacionales, la paz es también un principio del derecho internacional aceptado por Colombia y, como tal, rige las relaciones exteriores del Estado¹⁴ En el ámbito universal, la Carta de las Naciones Unidas, que dio lugar a la constitución de esta organización internacional en 1945, creada después de la segunda guerra mundial con el objetivo de evitar nuevas confrontaciones entre los estados, contempló en el artículo 1, del Capítulo 1, que uno de los propósitos de la ONU es “mantener la paz y la seguridad internacionales” La guerra, por ello, está prohibida en el ámbito de la ONU. La violación de la prohibición de la guerra podría constituir el crimen internacional de agresión, de competencia de la Corte Penal Internacional (art. 5 del Estatuto de Roma de la CPI). La Asamblea General de Naciones Unidas, así como su Consejo de Derechos Humanos, han expedido Declaraciones sobre el derecho a la paz, que si bien no son normas jurídicas, son criterios autorizados de interpretación sobre las obligaciones de la Carta de las Naciones Unidas.

Es por ello que, siendo entendidos del paso agigantado dado por Colombia en la consagración del derecho a la paz, la comunidad internacional ha respaldado de manera categórica, todo el esfuerzo realizado

Son deberes de la persona y del ciudadano:

Numeral 6. Propender al logro y mantenimiento de la paz.

- 13 Constitución Nacional, Artículo 218: La ley organizará el cuerpo de policía. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.
- 14 Constitución Nacional, Artículo 9 Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.

antes, durante y después de la firma del acuerdo con la guerrilla de las FARC-EP, más ahora con el cambio de gobierno y su postura no tan a favor de los acuerdos, siendo entonces de gran ayuda para el país, la participación y veeduría activa internacional, quienes son entendidos que la paz al ser un derecho, no puede manejarse de manera caprichosa por ningún gobierno y más cuando la consagración, desarrollo y aplicabilidad de los acuerdos, tiene un impacto mundial, puesto que cual efecto mariposa, lo que suceda en Colombia tiene efectos en otros países.

Por su parte, La Corte Constitucional recientemente reiteró que la protección constitucional de la paz impone un deber estatal de diseño e implementación de políticas públicas y acciones dirigidas a la superación del conflicto armado; adicionalmente, constituye un deber social que impone la obligación de preferir la solución que impone la obligación de preferir la solución pacífica como referente de resolución de las controversias, “lo cual es un presupuesto tanto para la paz como para la vigencia del orden democrático, concebido desde la perspectiva material”

En ese sentido, hallamos que la paz al no ser un derecho de aplicabilidad inmediata, es decir que debe construirse paso a paso, requiere de acciones encaminadas e intencionales para alcanzarse a plenitud, por ende, la principal responsabilidad en sus actuaciones en pro de este derecho recae sobre el Estado, quien debe hacer todo lo posible por diseñar todas sus políticas de gobierno pensando en cómo estas afectaran de manera positiva a la construcción de una paz estable y duradera. Políticas públicas que al implementarse en la práctica, inviten a todas las personas en el país a apropiarse y a tener sentido de pertenencia por este derecho, teniendo de presente que la paz también es un deber de todos.

Por lo anterior, si bien es el Estado que quien con sus políticas de gobierno debe propender por alcanzar la anhelada paz, quienes ejercen la política no pueden apropiarse o adjudicarle a otro este derecho como si fuese un trofeo político, más aun cuando sobre ese político recae el mismo deber constitucional referente a la paz. Por consiguiente, le queda mal a los mandatarios en Colombia, encaminar sus políticas de gobierno u oposición bajo el odio y la guerra, atacando de frente cualquier intención reconciliación, siendo estas actuaciones sumamente nocivas al concepto de paz.

Así las cosas, debemos todos los colombianos entender que la paz no es comodín político, el cual otorga un pase al poder a quienes están ávidos de él. Por lo cual debemos tomar acciones intencionales encaminadas al fortalecimiento del concepto de paz en el país, al respecto la Corte Constitucional en la Sentencia C-630 de 2017 manifestó que “la

paz maximiza los valores, principios y derechos fundamentales de manera que posibilite una efectiva vigencia de la Constitución Política” ello nos invita a que nuestra prioridad como colombianos en lo sucesivo sea la construcción de la paz y que nos dejemos envolver de quienes quieren hacernos creer que la obtención de la misma, es un lujo político.

Al respecto En múltiples oportunidades, este Tribunal (Corte Constitucional) ha destacado la significativa relevancia que tuvo la consecuencia de la paz en el proceso constituyente de 1991. En ese contexto, ha precisado que “la búsqueda de soluciones pacíficas a los conflictos internos desarrolla la filosofía humanista de la Constitución de 1991 y legitima la acción de las autoridades públicas en un Estado democrático” y, en consecuencia “las partes en controversia, particularmente en aquellos conflictos cuya continuación pone en peligro el mantenimiento de la convivencia pacífica y la seguridad nacional, deben esforzarse por encontrar soluciones pacíficas que vean al individuo como fin último del Estado”

Por todo esto es claro que la paz no es un atributo político, más bien es un derecho del cual gozamos todos sin excepción, a su vez, es un deber propio de nuestra condición humana, que va más allá de ostentar un cargo político o no, por este motivo, si queremos lograr la paz, la paz es el camino, otros términos la paz debe ser el principio y el fin.

5 - REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CONSTITUCIÓN NACIONAL
- <https://lasillavacia.com/blogs/la-corte-constitucional-y-el-derecho-la-paz-61081>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-370-06.htm>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/c-080-18.htm>
- <https://www.youtube.com/watch?v=EN7Kz0oiEQo>



O CONFLITO NA SÍRIA: TERRORISMO, SOBERANIA E DIREITOS HUMANOS

ÁLVARO AUGUSTO LAUFF MACHADO¹

1 - INTRODUÇÃO

Em razão do que se vivenciou na segunda grande guerra mundial, sobretudo com os horrores vividos pela humanidade com o que se denominou na história de holocausto (em grego holókaustos; “holó” significa todo e “kaustus” significa queimado), a discussão em torno da efetivação de mecanismos de tutela dos direitos humanos tornou-se ponto central no cenário político-social da maioria das nações.

E não poderia ser diferente. Um conjunto plural de seres humanos sofreu, em razão destes eventos, toda sorte de agressões físicas e psíquicas, lhes tendo sido negado o mínimo de (ou nenhuma) dignidade que qualquer ser vivo merece ter.

O princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se, a partir de então, o pilar de todas as constituições dos Estados Democráticos de Direito. As normas constitucionais e, via de consequência, todo o arcabouço normativo delas decorrentes passaram a ter como fundamento de validade, ainda que de forma abstrata, a preservação da dignidade da pessoa humana.

No entanto, em que pese a previsão textual desse princípio nas cartas políticas, o déficit de sua efetivação perdura até os dias atuais.

Técnicas de hermenêutica passaram a ser estabelecidas por diferentes autores e estudiosos do século XX (inclusive valendo-se de premis-

1 Doutorando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória, ES. Pós-Graduado, Lato Sensu, em Direito Tributário (Processual e Material) na Faculdade de Direito de Vitória, ES. Secretário Geral da Comissão Especial de Estudos Tributários da OAB/ES. Conselheiro Suplente do Conselho Municipal de Recursos Fiscais do Município de Vitória/ES. Professor Convocado do Curso da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Tributário da Faculdade de Direito de Vitória, ES e da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público da LFG, SP. Membro do Grupo de Pesquisa Corrupção, Democracia e Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de São Paulo - PUC/SP. Autor de artigos em revistas de âmbito nacional e internacional. Advogado. E-mail: alvaro@appa.com.br

sas filosóficas datadas de antes mesmo do período novecentista) na busca da efetivação e atribuição de eficácia às normas constitucionais.

Mas a história, assim como o desenvolvimento social da humanidade, não é estática. Os fenômenos sociais são fluidos e dinâmicos.

Diz-se isto pois as tragédias humanas, da mesma forma, também não têm data aprazada para ocorrerem.

Enquanto em muitos Estados ainda não se estabeleceram mecanismos de concretização de normas constitucionais e, em um número ainda maior, sequer se discute a temática dos direitos humanos e sua efetivação, crises humanitárias continuaram a surgir a partir ainda do final do século XX.

Pouco se passou (menos de 100 anos) desde o auge do terceiro *reich* e a dignidade dos seres humanos continua constantemente sendo vilipendiada. Mas o fenômeno “moderno” vem ganhando outro contexto (e pretexto).

A maioria das ações de barbárie hodiernas não se dão por conflitos entre estados como, ao longo de toda a história da humanidade, foram as guerras (nação “A” *versus* nação “B” ou grupo de nações “X” *versus* grupo de nações “Y”).

O que vêm ocorrendo são ações de grupos pulverizados, sem vínculo a nenhum Estado específico, mas que são defensores de determinada orientação anarquista que, via de regra, têm como estandarte principal a luta contra o sistema capitalista e o imperialismo americano e da Europa ocidental.

São pessoas que se reúnem – sob a pecha de defenderem as mesmas convicções filosóficas e sociais – para promoverem atentados nos mais variados países do globo.

A esses atos é dado o nome de terrorismo; aos seus atores se chama de terroristas.

Infelizmente muitos são os exemplos que poderiam ser apontados, mas, até mesmo diante da pluralidade de casos e dado o nível de sua complexidade, é que o presente ensaio adotará como recorte de pesquisa o conflito que está em curso na Síria.

Adotar-se-á o caso da Síria como objeto privilegiado de análise para que se possa investigar como o terrorismo vem se desenvolvendo inclusive, agora, na busca de dominação territorial, pretensão essa que não havia sido revelada, até o momento, por nenhum outro grupo anterior (v.g., Al-Qaeda que atua por meio de células colaborativas e independentes, espalhas planeta afora).

Entender o terrorismo e a (in)existência de vínculo desse fenômeno com o povo árabe é o passo inicial para que, em momento seguinte, busque-se verificar se – assim como no Estado nazista – o uso de poder e dominação de determinada “classe” acaba por suprimir direitos e garantias de seres humanos.

Pretende-se estabelecer, então, se há – ou não – um paralelo entre aqueles que, hoje, são vítimas do terrorismo e o que se classificou de *homo sacer* na concepção moderna do termo.

Estabelecidas essas premissas – estudado o fenômeno do terrorismo e, ato contínuo, os seus reflexos na vida humana contemporânea – pretender-se-á, ao final, buscar verificar se existem, ou podem ser instituídos, instrumentos no âmbito do direito constitucional internacional que, de um lado, não violem a soberania dos Estados nações e, de outro lado, sirvam como efetivos meios de defesa, à nível global, dos direitos humanos.

Daí porque, em razão desses pontos busca-se, em essência, a resposta do seguinte problema de pesquisa: existem mecanismos no âmbito do direito constitucional internacional que podem ser utilizados no combate à atos de terrorismo e, via de consequência, para preservação da dignidade da pessoa humana (cidadão do mundo), sem que haja conflito de soberania?

A hipótese que se estabelece, *prima facie*, é de que a tutela da dignidade da pessoa humana goza de caráter supranacional, razão pela qual não são questões atinentes a soberania que – *de per se* – podem impossibilitar a atuação de organismos internacionais como o Tribunal Penal Internacional e órgãos internos da Organização das Nações Unidas.

Da mesma forma, a legitimação dessas estruturas para atuar, não em defesa de interesses exclusivos de determinados Estados (*i.e.*, Estados Unidos da América, Rússia, China, Inglaterra etc.), mas em prol da defesa do ser humano, independentemente de sua nacionalidade ou localização geográfica, é um, ou o, desafio a ser enfrentando neste século.

2 - OS CONFLITOS NA SÍRIA: UMA CRISE HUMANITÁRIA

Em 15 de março de 2011, influenciados por outros movimentos ocorridos no mundo árabe (*v.g.*, Revolução Egípcia, Revolução Tunisiana, Revolução Líbia e protesto no Iêmen), o sírios tomaram as ruas em protesto ao governo de Bashar al-Assad para que ele, e todos seus coligados do Partido Baath, renunciassem ao poder.

O Partido Baath, apesar de fundado em 1947, somente chegou ao poder no início da década de 1970, por meio de seu maior expoente,

Hafez al-Assad, e em 1972, com a aprovação de uma nova constituição, foi definido como partido único da Síria. Hafez al-Assad permaneceu no governo até junho de 2000 quando, em razão de sua morte, assumiu seu filho, Bashar al-Assad².

Eis, vê-se, a razão das manifestações iniciadas em 2011. O povo sírio desejava encerrar o modelo ditatorial secular.

Ocorre que, apesar do movimento ter sido iniciado de forma pacífica, a resposta dada pelo governo foi violenta, pelo emprego das armas. Inúmeros manifestantes foram brutalmente assassinados em ruas públicas como sinal de que o regime de Assad não renunciaria ao poder.

O que pretendia a população eram reformas constitucionais que, diante da negativa do governo e da forma como os eventos evoluíram, deu origem a um conflito bélico interno na Síria.

Diante da força empregada pelo Partido Baath, no norte da Síria se criou um Exército Sírio Livre, formado por militares desertores, dando origem – em 2012 – a uma Coalizão Nacional Síria que passou a atacar as forças militares de Assad³.

Em paralelo a esse conflito, valendo-se da ausência de governabilidade no país, um grupo terrorista, autodenominado de Estado Islâmico, passou a se aproveitar da fragilidade local e a reivindicar a ocupação de territórios sírios.

No início o Estado Islâmico figurava como apoiador ao movimento separatista mas – em junho de 2014 – sua verdadeira pretensão veio à tona e o líder do grupo, Abu Bakr al-Baghdadi, proclamou que os territórios por eles ocupados seriam um novo califado e ele, al-Baghdadi, seu califa⁴.

O líder al-Baghdadi se aproveitou do caos e se lançou no projeto de neocalifado. Houve, inclusive, uma coletiva de imprensa, no dia 26 de junho de 2014, véspera do ramadã, solenizando o acontecimento e declarando, oficialmente, a conquista do território⁵.

2 ALBERTO, Guillermo Julio Pérez. *Síria: Perspectivas geopolíticas de la internacionalización del conflicto*. Ed. Universidade de la Laguna. 2016, p. 19.

3 *Ibidem*, p. 24.

4 FURTADO, Gabriela; RODER, Henrique; AGUILAR, Sérgio L. C. *A Guerra Civil Síria, o Oriente Médio e o Sistema Internacional*. Série Conflitos Internacionais. São Paulo, v. 1, n. 6, dezembro de 2014, p. 2

5 FOUCHER, Michel. *Uma ambição territorial*. In: FOTTORINO, Eric. (org.). **Quem é o Estado Islâmico?** Compreendendo o novo terrorismo. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016, p.33.

Antes de dar seguimento a contextualização do conflito hodierno na Síria, no entanto, é importante, neste ponto, seja feito um breve resgate da história dos povos árabes.

No início do século VII, entre grandes impérios como o império Bizantino e o da Sassânida, habitavam diversas tribos de nômades que migravam de oásis a oásis em meio ao deserto⁶.

O *ethos*⁷ característico desses povos, no entanto, era comum: a coragem, a hospitalidade, a lealdade à família e o orgulho dos ancestrais.

Não havia uma coesão estruturada entre eles, apenas o comércio de determinados animais e especiarias; não existia, portanto, uma estrutura estatal àquela época formada.

Mas ainda em meados do século VII, uma comunidade situada num local denominado de Meca passou a se reunir com características estruturadas apagando, assim, as velhas fronteiras então criadas pelos grupos tribais.

Esse grupo identificou na pessoa de um cidadão de Meca, chamado Maomé, uma figura divina. Maomé teria sido escolhido por Deus que lhe revelou uma nova ordem de vida o que foi traduzido em palavras e formado, em escrito, num livro santo: o Corão⁸.

Formou-se assim um novo profeta e, com ele, uma nova religião, o islamismo.

Albert Hourani ao descrever essa passagem diz que:

“O nome dado a Deus era ‘Alá’, já em uso para um dos deuses locais (e hoje usado por judeus e cristãos de língua árabe como o nome de Deus). Os que se submeteram à Vontade d’Ele acabaram tornando-se conhecidos como muçulmanos; o nome da religião, Islã, deriva do mesmo radical linguístico”.

Tanto a palavra muçulmano, como islã, derivam do verbo árabe *aslama*, que significa submetido à Deus.

6 HOURAIN, Alberto. Uma história dos povos árabes. Ed. Companhia de bolso, 2006, p. 32

7 Para Lucas Mello Carvalho Ribeiro, Ariana Lucero e Eduardo Dias Gontijo “[...] refere-se ao comportamento que resulta de um constante repetir-se dos mesmos atos, um comportamento que ocorre freqüentemente, mas não sempre, tampouco em decorrência de uma necessidade natural” in RIBEIRO, Lucas Mello Carvalho; LUCERO, Ariana; GONTIJO, Eduardo Dias. O ethos homérico, a cultura da vergonha e a cultura da culpa. Revista Psychê, vol. XII, núm. 22, enero-junio, 2008, p. 126.

8 Op. cit., p. 17, nota 7.

O primeiro Estado árabe surgiu, política e burocraticamente, a partir de uma estrutura religiosa.

Com a morte de Maomé e no período do século VII ao século X esse modelo de Estado árabe passou a ser denominado de Califado, e seus representantes alcunhados de califas.

Algumas reflexões, então, podem ser feitas a partir desse brevíssimo registro histórico da gênese da formação dos povos árabes.

A primeira estrutura que poderia se denominar de Estado dos povos árabes se deu em razão de uma construção religiosa. Ou seja, o Estado surgiu a partir de uma religião. Da mesma forma as tradições desses povos, por terem sido imbuídas dentro de suas crenças religiosas, se solidificaram ao longo dos anos⁹.

Veja-se, portanto, que há uma significativa carga simbólica quando o Estado Islâmico, passados quase dois milênios, reivindica para si a prerrogativa de refundar um Califado nos moldes do que teria sido na origem.

Para Michel Foucher¹⁰:

“A referência ao califado é importante. Autoproclamando-se califa, Al-Baghdadi garante ser descendente da tribo de Maomé. Para além da referência histórica e religiosa, ele faz apelo a uma representação muito forte [...]”

No entanto, o Estado Islâmico não é uma organização religiosa e nem mesmo deriva do islã. Se apropriam da cultura deste povo para, desvirtuando suas tradições e utilizando de uma retórica dominadora, exercerem poder.

São radicais extremistas assim como também o são Al-Qaeda, o IRA, o ETA, dentre outros grupos extremistas mundo afora.

Retomando a análise do conflito Sírio, com a ascensão do Estado Islâmico, em junho de 2014 uma nova força militar, então, ingressou em cena. Assim a disputa de poder que antes se dava entre o Partido Baath e os separatistas, também passou a ser reivindicada pelo Estado Islâmico.

Mas as suas ações conseguiram ser ainda mais bárbaras do que as que até então haviam sido adotadas. Para ganhar repercussão internacional o Estado Islâmico passou a realizar atos de terrorismo em diversas regiões do planeta.

9 MENESES, Karina Arroyo Cruz Gomes. Territórios em movimento: Simbolismo, lugar e identidade na religião islâmica. In: XI Encontro Nacional da ANPEGE, 2015, Presidente Prudente, p. 1743.

10 Op. cit., p.33, nota 6.

Com isso, com “[...] o crescimento do Estado Islâmico com métodos extremamente violentos [...]”¹¹ passaram a se envolver no conflito da Síria nações como “[...] Estados Unidos, França e Reino Unido, dentre outros, aumentando as implicações regionais e globais da guerra civil”¹².

Deu-se início a um fenômeno denominado de “guerra por procuração”¹³. De um lado a Rússia apoiando o governo de Assad para sua perpetuação no poder; de outro os Estados Unidos da América em apoio à Coalizão Nacional Síria para que ela, por sua vez, destitua o Partido Baath e, em ambos os casos, por meio do fomento de armas e até mesmo envio de tropas, para que seja contido o fenômeno crescente do Estado Islâmico.

A Coalização opositora justifica suas ações em razão da luta pela destituição do presidente Bashar al-Assad para instituição de um novo modelo de governo; o Partido Baath afirma estar apenas enfrentando terroristas armados e, portanto, garantindo a segurança nacional.

Essas falaciosas e minimalistas justificativas, no entanto, não se sustentam.

O que se verifica é que seja qual for a fonte do conflito todos buscam a dominação do território Sírio, a sobreposição do poder e o domínio econômico da região, rica em recursos minerais fósseis.

A diferença é que antes as atrocidades cometidas em conflitos civis e em atos de terrorismo não eram tão presentes e tão visíveis como na realidade atual. Hoje não se precisa mais aguardar a publicação de um folhetim internacional por semanas para se saber o que se passa na Síria. As notícias são quase que contemporâneas aos fatos.

Isso se deve as novas técnicas que, na última década, aproximaram, e muito, a vida humana. Milton Santos¹⁴ estuda essa questão e destaca que:

“Com essa grande mudança na história, tornamo-nos capazes, seja onde for, de ter conhecimento do que é o acontecer do outro. [...] Essa é a grande novidade, o que estamos chamando de unicidade do tempo ou convergência dos momentos.”

11 Op. cit., p. 8, nota 5.

12 Op. cit., p. 12, nota 5.

13 BEEHNER, Lionel. How Proxy Wars Work and What That Means for Ending the Conflict in Syria. Foreign Affaris, Florida, 12 de nov. de 2015.

14 SANTOS, Milton. Por uma outra globalização – do pensamento único à consciência universal. Ed. Record, 20ª ed, Rio de Janeiro, 2011, p. 28.

Temos mecanismos para sabermos, neste exato momento, o que ocorre na Síria, no Egito, na França, nos Estados Unidos e na maior parte do globo. Os mecanismos de comunicação, sobretudo pelo advento de redes sociais, tornaram todo e qualquer cidadão um divulgador dos acontecimentos cotidianos.

Quando Sírios passaram a emigrar e a falecerem no percurso traumático que enfrentam, as notícias foram reportadas de imediato. Quem não se recorda da foto da criança Síria morta desfalecida nas areias de uma praia turca?¹⁵

O mesmo no que diz respeito aos atentados cometidos pelo Estado Islâmico não só em território Sírio como na França, Inglaterra, Egito, dentre outros (muitos outros).

Foi criado – por organismos internacionais – o Syrian Center for Policy Research que traz, de forma constantemente atualizada, o retrato das condições da Síria¹⁶.

Por meio deste instrumento constata-se que os impactos sociais do conflito na Síria são significativos. Após o início da guerra civil houve uma diminuição do desempenho no IDH impondo ao país um retrocesso de pelo menos 35 (trinta e cinco) anos em razão do déficit nos índices de educação, saúde, renda e moradia¹⁷.

Mas nem sempre foi essa a realidade na Síria. A cidade de Aleppo, por exemplo, recentemente palco de uma das maiores catástrofes na região, inclusive com participação da Rússia bombardeando grande parte de seu território, já foi um dos locais mais prósperos do mundo árabe.

Em “A História Natural de Aleppo” Alexander Russel¹⁸ traz a descrição da vida daquela sociedade no século 18, com seu comércio desenvolvido, cultura estabelecida, arquitetura urbanística invejável até mesmo para outras cidades europeias.

15 *Vide* GARCIA, Maria. **O menino morto, cidadão do mundo: os princípios da não intervenção e da prevalência dos direitos humanos**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, Ed. RT, vol. 93/2015, p. 263 – 276, Out - Dez / 2015.

16 SYRIAN CENTER FOR POLICY RESEARCH. Socioeconomic Roots and Impact of the Syrian Crisis. Damasco, Síria, 2013. Disponível em: http://scpr-syria.org/att/1360464324_Tf75J.pdf

17 SYRIAN CENTER FOR POLICY RESEARCH. Socioeconomic Roots and Impact of the Syrian Crisis. Damasco, Síria, 2013. Disponível em: http://scpr-syria.org/att/1360464324_Tf75J.pdf

18 RUSSEL, Alexander. The Natural History of Aleppo and Parts Adjacent. A. Millar Ed., Londres, 1756, p. 13.

Alepo não era, portanto, apenas areia e pedra – como é hoje em razão dos ataques sofridos.

E isso revela os riscos que eventos como este da Síria trazem. Cidades, até então regularmente erigidas, caem em ruínas em razão de ataques bélicos que se dão entre grupos que – naturalmente – ignoram os direitos e garantias dos viventes daquele local.

O que se passa na Síria é, sem sombra de dúvidas, um dos maiores atentados da história da humanidade. Se não for o mais catastrófico, certamente é o que mais evidência ganhou em toda a história, vez que é a primeira oportunidade em que todos os seres humanos vivos no planeta acompanham “em tempo real” os sofrimentos do outro.

Há na rede mundial de computadores, inclusive, a disponibilização de um mapa¹⁹ que, por meio de constante atualização, identificada a situação da Síria e os territórios dominados pelo Partido Baath, pela Coalização Nacional Síria e pelo Estado Islâmico.

O fato é que a perpetuação do conflito tem consequências desastrosas para o governo, para a economia e, principalmente, para a vida no país. O governo não possui legitimidade alguma para atuar; os serviços públicos e as condições de vida são de miserabilidade fazendo com que a Síria se aproxime do que, para Rotberg, se define como um estado falido.

Segundo Rotberg²⁰ todo e qualquer Estado deve contar com condições de garantir a segurança humana e ideais condições de vida, sobretudo com acesso a saúde. Da mesma forma um Estado deve conter instrumentos de participação popular na política e normas legais para que conflitos sejam solucionados como, *i.e.*, pela instituição de um Poder Judiciário isento e imparcial.

Caso estes quesitos, mínimos, não existam, o Estado será um estado falido. Um estado falido é aquele que não conta com condições, político-econômicas, de atender necessidades mínimas de seus cidadãos.

A Síria é hoje, não se ressurte em afirmar, um Estado falido.

O conflito, no entanto, não tem previsão, nem indícios, de que em breve se encerrará. A Síria, na verdade, está sendo apenas o palco principal de um evento que se diluiu mundo afora. O terrorismo é, certamente, algo a ser estudado, entendido e, por óbvio, combatido.

Mas para tanto não basta serem adotadas posturas objetificantes e reducionistas. O terrorismo não é um fruto da religião; o muçulmano não

19 Vide https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Syrian_Civil_War_map.svg

20 ROTBERG, Robert I. When States fail: causes and consequences. Gaillard: Princeton University Press, 2004.

é um terrorista *in natura*. O que se deve entender é como esse fenômeno se desenvolve e buscar, então, mecanismos de sua contenção e eliminação.

Veja-se: o que se deve combater é o terrorismo, a construção filosófico-social nele imbuída e o seus agentes, e não uma categoria de pessoas de uma determinada raça ou crença. Até porque, como os eventos mais recentes revelam, existem células terroristas formadas por franceses, ingleses etc.

Como afirma Edgar Morin²¹ em seu artigo denominado de “Tentando Compreender”:

“Chega um momento em que o conflito apodrece. [...] A não ser que haja uma completa mudança de direção, tudo se agravará [...]. Impõe-se a nós uma grande e pesada, mas necessária, tarefa de regeneração do pensamento, que compreende necessariamente uma regeneração do pensamento político. Mesmo sem esperança, é vital empreendê-la, e empreendê-la faria renascer a esperança – uma esperança frágil, por certo, mas uma esperança.”

O tema, como se extrai de tudo que foi debatido até agora, certamente tem proporções ainda mais profundas, mas reflexões a seu respeito devem ser empreendidas, ainda que sejam suscitadas provocações que intentem diminuir a relevância de seu debate sob o estigma das questões propostas serem ilusórias ou utópicas.

O que não se pode admitir é que seres humanos, seja em que território for, tenham suprimido – pela ação violenta e brutal de governos e/ou organizações (para)militares – um direito e bem maior: sua vida.

3 - O TERRORISMO E O *HOMO SACER*

Não foi sem razão que não só no título deste ensaio, como em todas as demais passagens do texto o “caso da Síria” não é tratado como guerra, mas sim conflito. A primeira expressão (guerra) é largamente utilizada nos meios de comunicação mas, como visto, não revela o verdadeiro caráter do que vem ocorrendo naquele território e, tampouco, o paradigma dos eventos bélicos da atualidade.

21 MORIN, Edgar. Tentando Compreender. In: FOTTORINO, Eric. (org.). **Quem é o Estado Islâmico? Compreendendo o novo terrorismo**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016, p. 13/14.

A guerra, desde os mais remotos litígios vividos pelo homem, sempre teve como pressuposto uma disputa entre duas estruturas sociais organizadas, coesas e com território delimitado. Via de regra eram dois Estados (salvo no caso da antiguidade onde se tratava de tribos) ou um grupo deles.

O terrorismo, por sua vez, não atua dentro desse padrão; aliás, a principal característica do terrorismo é, exatamente, a ausência de padrão. A ação terrorista se dá por meio da atuação de grupos de pessoas, pulverizados em diversas regiões do planeta, que não guardam uma identidade nacional entre si mas, apenas, um vínculo cultural e filosófico comum, travestido, na maioria das vezes, por uma hipotética convicção religiosa.

Sim, não custa reafirmar que não é a religião ou seus dogmas que legitimam a atuação de terroristas, mas estes, de fato, que se utilizam de preceitos apropriados de algumas determinadas escritas teológicas para, então, valendo-se numa retórica de dominação, justificarem seus atos.

O islã, religião com expressiva representação no mundo oriental, é – assim como as demais – apenas uma doutrina teológica. O muçulmano, que é aquele quem crê no islã, não é nada além do que um cidadão, como outro qualquer, com suas crenças pessoais.

Por essa razão, como destacam Ian Buruma e Avishai Margalit²², é que o conflito (ou a guerra como chamam os autores) não deve ser contra o islã, nem contra os muçulmanos. No entanto, e este é o problema *sub examen*, é que os conflitos – em sua maioria – são travados no interior do mundo islâmico, no interior dos territórios onde se encontram as maiores concentrações de muçulmanos.

Por isso é tão comum a associação do terrorismo ao islamismo.

O Estado Islâmico, como visto, não é nem Estado nem, tampouco, religião. É um grupo apátrida que busca exercer a dominação de diversos territórios orientais para, então, estabelecer-se como uma formação autônoma de Estado fazendo, alegoricamente, alusão à figura dos Califados.

Foi buscando dissociar a figura deste Estado Islâmico da religião Islã que um grupo de sunitas, em 19 de setembro de 2015, endereçou uma carta aberta a Abu Bakr al-Baghdadi, que se autodenomina califa do Estado Islâmico, demonstrando – a partir dos próprios preceitos da xaria – que as ações adotadas pelo grupo terrorista não encontram resposta na religião islâmica²³. Consta neste texto que:

22 BURUMA, Ian; MARGALIT, Avishai. **Ocidentalismo – O ocidente aos olhos de seus inimigos**. Jorge Zahar Ed., Rio de Janeiro, 2006, p. 147.

23 FOTTORINO, Eric. Carta aberta a Al-Baghdadi e aos partidários do Estado Is-

“As regras de conduta da jihad estão resumidas nas palavras do profeta Maomé: ‘Fazei a guerra, mas não sejais severos, não ajais como traidores, não mutileis, não mateis crianças [...]’. O Profeta também disse no dia da conquista da Meca: ‘Aqueles que batem em retirada não devem ser mortos, os feridos não devem ser atacados de novo, e aquele que fecha a sua porta está a salvo.’”²⁴

A religião é, pois, utilizada como fonte de conhecimento para legitimação da atuação de agentes terroristas, assim como também o são alguns preceitos filosóficos como, *v.g.*, das obras de Avicena, Averróis e Al-Ghazali, filósofos orientais que pouco são estudados nas universidades ocidentais.

Na verdade, o que motiva as ações terroristas hodiernas é, em primeiro plano, a desestruturação dos modelos estabelecidos como padrões de poder e “sucesso” econômico, ou seja, o enfrentamento do capitalismo americano e europeu. Em segundo plano, e em decorrência deste primeiro, por meio dessas ações há a profusão de uma verdadeira “indústria do medo”.

É por meio da propagação do “medo ao terror” que se fortalecem ainda mais os grupos terroristas. Para Hannah Arendt²⁵ a exploração do medo coletivo se revela como instrumento de controle:

“A diferença fundamental entre as ditaduras modernas e as tiranias do passado está no uso do terror não como meio de extermínio e amedrontamento dos oponentes, mas como instrumento corriqueiro para governar as massas perfeitamente obedientes. O terror, como o conhecemos hoje, ataca sem provocação preliminar, e suas vítimas são inocentes até mesmo do ponto de vista do perseguidor. Esse foi o caso da Alemanha nazista, quando a campanha de terror foi dirigida contra os judeus, isto é, contra pessoas cujas características comuns eram aleatórias e independentes da conduta individual específica”.

lâmico. In:_____. (org.). **Quem é o Estado Islâmico? Compreendendo o novo terrorismo**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016, p. 67.

24 Idem, p. 67/68

25 ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo. Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013, p. 17

E esse medo, da mesma forma, lhes é rentável, isto porque, a atuação desses grupos além de servir para escoar recursos provenientes de diversas atividades ilícitas, é também válvula motora de uma das atividades econômicas mais rentáveis do planeta: o comércio de armas.

O terrorismo é, para os respectivos grupos que nele atuam, não só uma forma de exercício de poder como, também, de atuação econômica.

É por essa razão que Eric Hobsbawm²⁶ afirma em sua obra que não devemos tratar o terrorismo como uma guerra, senão em caráter meramente metafórico (como guerra às drogas, guerra dos sexos etc.).

Diz o autor ainda que:

“Na prática, o perigo real do terrorismo não está no risco causado por alguns punhados de fanáticos anônimos, e sim no medo irracional que suas atividades provocam e que hoje é encorajado tanto pela imprensa quanto por governos insensatos. Esse é um dos maiores perigos do nosso tempo [...]”²⁷

Boaventura de Sousa Santos²⁸ ao tratar da globalização aborda, também, a intolerância como justificção não só imperialista como, ainda, com repercussão econômica.

É sabido que:

“Para manter seu orçamento colossal, estimado entre 1, 2 e 3 bilhões de dólares anuais, o Estado Islâmico conta com numerosas fontes de financiamento, a começar pelas riquezas naturais da região. Uma dezena de campos petrolíferos foi capturada no leste da Síria e no norte do Iraque. Uma vez refinado, o petróleo é traficado no mercado negro para contrabandistas turcos.”²⁹

O interesse econômico não só está inserido no contexto do terrorismo como, inclusive, o terrorismo em si, é fonte de promoção de recursos financeiros. Por óbvio, então, que não é o islã que efetivamente motiva o terrorismo.

26 HOBBSAWM, Eric. *Globalização, Democracia e Terrorismo*. Ed. Companhia das Letras, São Paulo, 2007, p. 149.

27 *Idem*, p. 151.

28 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice – O social e o político na pós-modernidade*. 7ª ed. Ed Afrontamento, Porto, 1999, p. 127.

29 PAULIC, Manon; VINCE, Pierre. Dossiê. In: FOTTORINO, Eric. (org.). **Quem é o Estado Islâmico? Compreendendo o novo terrorismo**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016, p. 119.

Da mesma forma, o muçulmano não é, por si só, um terrorista. São leituras deterministas que vêm assolando o cotidiano da vida desse conjunto de cidadãos e cidadãs mundo afora ao passo que, em recente movimento que teve início na Inglaterra, muçulmanos divulgaram a campanha do “Not In My Name”³⁰, buscando a afirmação de que o Estado Islâmico não representa nem o islã, nem muçulmano algum e, da mesma forma, que o que eles fazem não está na linha do que o profeta, Maomé, preconizou em suas escritas.³¹

As ações terroristas são de extrema violência e as vítimas são quaisquer pessoas que em determinado momento estejam onde o terrorista pretende atuar. Isso porque o objetivo sempre é atingir determinado país ou determinada cultura, mas como estes são entes abstratos, são as pessoas – enfim – que sofrem efetivamente os efeitos da violência terrorista.

No caso da Síria – em específico – toda a população de um país é quem sofre. Cidades inteiras estão sendo devastadas nas ações não só do Estado Islâmico como do próprio governo local (Partido Baath) e do regime separatista que busca a derrubada deste partido do poder.

De um lado o governo local – apoiado pela Rússia – em conflito com o grupo separatista da Coalização Nacional Síria – apoiado pelos Estados Unidos da América – em busca da dominação governamental do país e, de outro lado, o Estado Islâmico objetivando, a partir da Síria, dar início a dominação de um território, o que inclusive é novo se analisado em comparação com as ações de outros grupos terroristas que sempre se valeram exatamente da ausência de uma determinação geográfica própria. A pulverização das células terroristas mundo afora é, e sempre foi, seu marco característico.

Em meio a isso vive uma população à sombra do medo de que, a qualquer momento, sua cidade, sua casa, sua família, podem ser destruídas por um novo ataque.

A vida e a dignidade destes cidadãos sírios são ignoradas por todos os atores, seja o próprio partido que exerce o governo instituído no país, seja o grupo separatistas, sejam os terroristas do Estado Islâmico ou, até mesmo, as demais nações interventoras.

Direitos e garantias dessa população, em sua grande parcela, não existem. Daí porque propõe-se afirmar que há um grande conjunto de

30 “Não em meu nome” – tradução livre.

31 GREILSAMER, Laurent. Not in my name!. In: FOTTORINO, Eric. (org.). **Quem é o Estado Islâmico? Compreendendo o novo terrorismo**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016, p. 55.

seres humanos viventes em meio a esse conflito cuja vida e própria existência é, em certa medida, descartável.

Por isso que o conflito instaurado e ainda em curso na Síria é, inquestionavelmente, uma das maiores crises humanitárias da história humana.

Cada um dos grupos envolvidos não encontra limites que impeçam ou condicionam a busca por seus objetivos; a vida da sociedade Síria está sendo supérflua frente aos bens maiores buscados por cada um.

Daí porque se afirmar que se instaurou, na realidade Síria, a figura do *homo sacer*.

No direito romano arcaico o *homo sacer* (homem sacro) representava um indivíduo que se encontrava entre a sacralidade e a bestialidade, entre a pureza e a impureza. Foi conceito criado para definir aquele que, dentro daquele contexto social, cometia um determinado crime, mas que não podia ser sacrificado, daí porque era abandonado. Era totalmente alijado do contexto social.

Este termo era utilizado na antiguidade para definir pessoas postas fora da condição humana, como se o indivíduo não existisse. Agamben³² explica que se um indivíduo nessa condição fosse morto, não haveria punição para o assassino, na verdade, não se poderia sequer classificar aquele que matou como assassino.

Trata-se da posição mais baixa a que podemos classificar um indivíduo em relação à sociedade ou seu bando, pois ele é o matável, insacrificável no sentido de não ter valor nem mesmo para responder por um crime por meio do sacrifício³³. Ou seja, ele não poderia ser oferecido como sacrifício, porque não é sacrifício tirá-lo do convívio.

Trata-se de conceito com uma significativa carga simbólica. Para Agamben³⁴:

“Aquilo que define a condição do *homo sacer*, então, não é tanto a pretensa ambivalência originária da sacralidade que lhe é inerente, quanto, sobretudo, o caráter particular da dupla exclusão em que se encontra preso e da violência à qual se encontra exposto. Esta violência – a morte insancionável que qualquer um pode cometer em relação a ele – não é classificável nem como sacrifício e nem como homicídio, nem como execução de uma condenação e nem como sacrilégio.”

32 AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad. de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 81.

33 Ibidem, p. 90.

34 Ibidem, p. 84.

O *homo sacer* é sem dúvida o arquétipo (ideal-típico) do cidadão e da cidadã sírios contemporâneos. Privados de autoridade, privados não só de leis positivas como, principalmente, da eficácia dos direitos humanos. São seres matáveis e descartáveis por qualquer um daqueles que lá estão exercendo poder.

4 - A SOBERANIA E O CARÁTER SUPRA ESTATAL DOS DIREITOS HUMANOS

O conceito de soberania é, segundo Ferrajoli³⁵, um resquício de um período pré-moderno onde ainda se mantém, ainda que com os diferentes modelos de Estado (Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito), uma concepção de cunho absolutista. É uma metáfora que está em contraste com o paradigma do Estado de Direito, sobretudo no que diz respeito a atuação de organismos internacionais na defesa dos direitos humanos.

A este respeito, já dizia Kelsen³⁶ no limiar do século XX que “[...] o conceito de soberania deve ser radicalmente mudado. É esta a revolução da consciência cultural da qual necessitamos em primeiro lugar.”

O tema ganha ainda mais relevo nos tempos atuais. Em que pese a preservação da soberania dos Estados como um postulado tão tutelado pelo direito internacional, existem questões que extrapolam, ou ao menos deveriam extrapolar, este instituto.

A tutela dos direitos humanos, sobretudo no que diz respeito à preservação da vida não deve encontrar barreira no discurso da soberania. Um regime, seja qual for, não está autorizado a vilipendiar a dignidade de um ser humano e subtrair-lhe a vida em razão de qualquer conflito ou disputa.

O direito à vida é um direito das gentes, um direito a ser tutelado no (e pelo) mundo inteiro. Não há direito interno que possa autorizar e legitimar a violação de tão expressivo e relevante direito humano. Os direitos do homem não podem ser achatados pelos direitos do cidadão.

A preservação do modelo de soberania nacional, próprio do direito europeu, foi, ao bem da verdade, uma teoria que legitimou a expansão dos países daquele continente de forma colonizadora para a África,

35 FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 2.

36 KELSEN, Hans. *Il Problema della sovranita e la teoria del diritto internazionale: contributo per una dottrina pura del diritto*. A. Giuffrè Ed., Milão, 1989, p. 469.

parte da Ásia e Oceania. É a ideia de Estado e de nação que lhes fossem dependentes e sujeitos aos seus padrões socioculturais.

Ocorre que nestes temas não há padrões. A cultura humana é plural, e não unívoca.

O planeta é um celeiro de pluralidades e de diversidades e, por essa razão, o novo constitucionalismo e o direito internacional devem voltar seus olhares para o pluralismo epistemológico.

É “[...] o reconhecimento, portanto, das identidades, de sua cultura, ou seja, daquilo que queira preservar enquanto conhecimento, que objetivará [...] à busca de um fim construído a partir da diversidade [...]”³⁷.

Entender as diferenças étnico-culturais implicará, num primeiro passo, na superação de um conceito absolutista de soberania e o reconhecimento de que as diversidades devem ser preservadas, mas direitos fundamentais não podem ser violados, nem mesmo sob o pálio de estarem assim legitimados pelo Estado.

No caso da Síria, seja por parte do poder instituído (Partido Baath), seja por parte dos separatistas (Coalizão Nacional Síria), não pode qualquer argumento de autoridade que for, como a manutenção da ordem e paz social, justificar a violação de direitos fundamentais do próprio povo Sírio.

Não é porque são membros de uma cultura e religião diferentes do mundo ocidental que devem restar entregues às barbáries cometidas pelos detentores do poder armado.

Ao contrário, a pluralidade deve ser respeitada e o direito à vida, repita-se, de qualquer ser humano, deve ser protegido. Para Wolkmer ³⁸o pluralismo é a discussão sobre “[...] a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais ou culturais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se traduzem em si.”

A tutela da diversidade e do direito à vida (do diferente) não se resguarda pela mera previsão textual de uma Constituição³⁹. Na Síria a Constituição⁴⁰ tutela a liberdade, igualdade e a dignidade da pessoa humana em seu art. 19 e, da mesma forma, prevê como princípio (e dever)

37 SILVA, Heleno Florindo da. Teoria do Estado Plurinacional. Ed. Juruá, Curitiba, 2014, p. 113.

38 WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito. 3 ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001, p. 172.

39 SANTOS, Boaventura de Sousa. Refundación del Estado em América Latina: perspectivas desde una epistemología del sur. Buenos Aires: Antropofagia, 2010, p. 140.

40 Vide http://www.sana.sy/es/?page_id=1489

constitucional a proteção da família, da infância e da juventude (art. 20).

A Constituição Síria, como visto, traz a dignidade da pessoa humana como um de seus princípios, o problema é identificar quem é essa pessoa humana.

O Estado – em casos como o da Síria – se preocupa apenas com o bem-estar e a segurança jurídica de alguns que, coincidentemente, são seus apoiadores.

O problema é que o termo direitos humanos, como destacada Helio Gallardo⁴¹, é uma expressa eulógia, ou seja, depende da necessidade de representação e exaltação diante da ordem de coisas existentes e suas instituições.

Não obstante tal constatação, havendo violação a direitos humanos há, da mesma forma, a transgressão de um direito universal a todo ser humano que deve legitimar alguma medida de intervenção para sua defesa.

Para Ferrajoli⁴²:

“A soberania, inclusive externa, do Estado – ao menos em princípio – deixa de ser, com eles, uma liberdade absoluta e selvagem e se subordina, juridicamente, a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos.”

A soberania, portanto, está limitada aos direitos humanos. Os direitos humanos podem – e devem – fomentar a criação de uma solidariedade cosmopolita mas “[...] o desafio é criar instituições em que os processos de tomada de decisão atendam ao critério de elaboração com a participação em igualdade de condições dos sujeitos que serão atingidos pelas normas”⁴³.

O problema da soberania não está em reconhecer que é possível ter intervenção, em âmbito internacional, nos casos de violação de direitos humanos. O problema é entender como, e de que forma, essas medidas intervencionistas podem ser adotadas.

Certamente não é pelo emprego de armas ou pelo pseudo interesse de uma única nação, sozinha, que se autorizará que um país intervirá na vida social e política de outro.

41 GALLARDO, Helio. Teoria Crítica – Matriz e possibilidade de direitos humanos. Ed. UNESP, São Paulo, 2014, p. 83.

42 Op. cit., p. 39/40, nota 36.

43 HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, Volume II. Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, p. 250.

O modelo americano de intervenção, como é historicamente conhecido (v.g., o caso do Iraque), não encontra respaldo num paradigma de Estado de Direito.

Mecanismos de direito devem ser institucionalizados ou, os já existentes, ter seu uso aprimorado para se tornarem eficazes.

A intervenção internacional, em matéria de violação de direitos humanos, propõe-se, deve ser condicionada à atuação de um organismo – de cunho coletivo – de âmbito internacional.

Instituições como a Organização das Nações Unidas e o Tribunal Penal Internacional devem atuar, seja preventivamente (no caso da ONU) ou de forma repressiva (no caso do TPI), por meio de medidas políticas.

O Tribunal Penal Internacional, ao menos em tese, “assenta-se no primado da legalidade, mediante uma justiça preestabelecida, permanente e independente, aplicável igualmente a todos os Estados que a reconhecem, capaz de assegurar direitos e combater a impunidade, especialmente a dos mais graves crimes internacionais”⁴⁴.

É uma instituição de direito internacional que deve ganhar destaque e legitimação para intervir em todas as questões globais em que haja flagrante descumprimento de direitos e garantias fundamentais, independente de qual seja o infrator.

O que não se pode mais admitir é o silêncio e a indiferença da comunidade internacional para situações como a que é vivenciada na Síria, onde toda uma população é relegada a um papel de alijamento social (*homo sacer*).

Os crimes devem ser julgados e sanções, políticas e econômicas, devem ser aplicadas aos representantes daquele país, assim como os demais envolvidos no conflito.

Ocorre que para que alguma medida – pragmática – seja adotada, a composição e o próprio funcionamento dos organismos internacionais devem sofrer severas alterações.

O exemplo disso, novamente, é o próprio caso da Síria onde a ONU pretendeu investigar o cometimento de crimes de guerra em razão do uso de armas químicas mas tal expediente sequer foi instaurado em razão do veto da Rússia⁴⁵ no Conselho de Segurança.

44 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito constitucional Internacional. 16ª ed., rev., ampl. e atual. Ed. Saraiva, 2016, p. 319.

45 Vide: <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2017/04/05/russia-indica-veto-a-investigacao-sobre-ataque-quimico-na-siria-e-mantem-apoio-a-assad.htm>

Duas potências envolvidas no evento, Estados Unidos da América e Rússia, que gozam de poder de veto no Conselho de Segurança da ONU e que, por óbvio, acabam por inutilizar o próprio funcionamento do organismo internacional.

Há, quase que em consenso no estudo do direito constitucional internacional, a compreensão de que existe um “[...] dever de intervenção internacional, em casos de graves e sistemáticas violações a direitos”⁴⁶.

Esse dever não pode ser limitado pelo exercício de um poder, também de natureza absolutista, de veto de países como Estados Unidos da América, Rússia, China, dentre outros.

As organizações internacionais devem buscar autonomia para, então, terem legitimação e dar eficácia à sua própria razão de existir: a tutela dos direitos humanos em todo o globo terrestre.

Tal afirmação não deve, repita-se, ser compreendida como uma análise utópica e distante do contexto geopolítico hodierno. Pelo contrário, é de crucial⁴⁷ relevância o estudo e o enfrentamento deste problema.

Os direitos humanos devem ser levados a sério e, além de proclamá-los em cartas constitucionais, deve ser a eles atribuído efeito supra estatal, para que sua aplicação se dê dentro, fora e contra todos os Estados.

Segundo Ferrajoli⁴⁸:

“De fato, se uma universalização efetiva dos direitos fundamentais – tal como a que proviria, por exemplo, da abertura de nossas fronteiras – pode hoje parecer irrealista, ainda mais ilusória e irrealista é a ideia de que a violação daqueles direitos em quatro quintos do planeta possa coexistir por muito tempo com a utopia conservadora do fechamento da ‘fortaleza Europa’, sem que se coloque em risco (como adverte o preâmbulo da própria Declaração universal de 1948) a paz e nossa própria segurança”.

O autor alerta, então, que também é utópico imaginar que, se os conflitos e ações terroristas continuarem a erigir da forma como hoje vem acontecendo, todos nós também não seremos vítimas de tragédias e atos de barbárie cada vez mais próximos aos nossos lares. É ilusório, da

46 Op. cit., p. 328, nota 45.

47 ORENTLICHER, Diane F. Addressing gross human rights abuses: punishment and victim compensation, in Louis Henkin e John Lawrence Hargrove. Human rights: an agenda for the next century, n. 26, p. 435.

48 Op. cit., p. 62, nota 36.

mesma forma, acreditar que isso nunca irá alcançar a todos.

É preciso superar o paradigma individualista que ainda impe-
ra nesta primeira quadra do século XXI. A mesma intolerância que faz
eclodir conflitos como o da Síria fará com que esse fenômeno se expanda.

A questão é séria. A humanidade toda está em perigo neste be-
licoso cenário político internacional. Enquanto não se compreender de
forma adequada a situação global atual, todos permanecerão numa falsa
zona de conforto em razão de sua ignorância.

5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os acontecimentos na Síria são atualizados a cada instante e no-
ticiados pelos mais variados meios de comunicação modernos (jornais,
redes sociais etc.). As tragédias que sua população sofre assustam com a
exponencial violência praticada naquele território.

O terrorismo promove o medo e, a partir dele, se sustenta. Uti-
liza-se de uma falsa justificação religiosa para promover fanatismo e in-
citar o ódio. Ataques são realizados, com maior frequência, em diversos
países do planeta e seres humanos tem sua vida descartada, associando-
-se a figura do *homo sacer* moderno. O matável, aquele cuja vida, ou não
vida, é – da mesma forma e proporção – insignificante.

Há solução para este imbróglio? Para responder a essa indagação
retoma-se, novamente, a pergunta que deu origem à presente pesquisa:
existem meios no âmbito do direito constitucional internacional que
podem ser utilizados no combate à atos de terrorismo e, via de conse-
quência, para preservação da dignidade da pessoa humana (cidadão do
mundo), sem que haja conflito de soberania?

O primeiro passo a ser dado para promoção dos direitos hu-
manos e, então, enfrentamento ao terrorismo, é a superação do clás-
sico conceito, absolutista, de soberania. Não há, nem deve haver, so-
berania que impeça a defesa de direitos humanos ou que, da mesma
forma, autorize sua violação.

A Organização das Nações Unidas e, principalmente, o Tribunal
Penal Internacional, devem atuar em prol da defesa dos seres humanos, e
não do cidadão de determinado Estado. A humanidade é plural e, por essa
razão, as diferenças devem ser preservadas. A diversidade étnico-cultural
não pode ser argumento justificador como seleção de quais são, ou não,
àqueles cujos direitos humanos (como à vida) devem ser tutelados.

Toda e qualquer nação deve responder por ações que importem em negação à dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, não pode uma única nação, sozinha, fazer a defesa de seus interesses sob o pálio de estar agindo em nome da segurança internacional.

As instituições de âmbito internacional, estas sim, devem buscar sua autonomia para atuarem e darem respostas, firmes, aos atos de violência que ocorrem em âmbito planetário. Não podem países com poder econômico e interesses nos mais variados territórios do globo terem poder de veto e definição em todas as matérias que, *i.e.*, a Organização das Nações Unidas tem de decidir. Não é admissível que se veto alguma medida ou ação que busque a defesa da dignidade da pessoa humana.

A resposta parece irreal e descontextualizada com o que todos sabem que ocorre, efetivamente, no plano global. Mas é esse contexto e paradigma em vigor que deve ser combatido, caso contrário, o terror se espalhará para todos os cantos do planeta e os conflitos – com o avançar da tecnologia e a redução do tempo-espaço em razão das novas técnicas – chegarão às nossas portas.

6 - REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. Trad. de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ALBERTO, Guillermo Julio Pérez. **Síria: Perspectivas geopolíticas de la internacionalización del conflicto**. Ed. Universidade de la Laguna. 2016.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo. Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013.

BEEHNER, Lionel. **How Proxy Wars Work and What That Means for Ending the Conflict in Syria**. Foreign Affaris, Florida, 12 de nov. de 2015.

BURUMA, Ian; MARGALIT, Avishai. **Ocidentalismo – O ocidente aos olhos de seus inimigos**. Jorge Zahar Ed., Rio de Janeiro, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2002.

FURTADO, Gabriela; RODER, Henrique; AGUILAR, Sérgio L. C. **A Guerra Civil Síria, o Oriente Médio e o Sistema Internacional**. Série Conflitos Internacionais. São Paulo, v. 1, n. 6, dezembro de 2014.

FOTTORINO, Eric. Carta aberta a Al-Baghdadi e aos partidários do Estado Islâmico. In: _____. (org.). **Quem é o Estado Islâmico? Compreendendo o novo terrorismo**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016.

FOUCHER, Michel. Uma ambição territorial. In: FOTTORINO, Eric. (org.). **Quem é o Estado Islâmico? Compreendendo o novo terrorismo**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016.

GALLARDO, Helio. **Teoria Crítica – Matriz e possibilidade de direitos humanos**. Ed. UNESP, São Paulo, 2014.

GARCIA, Maria. **O menino morto, cidadão do mundo: os princípios da não intervenção e da prevalência dos direitos humanos**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, Ed. RT, vol. 93/2015, p. 263 – 276, Out - Dez / 2015.

GREILSAMER, Laurent. Not in my name! In: FOTTORINO, Eric. (org.). **Quem é o Estado Islâmico? Compreendendo o novo terrorismo**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, Volume II. Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.

HOBSBAWM Eric. **Globalização, Democracia e Terrorismo**. Ed. Companhia das Letras, São Paulo, 2007.

HOURAIN, Alberto. **Uma história dos povos árabes**. Ed. Companhia de bolso, 2006.

KELSEN, Hans. **Il Problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale: contributo per una dottrina pura del diritto**. A. Giuffrè Ed., Milão, 1989.

MENESES, Karina Arroyo Cruz Gomes. **Territórios em movimento: Simbolismo, lugar e identidade na religião islâmica**. In: XI Encontro Nacional da ANPEGE, 2015, Presidente Prudente.

MORIN, Edgar. Tentando Compreender. In: FOTTORINO, Eric. (org.). **Quem é o Estado Islâmico? Compreendendo o novo terrorismo**. Belo Horizonte: Au-

têntica Editora, 2016.

ORENTLICHER, Diane F. **Addressing gross human rights abuses: punishment and victim compensation, in Louis Henkin e John Lawrence Hargrove.** Human rights: an agenda for the next century, n. 26.

PAULIC, Manon; VINCE, Pierre. Dossiê. In: FOTTORINO, Eric. (org.). **Quem é o Estado Islâmico? Compreendendo o novo terrorismo.** Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito constitucional Internacional.** 16ª ed., rev., ampl. e atual. Ed. Saraiva, 2016.

RIBEIRO, Lucas Mello Carvalho; LUCERO, Ariana; GONTIJO, Eduardo Dias. **O ethos homérico, a cultura da vergonha e a cultura da culpa.** Revista Psychê, vol. XII, núm. 22, enero-junio, 2008.

ROTBURG, Robert I. **When States fail: causes and consequences.** Gaillard: Princeton University Press, 2004.

RUSSEL, Alexander. **The Natural History of Aleppo and Parts Adjacent.** A. Millar Ed., Londres, 1756.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice – O social e o político na pós-modernidade.** 7ª ed. Ed Afrontamento, Porto, 1999.

_____. **Refundación del Estado em América Latina: perspectivas desde una epistemología del sur.** Buenos Aires: Antropofagia, 2010.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização – do pensamento único à consciência universal.** Ed. Record, 20ª ed., Rio de Janeiro, 2011.

SILVA, Heleno Florindo da. **Teoria do Estado Plurinacional.** Ed. Juruá, Curitiba, 2014.

SÍRIA, Constituição Síria, disponível em <http://www.sana.sy/es/?page_id=1489>. Acesso em 16.06.2017.

SYRIAN CENTER FOR POLICY RESEARCH. **Socioeconomic Roots and Im-**

pact of the Syrian Crisis. Damasco, Síria, 2013. Disponível em: http://scpr-syria.org/att/1360464324_Tf75J.pdf

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito.** 3 ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.



O PRIMEIRO PRINCÍPIO DE CHICAGO PARA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

LUCAS OCTÁVIO NOYA DOS SANTOS¹

SÉRGIO TIBIRIÇÁ AMARAL²

INTRODUÇÃO

Recentemente, a Procuradora Geral da República do Brasil apresentou um requerimento ao Supremo Tribunal Federal para a revisão de sua decisão sobre a Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia) e a investigação e punição de agentes estatais responsáveis por graves violações de direitos humanos ocorridas durante o período da Ditadura Militar, de 1964 até 1988.

Em trâmite no STF encontram-se ainda duas outras ações que versam sobre a mesma temática, qual seja responsabilizar pessoas e o Estados por crimes contra humanidade e desaparecimento forçado, entre outros: (i) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, a qual foi julgada improcedente por maioria de votos, e que, porém, segue tramitando em razão de embargos de declaração opostos pela Ordem dos Advogados do Brasil, arguente na referida ação constitucional; e (ii) a ADPF nº 320, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), a qual tem como fundamento principal, em sumo, a relação entre o ordenamento jurídico brasileiro e o Sistema Interameri-

1 Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, graduação em Direito pelo Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, docente e coordenador de Grupo de Estudos de Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em referida instituição. Coordenador de Competições Nacionais e Internacionais. Parecerista na Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva nº 25-18 sobre asilo político e na solicitação de Opinião Consultiva sobre julgamentos políticos de presidentes constitucional e democraticamente eleitos. Advogado.

2 Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino – ITE de Bauru. Professor do Mestrado e Doutorado da mesma instituição (ITE-Bauru). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar. Especialista em interesses difusos pela Escola Superior do Ministério Público-SP. Coordenador da Faculdade de Direito de Presidente Prudente / FDPP do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo e professor titular da disciplina de Teoria Geral do Estado e Direito Internacional e Direitos Humanos da FDPP. Membro da Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional e da Asociación Mundial de Justicia Constitucional E-mail: coord.direito@toledoprudente.edu.br ou sergio@unitedo.br.

cana de Direitos Humanos (SIDH). Há também o recente julgamento do caso Vladimir Herzog vs. Brasil.

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal será instado a revisitar o seu entendimento acerca da justiça de transição com foco mais abrangente e, portanto, mais complexo, que é a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte IDH) sobre a temática. O objetivo deste artigo é demonstrar as possibilidades que existem para buscar prestigiar os direitos humanos no Brasil, com a punição dos crimes ocorridos pelo aparato oficial e a responsabilização penal das pessoas.

É necessário estampar o reflexo que a tratativa desta questão terá sobre muitos aspectos do SIDH e sua relação com o ordenamento jurídico brasileiro, haja vista a questão estrutural posta em cheque pelas ações em trâmite no STF. Por isso, busca-se uma pesquisa junto ao posicionamento entre a Corte Suprema brasileira, que é divergente do tribunal das Américas. Eis que, para tanto, não basta observar o parecer do Ministério Público Federal anexado aos autos dos Embargos de Declaração na ADPF nº 153, o qual se recusa a descumprir a decisão da Corte IDH até que se tenha uma posição oficial do STF sobre qual a relação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e o ordenamento jurídico brasileiro. Busca-se na boa doutrina nacional e estrangeira os argumentos para demonstrar que as violações ocorridas não são passíveis de graça, indulto ou perdão.

Mais que emblemático, o caminho para a solução deste imbróglio jurídico é por demais amplo, razão pela qual a presente pesquisa se destina a analisar alguns dos aspectos moleculares do problema que, uma vez resolvida a polêmica criada com sentenças antagônicas, amenizará os reflexos que uma resposta imprecisa e contraditória pode causar. A construção de uma diretriz normativa consistente, conexas aos ditames da justiça e a proteção dos direitos humanos, é árdua, mas está delineada em parte nesta apreciação acadêmica. Mas sua desconstrução pode ser imediata, o que justifica a preocupação de Augusto Cançado Trindade quando apresenta os desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI.

Desta feita, a pesquisa se propôs a analisar algumas das normas previstas nos tratados de Direito Internacional dos Direitos Humanos que estabelecem parâmetros sobre a justiça de transição e, em especial, as tratativas diante das graves violações de direitos humanos cometidas em períodos de exceção. Fica patente o dever de investigar, identificar e punir sob a perspectiva do primeiro Princípio de Chicago sobre a Justiça

de Transição e a sua conexão com a jurisprudência da Corte IDH, com os casos ocorridos na Argentina e Chile.

DEFINIÇÃO E AS FASE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

É possível conceituar a justiça de transição como sendo um conjunto de políticas que revisam os fatos ocorridos em um regime anterior com a finalidade de transpor-se para um novo regime, encontrando fragmentos históricos em ocorridos desde o surgimento da democracia ateniense. Portanto, um processo de redemocratização pode passar, como foi o caso do Brasil, da edição de leis de anistia, indultos e perdões judiciais.

Inobstante a variedade histórica, é no momento da revolta popular que se iniciam as movimentações clamando por mudanças no cenário político ditatorial em que se encontram. No Brasil, houve um movimento popular que pediu uma anistia ampla, geral e irrestrita, ainda quando os militares estavam no poder. Ensinam Guillermo O'Donnell e Philippe C. Schmitter (1988, p. 91):

Em alguns casos e em momentos particulares da transição, muitas dessas diversas camadas da sociedade reúnem-se para formar o que denominamos “revolta popular”. Sindicatos, movimentos de base, grupos religiosos, intelectuais, artistas, clérigos, defensores de direitos humanos e associações profissionais apóiam-se mutuamente em seus esforços pela democratização e formam um todo maior que se identifica a si mesmo como “o povo”, *el pueblo, il popolo, le peuple, ho laos*.

No Brasil, houve um movimento pela concessão da anistia que foi apoiado por vários setores da sociedade, como partidos políticos de diferentes ideologias, sindicatos, igrejas e ainda setores da sociedade civil, o que atenua a denominação de auto anistia, pois o governo militar cedeu aos apelos, pois também lhe era muito conveniente. Portanto, existem vários tipos desse tipo de justiça de transição. Ao fazer um estudo da obra desses autores, no intento de definir a justiça de transição, Renan Quinalha (2012, p. 28-29) afirma que

(...) embora as tarefas e questões mais prementes das transformações sociais imponham-se de imediato a um novo governo, nos momentos posteriores à sua investidura é que costumam ser en-

frentadas as questões mais candentes da transição, por isto mesmo negligenciadas e delegadas para a posteridade. Em outras palavras, sob essa perspectiva, a aurora de um novo regime normalmente não é mais do que um prefácio, tendo em vista que as transições não têm prazo definido ou um rol de tarefas predeterminadas a cumprir, ainda que sempre motivadas e impulsionadas pela pressa e pelas reivindicações dos diferentes atores políticos.

(...) Desse modo, entende-se a transição política como um momento histórico em aberto, marcado por um processo complexo e não linear, em que diversas forças sociais concorrem por imprimir um destino comum à coletividade. Nesse processo, inexistente uma escala de estágios ou pontos de passagem definidos de antemão.

É imperioso ressaltar também que existem aqueles que defendem a construção de uma conceituação de transição com base nos fragmentos históricos deixados pelas democracias gregas e seu processo de afirmação, como é o caso de Elster (2004, p. 3), por exemplo, que inicia sua obra explicando que

A justiça de transição democrática é quase tão antiga quanto a democracia em si. Em 411 a.C. e, novamente, em 404-403 a.C., os atenienses viram a conversão da democracia em uma oligarquia, seguida dos oligarcas derrotados e a restauração da democracia. Em ambos os casos, o retorno para a democracia se deu juntamente com medidas retributivas contra os oligarcas. Em 403, os atenienses também tomaram medidas em direção à restituição das propriedades confiscadas pelo regime oligárquico. O episódio seguinte de justiça transicional ocorreu mais de dois mil anos depois, na Restauração Inglesa. (tradução nossa)³

Outro fragmento histórico trazido pelo autor (ELSTER, 2004, p. 47) foi a transição do regime francês, inobstante ele mesmo reconhecer que houvesse outros regimes que também encontram pontos da justiça de transição, como é o caso de Camboja, Timor Leste e Coréia do Sul. Portanto, ao longo da história são registrados momentos em que o Estado

3 Texto original: Democratic transitional justice is almost as old as democracy itself. In 411 b.c. and then again in 404-403 b.c., the Athenians saw the overthrow of democracy by an oligarchy, followed by defeat of the oligarchs and restoration of democracy. In each case, the return to democracy went together with retributive measures against the oligarchs. In 403, the Athenians also took steps toward restitution of property that had been confiscated by the oligarchic regime. The next episode of transitional justice occurred more than two thousand years later, in the English Restoration.

é obrigado a tomar decisões políticas e jurídicas para buscar consolidar a democracia. O assunto não é novo, mas os registros históricos são importantes para enfrentar a temática.

Apesar de a revolução francesa ter um caráter muito mais absolutório do que as transições atenienses, os elementos essenciais da justiça de transição verificáveis no fato histórico são as políticas de punição dos conspiradores contra o regime estabelecido após a quebra do poder monárquico (ELSTER, 2004, p. 48).

Há quem diga que o termo transição deveria ser interpretado de outro modo, na medida em que não se trata necessariamente de apenas reger novos contornos do regime a ser adotado, mas de uma revisitação do passado. Contudo, ficamos com a lição de Buani (2012, p. 128) quando expõe em seus escritos que

Da mesma forma, alguns instrumentos da justiça de transição como as comissões de verdade, sua institucionalização e funcionamento já pressupõem um Estado mais ou menos estável, e não mais de um Estado em transição. Entretanto, a transição é o período de construção até o momento em que ocorra o fortalecimento ou a consolidação de instituições nacionais que não mais estejam totalmente dependentes de administrações internacionais em seus territórios, daí a necessidade do termo 'transição'.

O grande momento histórico, contudo, que é amplamente atribuído à primeira fase da justiça de transição como a conhecemos é o período pós segunda guerra mundial, no qual os julgamentos dos crimes de guerra inauguraram um novo paradigma para a percepção da necessidade de revisão dos atos praticados em regimes ditatoriais ou totalitários precedentes à democracia.

A gênese da justiça transicional moderna se dá em 1945, tida como o grande triunfo da demonstração da política de transição implementada com o Tribunal de Nuremberg no direito internacional (TEITEL, 2003, p. 70). Essa foi a primeira transição constitucional e além do julgamento na Alemanha deve-se ressaltar o Tribunal de Tóquio que cuidou das violações feitas pelos japoneses durante a Segunda Grande Guerra. A Itália, por sua vez, também teve que tomar providências para superação das dificuldades com os fascistas buscando legislação proibindo os partidos de direita.

O próprio Elster (2004, p. 1) indica que a justiça de transição se caracteriza pelo processo de investigação, punição e reparação que as-

sume lugar no período imediatamente após a conversão de um regime em outro. Tido pelo citado autor como um estudo empírico (2004, p. 80), esta persecução se propôs de modo a perseguir sempre três fundamentos básicos: (i) identificação da concepção de justiça, (ii) suas relações de causalidade mais relevantes e, também (iii) as consequências do impacto no comportamento futuro.

Ratificando o entendimento esposado por Flávia Piovesan, Ja-
piassú e Miguens (2014, p. 228) afirmam que

De toda forma, pode-se dizer que essa etapa da justiça de transição teve como símbolo os julgamentos de Nuremberg, desenvolvendo-se a partir de 1945, em condições específicas, que não se protraíram e que começaram a se alterar a partir dos anos 50, com a Guerra Fria. Teve, portanto, como características de cooperação entre os Estados, a aplicação de uma justiça internacional e o desenvolvimento do conceito de reconstrução nacional, aplicado à Alemanha de reduzida soberania no pós-guerra.

Não se pode olvidar, contudo que o período pós-guerra e seu êxtase inicial tomaram novos rumos com a corrida armamentista e o advento da guerra fria, que assolou o mundo no espectro de uma guerra nuclear e, então, surge-se um novo momento de tensão.

A segunda fase também é associada à onda de democratização acelerada com a queda da união soviética que auxiliou a remodelação de vários regimes, que se estenderam ao longo da Europa Ocidental, África e América Central (TEITEL, 2005, p. 839).

É nessa fase que se verifica a maior incidência de criação de comissões dedicadas a investigação de fatos ocorridos no regime anterior assim como a divulgação da versão das pessoas vítimas de violações de Direitos Humanos. São as chamadas comissões da verdade. Trata-se de uma onda de “justaposição da verdade à justiça” (2003, p. 78).

Outra característica que se deve ao modelo de transição extraído da segunda fase da justiça de transição é a criação das leis de anistia, como forma de pacificação política e recriação do regime subsequente.

Teitel (2005, p. 79) nos explica que:

O modelo da segunda fase pareceu avançar alguns dos objetivos de lei da justiça penal em sociedades de transição, nos quais as instituições jurídicas estavam funcionando sob condições de transição estressadas. Visto em uma perspectiva genealógica, o

principal objetivo das comissões da verdade não era a justiça, mas a paz⁴. (tradução nossa).

A segunda onda ocorre a partir de 1975 e vai até 1988, em especial na Grécia, Portugal e Espanha, países que vinham de ditadura. Os espanhóis conseguiram uma plena transição constitucional, com a colaboração do “caudilho” Francesco Franco. Em Portugal, por sua vez, a queda de Oliveira Salazar teve a sociedade colocando flores nos fuzis, enquanto que a Grécia também enfrentou dificuldades. Na América Latina, a história registra também peculiaridades.

Nos regimes ditatoriais latino-americanos tais como do Chile, Peru, Argentina, Brasil, verificou-se uma tendência em criar uma lei de anistia — tida por alguns como auto anistia em razão de trazer maiores benefícios aos agentes estatais do que propriamente aos rebeldes após a transição — que dava ares de perdão aos crimes cometidos por ambos os lados.

Em se tratando do regime ditatorial argentino, quando Raul Alfonsín assumiu o comando da nação iniciou-se um processo de revisão da anistia e punição dos crimes cometidos em período de regime militar pautando-se em três aspectos: (i) punição irrestrita de todos aqueles que cometeram crimes, sejam os perseguidores ou os perseguidos; (ii) um curto lapso temporal para a punição de tais ilícitos; e (iii) a análise de grau hierárquico ocupado pelas pessoas que se pretende punir (NINOS, 2006, p. 10).

Na terceira fase, coloca-se este processo de transição em um patamar além dos níveis nacionais de jurisdição, integrando-se o processo político de conversão de um regime em outro a um organismo internacional jurisdicionado para que, a partir destes conceitos globais de proteção dos Direitos Humanos, se obtenha uma incursão da justiça internacional (JAPIASSÚ; MIGUENS, 2014, p. 233).

Essa terceira fase ou onda se dá a partir da queda do “Muro de Berlim” e o fim da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, com a criação de 40 novas constituições que fundaram novos Estados democráticos, muito já incorporados, posteriormente, à União Europeia, como Polônia, Hungria e República Checa, entre outros do total de 10 Estados que eram socialistas.

Sobre este aspecto de globalização sedimentado ao modelo da terceira fase da justiça de transição, Nagy (2008, p. 280) afirma que:

4 Texto original: The second phase model did appear to advance some of the rule-of-law aims of criminal justice in transitional societies, in which legal institutions were functioning under stressed transitional conditions. Seen in a genealogical perspective, the primary aim of truth commissions was not justice but peace.

A justiça transitória também implica um período de interregno fixo com um fim distinto; Ele passa por um passado violento ou repressivo e um futuro pacífico e democrático. As noções de ‘romper com o passado’ e ‘nunca mais’, que se alinham com os mecanismos de transição dominantes, moldam um sentido definitivo de ‘agora’ e ‘então.’⁵ (tradução nossa).

Há na antiga “Cortina de Ferro” mudanças radicais, reformulações dos ordenamentos jurídicos e economia de mercado encerrando o controle do Estado sobre os preços e produtos. Ao final de sua obra, a autora conclui (NAGY, 2008, p. 287):

O direito internacional e as normas transnacionais devem ter um papel elevado nas circunstâncias de transição, precisamente porque os sistemas jurídicos e políticos nacionais são fracos ou corruptos. Ao mesmo tempo, instituições remotas e mecanismos e análises estreitamente concebidos não mudarão a vida das pessoas comuns para melhor.⁶ (tradução nossa).

Em outras palavras, trata-se de uma evidente necessidade de internacionalização das políticas de justiça de transição, trazendo à jurisdição internacional questões mais profundas e próprias à proteção dos Direitos Humanos, como é o caso, por exemplo, da Corte IDH, cujo instrumento magno é a Convenção Americana de Direitos Humanos. Na Europa, a pacífica transição permitiu equilibradas transições. No entanto, importante ressaltar que ocorreram graves violações de direitos humanos e foram necessários tribunais para a antiga ex-Iugoslávia, Serra Leoa, Ruanda-Burundi.

PRINCÍPIOS DE CHICAGO

Depois dessas questões fáticas ocorrida em especial no século XX, as Nações Unidas e também as organizações regionais buscaram

5 Texto original: Transitional justice also implies a fixed interregnum period with a distinct end; it bridges a violent or repressive past and a peaceful, democratic future. Notions of ‘breaking with the past’ and ‘never again’, which align with the dominant transitional mechanisms, mould a definitive sense of ‘now’ and ‘then’.

6 Texto original: International law and transnational norms must have a heightened role in transitional circumstances precisely because national legal and political systems are weak or corrupt. At the same time, remote institutions and narrowly conceived mechanisms and analyses will not change ordinary people’s lives for the better.

instrumentos jurídicos de enfrentamento dessas situações, entre os quais foram a criação do Tribunal Penal Internacional, que nasceu do Estatuto de Roma, depois da Conferência da ONU. Isso colocou fim aos tribunais de exceção e a violação do princípio do juiz natural, embora esse tribunal tenha importantes ausências como China, Estados Unidos da América do Norte e Rússia, por exemplo. Em sua expedição rumo à compreensão da justiça de transição, Bassiouni (2007) faz uma análise do período pós conflito e traz uma leitura que nos leva à reflexão sobre a aplicação dos princípios de Chicago a um contexto de profundas mudanças estruturais de um regime para outro.

Ao iniciar suas lições, Bassiouni (2007, p. 8) especifica que a grande relevância do estudo dos princípios de Chicago para a justiça pós conflito está em um fato preponderante para a transição de um regime anterior autoritário para um regime posterior democrático. Explica o autor que:

Os Princípios de Chicago sobre a Justiça pós-conflito destacam o valor a longo prazo de um compromisso firme com a responsabilidade integrada dentro de um plano de base para a reconstrução e a reconciliação nacionais. Uma série de princípios orientadores que estabelecem compromissos fundamentais claros em relação à justiça pós-conflitos podem ajudar os negociadores a resistir à tentação de evitar um envolvimento com questões de justiça para conseguir convenientes assentamentos políticos⁷. (tradução nossa).

O primeiro princípio elencado por Bassiouni (2007, p. 29-30) é o de que os Estados devem investigar as alegações de flagrantes violações de Direitos Humanos e de direito humanitário pautando-se, inicialmente, na primazia das instâncias internas para a resolução da demanda. Contudo, ao trazer referido princípio à baila, o próprio Bassiouni verifica a possibilidade de análise de casos de violações pelas instâncias internacionais em duas hipóteses: (i) quando os órgãos nacionais, por si só, não conseguem efetivar investigações imparciais, sérias e efetivas, ocasião em que poderá haver uma combinação entre os trabalhos para a resolução das alegadas violações; ou (ii) quando os órgãos

7 Texto original: The Chicago Principles on Post-Conflict Justice highlight the long-term value of a firm commitment to accountability integrated within a broad-based plan for national reconstruction and reconciliation. A series of guiding principles that establish clear foundational commitments regarding post-conflict justice may help negotiators resist the temptation to avoid an engagement with questions of justice in order to achieve expedient political settlements.

de jurisdição interna estão completamente comprometidos, ocasião em que os tribunais internacionais de proteção de Direitos Humanos absorverão para si a competência para análise, investigação e julgamento dos casos de violação de Direitos Humanos.

Neste prospecto da participação dos órgãos internacionais de proteção dos Direitos Humanos, é necessário que os Estados atuem perenemente na partilha de informações, documentos e dados sobre as violações de Direitos Humanos. Assim como também é essencial que se coopere com as investigações, extradições ou implementação de julgamento de estrangeiros quando houver notícia de seu envolvimento com as violações investigadas.

Verificamos, desta feita, que a análise deste primeiro princípio preza pela investigação formal de todos os aspectos que envolvem violações de Direitos Humanos ocorridas no período anterior, pautando-se por todas as máximas do devido processo legal, como a imparcialidade e independência do órgão julgador, a individualização da pena e da conduta, respeitar o duplo grau de jurisdição, vedação do *bis in idem*, proteção de testemunhas e dos oficiais que trabalham na resolução do caso e, por fim, a publicidade dos atos processuais.

No concernente ao direito de defesa dos acusados, há uma certa limitação que deve ser observada, como é o caso da mitigação de estatutos que sobreponham os direitos dos acusados ao direito das vítimas de violações de Direitos Humanos ou de direito humanitário. Também deve ser rechaçada a alegação de que apenas praticou as violações imputadas em razão de que obedecia a ordens superiores, assim como os superiores são igualmente responsáveis, verificando a proporcionalidade da pena em relação ao seu grau de participação nos atos violadores (BASSIOUNI, 2007, p. 32-33).

Dentre vários outros aspectos inseridos na lição de Bassiouni (2007, p. 35) encontra-se a impossibilidade da concessão de anistia geral por crimes contra humanidade, crimes de guerra ou crimes de genocídio. Afirma o autor:

Os Estados que fornecem anistia ou outros mecanismos para reduzir a responsabilidade legal individual por crimes passados devem fazê-lo em consideração do direito internacional. Os Estados devem assegurar que as políticas de anistia estejam ligadas a mecanismos específicos de responsabilização para desencorajar a impunidade e apoiar os objetivos da justiça pós-conflito. A anistia é mais aceitável quando proporciona proteção aos perpetradores de baixa renda, crianças-soldados, responsáveis por crimes menos graves e aqueles obrigados a cometer violações⁸. (tradução nossa)

8 Texto original: States that provide amnesty or other mechanisms to reduce individual le-

Em outras palavras, apenas quando se mostrar extremamente necessária e não houver outro modo de se alcançar a pacificação, a concessão da anistia deve levar em consideração as práticas adotadas e o papel daquele que praticou as violações de Direitos Humanos, além de se realizar a verificação das ações sempre em um contexto diferenciado da violação flagrante. Frise-se, a anistia é concedida aos perseguidos pelo regime de exceção, não aos perseguidores, o que configura a auto anistia.

O Estado, segundo esses princípios, não pode se escusar de exercer a jurisdição para garantir o acesso de seus jurisdicionados aos fatos reais que levaram às alegadas violações, sob pena de promover um amargo esquecimento como base de um frágil regime democrático.

É tido como o segundo princípio máximo justiça pós conflito, ou justiça de transição, que os Estados devem respeitar o direito à verdade e encorajar investigações formais de violações passadas por meio de comissões da verdade ou outras instituições (BASSIOUNI, 2007, p. 37).

Este segundo princípio é entendido como o direito à verdade — o qual engloba as violações gerais, sob as quais recai o patrimônio histórico da sociedade, e também as violações específicas, nas quais encontram-se os direitos dos familiares e demais particulares intimamente ligados aos fatos — e, é a partir dele, que se começa a delinear a metódica das comissões da verdade e seus deveres institucionais.

Insta salientar que dentre os deveres institucionais das comissões da verdade encontramos os princípios da imparcialidade e independência, que devem reger os trabalhos em pauta, bem como a determinação de responsabilidade das violações de Direitos Humanos imputadas a indivíduos ou grupos de indivíduos, inclusive, envolvendo a população em geral em consultas públicas.

Inobstante não se tratar de cortes jurisdicionais, as comissões da verdade têm o dever institucional de realizar o link das suas investigações e conclusões documentadas com as instâncias jurídicas públicas para que se proceda as devidas responsabilizações e punições junto aos demais órgãos competentes (BASSIOUNI, 2007, p. 39).

O terceiro princípio versa sobre o reconhecimento de status de vítima concedido às pessoas que sofreram violações de Direitos Huma-

gal responsibility for past crimes shall do so in consideration of international law. States should ensure that amnesty policies are linked to specific mechanisms of accountability to discourage impunity and support the goals of post-conflict justice. Amnesty is more acceptable when it provides protection to low-ranking perpetrators, child soldiers, those responsible for less serious crimes, and those forced to commit violations.

nos, garantindo-lhes, dessa forma, especial proteção, amplo acesso à justiça com direito aos remédios jurídicos efetivos e as devidas reparações.

Afirma Bassiouni (2007, p. 45) que:

As vítimas têm direito a um acesso igual e efetivo à justiça, informações factuais sobre violações e reparações adequadas, efetivas e rápidas. Os Estados devem respeitar os direitos individuais e coletivos das vítimas à justiça. Os Estados devem divulgar os remédios aplicáveis e disponibilizar os meios legais, institucionais, diplomáticos e consulares adequados para promover o acesso das vítimas à justiça. (tradução nossa)⁹

Dentre os aspectos reparatórios elencados estão a restituição (atinentemente aos bens materiais eventualmente confiscados), compensação (atinentemente aos danos imateriais sofridos), reabilitação (atinentemente aos cuidados médicos, psicológicos ou sociais) e as garantias de não repetição.

Em respeito ao quarto princípio de Chicago, o Estado deve promover uma agenda que estabeleça vetos políticos, sanções e medidas administrativas ávidas a barrar qualquer movimentação cujo objetivo seja retornar ao estado anterior. E aqui fazemos um paralelo muito importante com o chamado progresso moral da humanidade de Bobbio (2004, p. 26), quando este evidencia que:

Contudo, mesmo não sendo um defensor dogmático do progresso irresistível, tampouco sou um defensor igualmente dogmático da idéia contrária. A única afirmação que considero poder fazer com certa segurança é que a história humana é ambígua, dando respostas diversas segundo quem a interroga e segundo o ponto de vista adotado por quem a interroga. Apesar disso, não podemos deixar de nos interrogar sobre o destino do homem, assim como não podemos deixar de nos interrogar sobre sua origem, o que só podemos fazer — repito mais uma vez — escrutando os sinais que os eventos nos oferecem, tal como Kant o fez quando propôs a questão de saber se o gênero humano estava em constante progresso para o melhor.

O ciclo de políticas públicas deve conter uma agenda voltada à pu-

9 Texto original: Victims have the right to equal and effective access to justice, factual information concerning violations and adequate, effective and prompt reparations. States shall respect victims' individual and collective rights to justice. States shall publicize applicable remedies and make available appropriate legal, institutional, diplomatic, and consular means to promote victims' access to justice.

blicidade das investigações e conclusões às quais se chegou. Isto no sentido de educar e conscientizar a população acerca dos erros do passado em relação à violência política passada e preservar a memória histórica (BASSIOUNI, 2007, p. 51), com fundamento básico no quinto princípio de Chicago.

No tocante ao sexto princípio, o Estado deve respeitar e promover o respeito às abordagens tradicionais, de povos originários ou religiosas dadas às violações de Direitos Humanos do passado. Dentre as várias concepções adstritas a este princípio, está o da conexão com a reconciliação social dos povos, reconhecendo as violações perpetradas contra as minorias ou maiorias hipossuficientes.

Por fim, em seu último princípio, Bassiouni (2007, p. 56) explica que é dever do Estado a promoção de reformas legislativas, estruturais e ter como programa fixo de governo a restauração da confiança pública no funcionamento das instituições como fundamento à boa governança e do bom andamento do regime democrático.

Dentre os vários aspectos do último princípio encontram-se, por exemplo, a reforma para a independência do poder judiciário, ratificação de convenções internacionais de proteção dos Direitos Humanos, adotar programas estratégicos dentro do contingente militar para promoção da defesa dos Direitos Humanos, rever a aplicação das leis ampliando os direitos e garantias fundamentais, combate à corrupção e, também, o monitoramento das violações de Direitos Humanos.

É possível identificar, portanto, que muito dos princípios básicos de justiça pós-conflito são norteadores da interpretação e aplicação das normas de proteção dos Direitos Humanos dentro do sistema interamericano de Direitos Humanos, na medida em que podemos verificar que a jurisprudência da Corte IDH caminha no mesmo sentido do que se extrai do entendimento de referidos princípios, conforme trataremos a seguir.

A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH SOBRE AS LEIS DE ANISTIA

Observando que a Convenção/Pacto ou as decisões da Corte IDH ambas resguardam status normativo de norma constitucional, conforme assentado anteriormente, é necessário verificar qual a sua compatibilidade com a justiça de transição de acordo com os preceitos até então visitados. Isso porque o conflito do caso *Gomes Lund vs. Brasil* se dá no Sistema Interamericano, que é importante nesta discussão acadêmica.

É de se concordar com a doutrina majoritária, inclusive, que as balizas da justiça de transição têm como propósito não só o sentimento de penalização dos violadores de Direitos Humanos, como também a estruturação do sistema jurídico em um novo contexto marcado e carregado pelas sombras do passado que se quer evitar (BUANI, 2012, p. 126).

Não se deve olvidar que a Corte Interamericana é o órgão máximo para interpretação da CADH, na medida em que o próprio tratado internacional assim lhe confere jurisdição para exercer sua competência consultiva e contenciosa os Estados que o tenham ratificado (MAC-GREGOR; MOLLER, 2004, p. 46).

Há que se observar, inclusive, que a jurisdição internacional é tida como um dentre os vários níveis da justiça de transição, sendo acionada como um complemento às instituições internas quando essas se mostram falhas ou inaptas a concretizarem todos os aspectos essenciais à reestruturação do novo regime (ELSTER, 2004, p. 80).

Essa nova perspectiva de acesso à jurisdição internacional para socorrer as violações de Direitos Humanos advém do processo de humanização do direito internacional, o qual tanto defende Cançado Trindade (2006, p. 17), quando este expõe:

O Estado — hoje se reconhece — é responsável por todos os seus atos — tanto *jure gestionis* como *jure imperii* — assim como por todas suas omissões, por parte de qualquer de seus poderes ou agentes. Criado pelos próprios seres humanos, por eles composto, para eles existe, para a realização de seu bem comum. Em caso de violação dos direitos humanos, justifica-se assim plenamente o *acesso direto* do indivíduo à jurisdição internacional, para fazer valer tais direitos, inclusive contra o próprio Estado.

Trata-se, em última análise, de outro enfrentamento sob o aspecto das violações de Direitos Humanos, os quais são atinentes ao direito das gentes e que, quando ineficiente, incumbe ao Estado responder por esse acometimento que recai sobre seus jurisdicionados, os que, afinal, seguram o peso do caminho errado tomado por um Estado ditatorial.

De há muito Cançado Trindade (1991, p. 39) já alertava para os reflexos da expansão e da generalização da proteção internacional dos Direitos Humanos de modo que se possibilitou uma maior atenção aos grupos específicos como detentores de proteção especial, como é o caso dos trabalhadores, refugiados, mulheres, crianças, idosos, pessoas com deficiência, povos originários, dentre muitos outros.

Sobre a interpretação e aplicação dos Direitos Humanos, nos fornece, em seus escritos, o referido autor (TRINDADE, 1991, p. 48-49):

Os tratados de direitos humanos, dados a natureza essencialmente objetiva das obrigações que incorporam e seu caráter especial ou autônomo, acarretam uma interpretação própria. Esta interpretação é um processo essencialmente dinâmico, dado que os tratados de direitos humanos são tidos como instrumentos vivos. A evolução do direito da proteção dos direitos humanos através da interpretação constitui um fenômeno que não pode ser ignorado. Ademais, dada a multiplicidade de instrumentos de direitos humanos em nossos dias, não chega a surpreender que a interpretação e a aplicação de certos dispositivos de um determinado tratado de direitos humanos sejam às vezes utilizadas como orientação para a interpretação de dispositivos correspondentes de outro tratado de direitos humanos (em geral mais recente).

E é neste contexto de compartimentalização das jurisdições internacionais que se engloba o entendimento da justiça de transição interamericana, o qual não se pode olvidar a grande massificação dos regimes ditatoriais nos países sul-americanos nas décadas de 70 a 90, que observaram grande onda de violações de Direitos Humanos.

Destarte, passamos a analisar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos *leading cases* que abordaram as principais transições do período ditatorial até a democracia dos países latino-americanos.

Os casos que serão analisados têm uma conexão muito importante com o julgamento do caso Gomes Lund e outros vs. Brasil (Guerrilha do Araguaia)¹⁰ no qual o Brasil foi condenado pela Corte IDH a revogar a Lei de Anistia, na medida em que cada qual possui ligação com as matérias de defesa alegadas pelo Estado brasileiro no julgamento perante o Tribunal Interamericano e, inclusive, muitas delas debatidas na ADPF nº 153.

O caso Barrios Altos vs. Peru¹¹ foi o primeiro caso em que a Corte IDH analisa especificamente as leis de auto anistia e as declara violadoras das disposições da CADH por comprometerem a obrigação de seus

10 Cf. Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

11 Cf. Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

Estados-parte concernentes ao dever de investigar, identificar e punir os agentes estatais responsáveis por graves violações de Direitos Humanos durante períodos de ditadura, isto como forma de justiça de transição.

Por sua vez, o caso *Almonacid Arellano vs. Chile*¹² possui uma íntima ligação com o caso brasileiro, uma vez que nele também se discutiu a questão da retroatividade de uma lei penal para prejudicar o réu como óbice ao julgamento agentes estatais que cometeram graves violações de Direitos Humanos. Outra situação analisada no caso, foi o imbróglio advindo da ratificação da CADH posterior a promulgação da Lei de Anistia.

No tocante ao caso *La Cantuta vs. Peru*¹³, foi verificada a responsabilidade internacional do Estado-parte na CADH quanto a necessidade de revogação da Lei de Anistia, mesmo que já tenha ocorrido o reconhecimento parcial das violações que lhe é imputada.

1 - BARRIOS ALTOS VS. PERU

Este caso é tido como paradigmático para as reflexões sobre a lei de anistia no sistema interamericano de Direitos Humanos na medida em que foi o primeiro caso em que a Corte IDH expressamente se posicionou acerca da (in)compatibilidade do perdão legislativo aos crimes cometidos em regimes anteriores como elemento de política de transição.

No ano de 1991, especificamente na data de 03 de novembro, um grupo de indivíduos fortemente armados invadiram um imóvel situado no local conhecido como Barrios Altos, que nomeou o caso ante o SIDH, onde ocorria uma festa com intuito de arrecadar fundos para reforma do referido edifício.

Inobstante estarem com seus rostos cobertos por balaclavas, foi possível identificar que os indivíduos possuíam idade entre 25 (vinte e cinco) e 30 (trinta) anos, os quais, inopinadamente adentraram na propriedade e dispararam indiscriminadamente contra todos que lá se encontravam, matando 15 (quinze) pessoas e deixando outras 04 (quatro) gravemente feridas, dentre as quais uma restou permanentemente incapacitada.

12 Cf. Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

13 Cf. Corte IDH. Caso *La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Série C No. 162.

Ressalta-se que os invasores chegaram ao local em veículos que possuíam sirenes e alarmes de uma viatura policial e que, porém, antes do ataque foram desligados para silenciar o advento e, ao que indicaram as vítimas sobreviventes, as armas foram equipadas com silenciadores. Após o ataque, porém, as sirenes e luzes foram religadas.

No curso das investigações, foram encontradas na cena do crime 111 (cento e onze) cartuchos e 33 (trinta e três) projéteis de pistolas metralhadoras. Também ficou identificado que os invasores eram membros do Exército peruano, e que pertenciam a um grupo de extermínio conhecido como Grupo Colina que se dedicava a matar supostos membros do Sendero Luminoso, o que foi corroborado pelo documento apresentado pelo congressista Javier Diez Canseco, chamado “Plan Ambulante”, que descrevia todas as operações ocorridas no Barrios Altos.

Em 14 de novembro de 1991, alguns senadores apresentaram pedido de esclarecimento do ocorrido que ficou conhecido como crime de Barrios Altos e, no dia seguinte, foi aprovada a criação de uma comissão parlamentar investigatória para apurar tais fatos noticiados no senado peruano.

Ocorre, porém, que a comissão parlamentar, que já havia feito visitas *in loco* para averiguar o local dos fatos e ouvir testemunhas, nunca chegou a concluir suas investigações, devido ao fato de que, em detrimento da crise constitucional peruana de 1992, o congresso foi dissolvido pelo governo de emergência e reconstrução nacional do então presidente Alberto Fujimori e o congresso seguinte não retomou as investigações, nem publicou os resultados aos quais chegou a comissão investigatória anterior.

Houve também a tentativa frustrada de se iniciar uma investigação judicial por parte da 41ª fiscal provincial penal de Lima, que denunciou quatro membros do Exército pelos fatos ocorridos em Barrios Altos junto ao 16º juizado penal de Lima, à qual os investigados — naturalmente — se opuseram, alegando que o caso deveria ser transferido a um tribunal militar, em razão da incompetência material alegada pelos envolvidos no crime.

A investigação judicial formal foi iniciada somente em 19 de abril de 1995, porém, o alto comando militar se insurgiu contra a oitiva dos membros do Grupo Colina, impedindo o prosseguimento da persecução criminal por meio de uma resolução que proibia qualquer acusado de prestar depoimento no 16º juizado penal de Lima, em razão de haver um processo paralelo seguir tramitando junto à justiça militar.

Em petição dirigida à Suprema Corte peruana, os militares reclamaram a competência para julgar os fatos requerendo a suspensão do

processo perante a justiça comum, impedindo-se as investigações por parte desta sobre os fatos.

Sequer a Suprema Corte decidiu sobre os fatos, na medida em que o Congresso, em 14 de junho de 1995, aprovou a Lei nº 26.479, a qual anistiava todos os militares, policiais e civis que houvessem cometido, entre 1980 e 1995, violações de Direitos Humanos ou participado dessas violações. A lei foi sancionada imediatamente pelo então presidente e entrou em vigor no dia seguinte, deixando sem efeito qualquer investigação, processo ou pena que estivesse em curso sobre qualquer violação de Direitos Humanos praticada por policiais, militares ou mesmo civis.

O embate agora se tornou mais técnico, na medida em que não só em primeira, como também alguns juízes de segunda instância entendiam que a lei peruana nº 26.479 não se aplicava ao caso do crime de Barrios Altos, em razão de ser tal disposição, em seus entendimentos, incompatível com as disposições constitucionais e as obrigações internacionais assumidas pelo Estado do Peru.

A recusa em aplicar a lei de anistia nº 26.479 provocou o Congresso peruano a aprovar uma segunda lei de anistia, a Lei nº 26.492, dirigida especialmente a interferir nas ações judiciais do caso Barrios Altos, inclusive afirmando que a anistia não seria poderida ser revisada pelo Judiciário.

Em 14 de julho de 1995 a Sala Penal da Corte Superior de Justiça de Lima decidiu pelo arquivamento definitivo do caso, fundamentando que a lei de anistia era definitivamente compatível com os preceitos constitucionais peruanos e também com os tratados internacionais de Direitos Humanos.

O processamento do caso perante o SIDH foi um tanto quanto tormentoso, na medida em que a defesa do Estado peruano tentava de todos os modos o seu julgamento perante a Corte IDH.

A CIDH recebeu uma denúncia da Coordenadora Nacional de Derechos Humanos contra o Estado do Peru e, posteriormente, determinou a intimação do Estado no prazo de 90 (noventa) dias. No referido peticionamento houve pedido de medidas cautelares para determinar que o Estado garantisse a integridade física e pessoal dos petionários.

O fato mais curioso, contudo, foi que o Estado apresentou pedido de rechaço à petição das alegadas vítimas por falta de esgotamento de recursos internos. Inobstante o pedido estatal, a CIDH emitiu informe de mérito no qual constou que o Estado havia violado a CADH e deveria revogar as leis de anistia, por serem incompatíveis com o ordenamento internacional de proteção dos Direitos Humanos, bem como promover uma investigação imparcial, séria e efetiva com a finalidade de identificar

os responsáveis pelos ataques em Barrios Altos e, também, prosseguir com o processo criminal contra os denunciados do exército.

Durante o processo perante a Corte IDH o Estado do Peru formulou uma petição na qual denunciava à competência contenciosa da Corte IDH, retirando-lhe a jurisdição sobre os casos de violações de Direitos Humanos praticados pelo Peru. Ocorre, contudo, que a Corte IDH expediu uma resolução indicando que este comportamento do Estado peruano era inadmissível por violar o princípio internacional do *pacta sunt servanda*, bem como do artigo 68.1 da CADH¹⁴.

Apesar das medidas estratégicas da defesa, com a mudança do regime de Fujimori em 2000, percebeu-se também uma mudança de perfil processual ante a Corte IDH, bastando-se verificar que o Estado peruano reconheceu todas as violações de Direitos Humanos praticados pelos agentes estatais, comprometendo-se a dialogar com as vítimas no sentido de estabelecer valores de indenizações por danos materiais e morais, bem como a revogação da lei de anistia e prosseguimento das investigações e do processo penal instaurado.

De toda sorte, como forma de sanar qualquer dúvida sobre a incompatibilidade de leis de anistia com as disposições da CADH, a Corte IDH proferiu sentença na qual ficou reconhecida a responsabilidade do Estado do Peru, determinando a revogação da mesma.

No terceiro parágrafo de seu voto apartado, o então Juiz da Corte IDH Antonio Augusto Cançado Trindade¹⁵ parabeniza a decisão do pleno do órgão jurisdicional interamericano sustentando que:

No presente caso, Barrios Altos, fazendo uso livre e pleno, conforme o caso, dos poderes inerentes a sua função judicial, a Corte, pela primeira vez em um caso de busca, além de admitir o reconhecimento de responsabilidade internacional por parte do Estado demandado, também estabeleceu consequências jurídicas da dita busca, tal como se depreende dos categóricos parágrafos 41 e 43 da referida sentença, (...) (tradução nossa¹⁶)

14 Artigo 68. 1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

15 Cf. Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, Voto concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, par. 3.

16 Texto original: En el presente caso Barrios Altos, haciendo uso libre y pleno, como le corresponde, de los poderes inherentes a su función judicial, la Corte, por primera vez en un caso de allanamiento, además de haber admitido el reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado demandado, también ha estab-

Resta claro, portanto que a Corte IDH rechaça a criação de leis de anistia, determinando como princípio básico da justiça de transição no sistema de proteção interamericano de Direitos Humanos.

É o entendimento que partilhamos, seguindo os dizeres de Flávia Piovesan (2013, p. 398):

Esta decisão apresentou um elevado impacto na anulação de leis de anistia e na consolidação do direito à verdade, pelo qual os familiares das vítimas e a sociedade como um todo devem ser informados das violações, realçando o dever do Estado de investigar, processar, punir e reparar violações aos direitos humanos. Concluiu a Corte que as leis de “autoanistia” perpetuam a impunidade, propiciam uma injustiça continuada, impedem às vítimas e aos seus familiares o acesso à justiça e o direito de conhecer a verdade e de receber a reparação correspondente, o que constituiria uma manifesta afronta à Convenção Americana. As leis de anistia configurariam, assim, um ilícito internacional e sua revogação uma forma de reparação não pecuniária.

Deste modo, é paradigmática a posição da Corte IDH na contribuição para o modelo desta fase da justiça de transição na Américas, estabelecendo seus primeiros passos em direção à formação dos parâmetros transicionais aplicados aos Estados membros da OEA.

2 - ALMONACID ARELLANO VS. CHILE

Outro caso de alta relevância à interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos é o denominado Almonacid Arellano vs. Chile, do qual faremos também uma breve análise para extrair os principais fragmentos no intento da construção da premissa acerca da incompatibilidade da lei de anistia com a jurisprudência da Corte IDH.

No dia 11 de setembro de 1973, por meio de uma marcha militar, houve a destituição ilegítima do governo do então presidente chileno Salvador Allende pelas forças armadas, que impuseram um regime ditatorial condensando os poderes executivo e legislativo nas mãos do Presidente da República.

lecido las consecuencias jurídicas de dicho allanamiento, tal como se desprende de los categóricos párrafos 41 y 43 de la presente Sentencia, (...)

Contra aqueles tidos como opositores do regime foi adotada uma duríssima repressão generalizada operada enquanto política de Estado até o fim do regime, em 10 de março de 1990, havendo, contudo, graus variantes de intensidade ao longo do período em questão.

Dos relatórios da Comissão da Verdade instaurada no Chile anexados em alegações finais pelo Estado chileno constam que 1823 (mil oitocentos e vinte e três) pessoas foram executadas apenas no primeiro ano de regime militar, ressaltando-se, ainda que 94% das pessoas que foram feitas presas políticas relataram terem sofrido algum tipo de tortura.

Neste contexto de perseguições é que se insere a captura e execução do sr. Almonacid Arellano, o qual foi detido em sua própria casa e vítima de diversos disparos na frente de sua família ao sair da residência, vindo a falecer no dia seguinte ao atentado, 17 de setembro de 1973.

Inobstante houvesse a abertura de investigação, o inquérito foi arquivado no dia 07 de novembro de 1973. Contra o arquivamento insurgiu-se uma decisão da Corte de Apelações de Rancagua, que foi reformada pelo Tribunal Criminal. Em meio a diversas suspensões e revogações, o caso foi definitivamente arquivado em 04 de setembro de 1974.

Com fundamento na tranquilidade geral, paz e ordem de que, em tese, disfrutava o estado chileno foi aprovado o Decreto Lei nº 2.191 em 18 de abril de 1978, o qual concedeu anistia a todas as pessoas envolvidas em delitos durante o Estado de Sítio, entre 11 de setembro de 1973 a 10 de março de 1978, bem como aqueles processados ou condenados por tribunais militares.

No ano de 1992, a Sra. Gomez Olivares apresentou uma queixa criminal perante o Primeiro Tribunal Penal de Rancagua no intento de reabrir o caso Almonacid Arellano, na qual se conseguiu a oitiva de Manuel Segundo Castro Osorio e Raúl Hernán Neveu Cortesi, a quem se creditava a morte de seu esposo.

Contra a decisão do juiz da causa que se declarou incompetente e remeteu os autos à Justiça Militar foi interposto recurso de reposição, recurso este que foi apreciado pela Corte de Apelações, a qual revogou as decisões de incompetência determinando novas investigações, haja vista que o contexto fático não permitia aferir a permeabilidade da característica de crime cometido por civil ou militar apenas pelas provas carregadas aos autos.

No ano de 1995, o juiz da causa arquivou definitivamente o inquérito com fundamento no Decreto Lei nº 2.191 (lei de anistia), decisão a qual foi revogada pela Corte de Apelações que entendeu não haverem sido esgotadas as investigações, determinando-se ao juiz do Primeiro Tri-

bunal Penal retomar os trabalhos no caso. Contudo, houve novo arquivamento e, posteriormente, nova revogação do arquivamento.

Após várias decisões de remessa dos autos entre uma e outra instância, houve o indiciamento dos senhores Castro Osorio e Neveu Cortesi, expedindo-se, inclusive, mandado de prisão contra os mesmos. Porém, em atendimento a um recurso apresentado pelos mesmos em 05 de outubro de 1996, a Corte de Apelações isentou Castro Osorio de qualquer processo.

Havendo a remessa dos autos à Justiça Militar, a mesma decidiu pelo arquivamento dos autos sem quaisquer maiores diligências sob o fundamento de encontrarem-se os acusados sob o manto da lei de anistia. É importante frisar que na ocasião a Corte Marcial declarou expressamente ter havido o homicídio do Sr. Almonacid Arellano e que, contudo, estariam os acusados acobertados pelo Decreto Lei nº 2.191.

Posteriormente aos fatos, foi criada uma comissão da verdade na qual se estabeleceu, por meio de várias investigações, que o Sr. Almonacid Arellano, nominalmente, foi uma das vítimas de graves violações de Direitos Humanos recomendando-se reparações nos âmbitos individuais e simbólicos, legal e administrativamente.

A Sra. Gómez Olivares, juntamente de seus filhos, recebeu indenização no ano de 1992, no valor de US\$ 98.000,00 (noventa e oito mil dólares), assim como também houve a determinação de que o nome de Luis Almonacid foi utilizado para designar uma rua e uma vila de Rancagua.

O ponto central do caso na Corte IDH é a incompatibilidade da lei de anistia promulgada pelo Estado Chileno com a Convenção Americana de Direitos Humanos, embora se verificasse que ocorreram reparações de outra estirpe em favor dos familiares do Sr. Almonacid Arellano.

Podemos denotar a aplicação sistemática das normas da CADH nesse âmbito a partir das lições da doutrina internacionalista. Afirma Cançado Trindade (2010, p. 197-198) que

Em sucessivas sentenças de mérito e reparações, a Corte Interamericana tem afirmado o dever do Estado de investigar os fatos lesivos aos direitos protegidos pela Convenção Americana, inclusive como forma de reparação (obrigação de fazer). Em suas sentenças (de mérito e reparações) no caso Gutiérrez Soler (12 de setembro de 2005) e no caso do Massacre de Mapiripán (15 de setembro de 2005), ambos relativos à Colômbia, a Corte determinou que o Estado devia investigar os fatos e prontamente identificar, julgar e sancionar os responsáveis, e divulgar os resultados dos processos, 'de maneira que a sociedade colombiana possa conhe-

cer a verdade acerca dos fatos' de ditos casos (parágrafos 96 e 298, respectivamente)¹⁷. (tradução nossa)

A Corte IDH se debruçou sobre a matéria dividindo em quatro linhas sequenciais: (i) se a morte do Sr. Almonacid Arellano configura um crime de lesa humanidade; (ii) se os crimes de lesa humanidade podem ser anistiados; (iii) se o Decreto Lei nº 2.191 anistia o homicídio do Sr. Almonacid Arellano e, em assim sendo, se o Chile violou a CADH mantendo tal norma em seu ordenamento jurídico; e (iv) se a aplicação de tal norma pelas autoridades judiciais viola o disposto no art. 8.1 e 25 da CADH.

O primeiro questionamento foi respondido com base no Direito Internacional Humanitário, cuja fonte se dá nas Convenções de Haia sobre leis e costumes de guerra terrestre de 1907, assim como as Convenções de Genebra de 1949 e seus protocolos adicionais de 1977, as quais se tem por preconizado o princípio da proteção de civis em confrontos armados internacionais, internacionalizados ou de libertação nacional.

Sobre o assunto, segundo afirma Deyra (2001, p. 23):

No seu Parecer Consultivo sobre a licitude da ameaça ou da utilização de armas nucleares de 8 de Julho de 1996, o Tribunal Internacional de Justiça reafirmou a natureza consuetudinária das Convenções da Haia de 1899 e 1907 e do Regulamento de 1907 relativo às leis e aos costumes da guerra em terra, bem como das Convenções de Genebra (1864, 1906, 1929 e 1949). O Tribunal enumera um certo número de “princípios cardinais” que constituem o essencial do Direito Internacional Humanitário, a saber: o princípio da proporcionalidade, a proibição do veneno, o princípio da distinção entre combatentes e não combatentes, a proibição da utilização de armas com efeitos indiscriminados ou que provoquem danos supérfluos e a cláusula de Martens.

17 Texto original: En sucesivas sentencias de fondo y de reparaciones, la Corte Interamericana ha afirmado el deber del Estado de investigar los hechos lesivos de los derechos protegidos por la Convención Americana, inclusive como forma de reparación (obligación de hacer). En sus sentencias (de fondo y reparaciones) en el caso Gutiérrez Soler (12 de septiembre de 2005) y en el caso de la Masacre de Mapiripán (15 de septiembre de 2005), ambos relativos a Colombia, la Corte determinó que el Estado debía investigar los hechos, y prontamente identificar, juzgar y sancionar a los responsables, y divulgar los resultados de los procesos, “de manera que la sociedad colombiana pueda conocer la verdad acerca de los hechos” de dichos casos (párrafos 96 y 298, respectivamente).

De modo geral, a cláusula de Martens prevê que um armamento não estará permitido, única e exclusivamente pelo fato de não haver proibição expressa nesse sentido (2001, p. 23-24), limitando-se o poder de escolha dos Estados sobre a utilização de armas tanto contra militares quanto contra civis.

Em um outro foco, também se verifica que os crimes de lesa humanidade podem se verificar em um contexto de violações sistemáticas perpetradas contra uma determinada população, ainda que as condutas sejam individuais, algo que se verificou no caso do Sr. Almonacid Arellano.

Desta feita, a Corte IDH entendeu pela existência de um crime de lesa humanidade o homicídio contra o Sr. Almonacid Arellano, com base nos princípios e costumes internacionais, bem como as provas carreadas aos autos que trouxeram a evidência de um contexto de violações sistemáticas contra opositores do regime ditatorial chileno.

Passa-se, então, a verificar a possibilidade de anistiar os crimes de lesa humanidade em consonância com os dispositivos constantes na CADH.

Neste ponto, a Corte IDH replicou o entendimento do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia no sentido de que, por si só, os crimes de lesa humanidade configuram, além de crimes de guerra, uma gravíssima violação de Direitos Humanos. Assim, seguindo-se o entendimento fixado pela Assembleia Geral das Nações, de 1946, conclui-se pela necessidade de investigações e punições contra os responsáveis por tais violações.

Em um pequeno adendo, verificamos a tendência da Corte IDH em seguir os princípios de Chicago esposados por Bassiouni — em especial o primeiro — que confere dever do Estado de investigar e punir os responsáveis por tais violações de Direitos Humanos, também em consonância com a terceira geração de justiça de transição.

Não muito longe, foi utilizado como fundamento para sua decisão o caso *Barrios Altos vs. Peru* no qual se fixou o entendimento de que as leis de anistia são incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos, devendo se dar mesma aplicação ao caso *Almonacid Arellano*. Em outras palavras, o Estado parte na CADH não pode alegar disposições de direito interno, em especial uma lei de anistia, para se eximir do dever de identificar, investigar e punir os responsáveis por violações dos direitos constantes naquele tratado internacional.

Há que se observar, neste sentido, que foi avençado pelo estado chileno a hipótese de impossibilidade de punição dos responsáveis em razão da anterioridade do crime à ratificação da CADH, fazendo-se em sede de exceções preliminares suscitando-se a incompetência temporal da Corte IDH. Contudo, tal argumento foi rechaçado pela própria Corte

IDH, haja vista serem os deveres de investigação e punição obrigações de meio e que, em não ocorrendo, protraem-se no tempo, subsistindo tal dever à ratificação da CADH, como verificado tanto no caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, como no presente.

No concernente ao terceiro aspecto analisado sobre a vigência da lei de anistia, é de se notar uma clara posição da Corte IDH que vai ao encontro do que dispõe a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, em seu artigo 27, a qual prevê a impossibilidade de se alegar disposições de direito interno para justificar descumprimento de tratado internacional.

E se analisarmos sob o foco a escala de Norberto Bobbio e sua teoria da norma jurídica (2001), percebe-se à evidência da exegese da sentença proferida pela Corte IDH uma constatação empírica da inserção da vigência em contraponto com a eficácia da norma.

Diz expressamente o parágrafo 120 da sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas do caso *Almonacid Arellano vs. Chile*¹⁸ proferida pela Corte IDH:

Por outro lado, embora a Corte note que o Decreto Lei nº 2.191 concede basicamente uma autoanistia, posto que foi emitido pelo próprio regime militar para subtrair da ação da justiça, principalmente, seus próprios crimes, ressalta que um Estado viola a Convenção Americana quando edita disposições que não estão em conformidade com as obrigações dentro da mesma; o fato de que essas normas tenham sido adotadas de acordo com o ordenamento jurídico interno ou contra ele, “é indiferente para estes efeitos”. Em suma, mais que o processo de adoção e a autoridade que emitiu o Decreto Lei nº 2.191, esta Corte destaca sua *ratio legis*: anistiar as graves violações contra o Direito Internacional cometidas pelo regime militar.

Neste aspecto, verificou-se a aplicação máxima dos princípios de Chicago, em consonância com a terceira fase da justiça de transição, no que tange a internacionalização da proteção dos Direitos Humanos em se tratando da contraposição do regime democrático ao regime ditatorial anterior.

Em seu último ponto, a Corte IDH se debruçou sobre a aplicação da lei de anistia pelos tribunais internos do Estado do Chile, de modo que — embora não o tenha feito de forma expressa neste momento da sentença — a decisão exigiu que se exercitasse um controle de convencionalidade

18 Cf. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, par. 120.

sobre as normas internas em relação aos princípios de direito internacional dos Direitos Humanos, assim como os princípios do direito humanitário, as normas constantes em seus tratados, além, por óbvio, da própria jurisprudência da Corte IDH que havia se firmado no sentido contrário.

Disse a Corte IDH no parágrafo 129¹⁹ da referida sentença:

O Tribunal, como conclusão de tudo o que foi indicado nesta seção A), considera que o assassinato do senhor Almonacid Arellano formou parte de uma política de Estado de repressão a setores da sociedade civil e representa apenas um exemplo do grande conjunto de condutas ilícitas similares que se produziram durante essa época. O ilícito cometido contra o senhor Almonacid Arellano não pode ser anistiado em conformidade com as regras básicas do Direito Internacional, posto que constitui um crime de lesa humanidade. O Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu Direito Interno para garantir os direitos estabelecidos na Convenção Americana, porque manteve e mantém em vigência o Decreto Lei nº 2.191, o qual não exclui os crimes de lesa humanidade da anistia geral que outorga. Finalmente, o Estado violou o direito às garantias judiciais e à proteção judicial e descumpriu seu dever de garantia, em detrimento dos familiares do senhor Almonacid Arellano, porque aplicou o Decreto Lei nº 2.191 ao presente caso.

Por fim, a Corte IDH decidiu de forma unânime que o Estado do Chile, independente das reparações já ocorridas antes da prolação da sentença, incorreu em violação dos artigos 1.1 e 2 da CADH, em consonância com os artigos 8.1 e 25 do mesmo tratado internacional, em razão de não oportunizar o acesso à justiça devido à manutenção da vigência da lei de anistia e assim sendo, o estado chileno foi condenado a revogar o Decreto Lei nº 2.191 afim de que deixe de ser óbice à investigação, identificação e punição dos responsáveis pelas graves e flagrantes violações cometidas em desfavor do sr. Almonacid Arellano e seus familiares.

3 - LA CANTUTA VS. PERU

O contexto do caso La Cantuta vs. Peru é de violações sistemáticas e generalizadas dos Direitos Humanos dos cidadãos peruanos por

19 Cf. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, par. 129.

meio de desaparecimentos forçados, torturas e execuções extrajudiciais perpetuados pelos agentes estatais pertencentes ao exército peruano entre os anos de 1983 a 1984 e 1989 a 1992.

O *modus operandi* utilizado era de identificação e detenção, o que poderia ocorrer em lugar público, no próprio domicílio, quando a vítima se dirigia a um órgão público ou em batidas policiais e afins. O agente estatal geralmente atuava armado, encapuzado e com violência e com número sempre maior ao dos detidos.

De acordo com o que consta do relatório da Comissão da Verdade e Reconciliação do Peru, doravante CVR²⁰:

O desaparecimento forçado de pessoas se insere dentro de um conjunto de mecanismos de luta contra subversivas destinadas à eliminação de membros, simpatizantes ou colaboradores das organizações subversivas, entre os quais figura também a execução extrajudicial direta destas pessoas. (...) estes mecanismos de eliminação eram utilizados com diversa intensidade segundo as características dos lugares donde se desenrolava o conflito armado interno. (...) a proporção de vítimas eliminadas mediante o desaparecimento forçado era relativamente maior em zonas urbanas que em zonas rurais, posto que nas primeiras existe uma série de condições (presença de instituições de defesa de direitos humanos ou meios de comunicação que reportam as violações) que obrigam aos agentes do Estado a serem mais cuidadosos em assegurar a impunidade de suas ações contra subversivas quando estas implicam a quebra do Estado de Direito e a violação de direitos humanos²¹. (tradução nossa)

20 Cf. Relatório Final da Comissão da Verdade e Reconciliação, 2003, Tomo VI, 2.7. “Las víctimas de la desaparición forzada”, p. 86, acesso em: <http://dhnet.org.br/verdade/mundo/peru/cv_peru_informe_final_tomo_06.pdf>, último acesso: 12-nov-2017.

21 Texto original: La desaparición forzada de personas se inscribe dentro de un conjunto de mecanismos de lucha contrasubversiva destinados a la eliminación de los miembros, simpatizantes o colaboradores de las organizaciones subversivas, entre los cuales figura también la ejecución extrajudicial directa de estas personas. Secciones más arriba, hemos indicado que estos mecanismos de eliminación eran utilizados con diversa intensidad según las características de los lugares donde se desarrollaba el conflicto armado interno. Como se vio en el gráfico 12, la proporción de víctimas eliminadas mediante la desaparición forzada era relativamente mayor en zonas urbanas que en zonas rurales, puesto que en las primera existen una serie de condiciones (presencia de instituciones de defensa de derechos humanos o medios de comunicación que reportan las violaciones) que obligan a los agentes del Estado

Dentro da Universidade Nacional de Educação “Enrique Guzman y Valle”, conhecida como Universidade La Cantuta, o exército peruano instalou um contingente militar ocasião em que de lá se fez base de operações, na qual se executava toque de recolher controlando a entrada e saída de estudantes e professores.

Narra o relatório da CVR²² peruana — também utilizado na sentença de mérito, reparações e custas do Caso La Cantuta — que:

No início de 1991, foi divulgado pela televisão local um vídeo que mostrava um ato político-cultural na Universidade de “La Cantuta”, que especulava sobre o grau de controle que o Sendero Luminoso exercia na universidade. Em 21 de maio de 1991, o ex-presidente Alberto Fujimori visitou a universidade provocando uma reação violenta dos estudantes, que o obrigou a retirar-se humilhado do *campus*. No dia seguinte, tropas militares tomaram o controle da Universidade Maior de San Marcos e da Universidade de “La Cantuta”, onde foram detidos 56 estudantes. Dentre os detidos estavam três dos nove estudantes que posteriormente seriam executados extrajudicialmente. (tradução nossa)²³

Assim como no caso Barrios Altos, houve a participação direta do Grupo Colina, responsável pelas execuções extrajudiciais, torturas e desaparecimentos forçados das vítimas elencadas no caso.

Os familiares das vítimas e o reitor da Universidade La Cantuta impetraram pedidos de habeas corpus em favor das vítimas no ano de 1992 e, no mesmo contexto do caso Barrios Altos vs. Peru,

a ser más cuidadosos en asegurar la impunidad de sus acciones contrasubversivas cuando éstas implican el quebrantamiento del Estado de Derecho y la violación de derechos humanos.

22 Cf. Relatório Final da Comissão da Verdade e Reconciliação, 2003, Tomo VII, “La intervención en la Universidad Enrique Guzmán y Valle (La Cantuta)”, p. 426, acesso em: <http://dhnet.org.br/verdade/mundo/peru/cv_peru_informe_final_tomo_07.pdf>, último acesso: 12-nov-2017.

23 Texto original: A principios de 1991 se difundió por la televisión local un video que mostraba un acto político-cultural en la universidad La Cantuta que invitó a especular acerca del grado de control que tenía el PCP-SL en la Universidad. El 21 de mayo de 1991 el ex presidente Alberto Fujimori visitó la Universidad, provocando una reacción violenta de los estudiantes que lo obligó a retirarse humillado del campus. Al día siguiente, tropas militares tomaron el control de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad La Cantuta, donde fueron detenidos 56 estudiantes. Entre los intervenidos estaban tres de los nueve estudiantes que posteriormente fueron ejecutados extrajudicialmente.

também houve uma comissão de congressistas formada para investigar o ocorrido à qual foi impedida de continuar seus trabalhos devido à dissolução do congresso advinda da crise constitucional pela qual passava o estado peruano.

Em meio a vários incidentes de competência suscitados em relação à justiça penal comum ou justiça penal militar, em 03 de maio de 1994, houve sentença proferida pelo Conselho Supremo de Justiça Militar determinando o pagamento de indenizações a título de reparação civil, bem como condenação do General Brigada Juan Rivero Lazo, Coronel de Cavalaria Federico Augusto Navarro Pérez, Capitão de Infantaria José Adolfo Velarde Astete, Majores do Exército peruano Santiago Enrique Martín Rivas e Carlos Eliseo Pichilingue Guevara a prisão pelas violações de Direitos Humanos a eles imputadas, dentre elas, abuso de autoridade, sequestro, desaparecimento forçado e assassinato.

Contudo, em 14 de junho de 1995, houve a aprovação da Lei nº 26.479 (Lei de Anistia) já mencionada anteriormente e que beneficiou os condenados em instância suprema militar precitados, prejudicando-se assim a execução das penas.

Em sentença proferida em 29 de novembro de 2006, a Corte IDH ressaltou que já havia se pronunciado sobre a incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana de Direitos Humanos no que tange à obrigação de investigar, identificar e punir os responsáveis por violações de Direitos Humanos, especificamente no caso *Barrios Altos vs. Peru*, o que já vincula o estado peruano a promover a revogação da lei de anistia, e também o caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, ambos já mencionados anteriormente.

Reiterando o posicionamento apresentado pela CIDH, a Corte IDH afirmou no parágrafo 174 da sentença atinente ao caso *La Cantuta*²⁴ que:

(...) a controvérsia subsistente deve ser localizada na primeira vertente de medidas que devem ser adotadas para adequar as normas internas à Convenção. Para efeitos da discussão exposta, cumpre especificar que a Corte considerou que no Peru essas leis de autoanistia são *ab initio* incompatíveis com a Convenção, ou seja, sua promulgação mesma “constitui, per se, uma violação da Convenção” por ser “uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado Parte” nesse Tratado. Esse é o fundamento da declaração de efeitos gerais proferida pela Corte

24 Cf. Corte IDH. Caso *La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, par. 174.

no Caso Barrios Altos. Por isso, a aplicação destas leis por parte de um órgão estatal num caso concreto, mediante atos normativos posteriores, ou sua aplicação por funcionários estatais, constitui uma violação da Convenção.

Deste modo, impera ressaltar que o parâmetro adotado pela Corte IDH é no sentido de que a mera existência formal das leis de anistia, por si só, já viola a CADH haja vista o que dispõe o seu artigo 2, o qual determina a obrigação de adotar medidas de direito interno para compatibilização do ordenamento nacional para com o ordenamento internacional, em outras palavras, o controle de convencionalidade.

Em suas disposições finais, constou que o Estado peruano deve garantir a punição dos responsáveis por violações de Direitos Humanos, o que incluiu o ex-presidente Alberto Fujimori, o qual encontrava-se foragido à época da sentença, bem como o prosseguimento da execução das penas em relação àqueles que foram condenados e, posteriormente, anistiados.

Também foi determinado que fossem realizadas buscas pelos restos mortais das vítimas desaparecidas de modo a identificá-las e dar o devido registro em seus documentos públicos como forma de reparação pelo dano à personalidade.

Em uma análise progressiva, portanto, verifica-se que a jurisprudência da Corte IDH vem se consolidando no sentido de incompatibilizar a existência, ainda que formal, de leis de anistia com os parâmetros da CADH, tornando-as sem efeitos práticos e, inclusive, reconhecendo-se publicamente a sua invalidade, como constou na sentença do caso La Cantuta. Assim, verifica-se um forte indicativo de que a Lei de Anistia brasileira, assim como os demais casos, encontra-se em total desacordo com os parâmetros estabelecidos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

CONCLUSÕES

A justiça de transição encontra vários aspectos determinantes e certos elementos intrínsecos que intentam não só a redemocratização de um estado de exceção, mas também a revisitação das práticas adotadas naquele período com o objetivo de situar os fatos na história de um país.

Os processos de ruptura democrática ocorridos ao longo da história são frequentes e registram desde a Antiguidade problemas das

mais diferentes naturezas, como a apuração das graves violações de direitos humanos durante os períodos de ditadura, por exemplo. Com as redemocratizações, em especial no Século XX, há um processo lento e difícil de transição, que as vezes se dá de forma pacífica e outras vezes não. Para favorecer essa transição pacífica é necessária a chamada justiça de transição, que como explicado apresenta características peculiares em cada ordenamento. Há leis de auto anistia e por vezes, como no Brasil, a sociedade busca um tipo de indulto graça ou perdão visando tranquilidade para a reconstrução.

O conhecimento empírico pode concluir pela equívoca visão de que a punição desta ou daquela conduta cometida durante o período de exceção seria a reescrita da história pela vendeta jurídica. Contudo, os Princípios de Chicago, as fases da justiça de transição e até mesmo os fragmentos históricos denotam uma conclusão divergente, constatada por meio de uma análise realizada sob o prisma científico jurídico.

Muito se questiona acerca da impossibilidade fática de punição dos agentes mortos em razão do vasto período de tempo transpassado entre a prática da conduta e o efetivo julgamento dos eventuais responsáveis. Todavia, há o fator que envolve a lei de anistia e é reconhecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como de grande validade jurídica no sentido de tornar a proteção dos Direitos Humanos uma política de Estado, não uma pauta de governo.

Um país que reconhece a gravidade das condutas praticadas durante o regime de exceção e se dispõe a rever tais práticas aplicando a eventuais responsáveis a pena devida e, principalmente, revogar a sua lei de anistia, torna pública a sua preocupação com os Direitos Humanos e declara seu repúdio a qualquer conduta que remonte o regresso aos estados de exceção.

Conforme se observou dos parâmetros jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos já firmados em vários julgamentos que precederam o caso brasileiro, é notória a contrariedade da lei de anistia brasileira com a Convenção Americana de Direitos Humanos, os Princípios de Chicago e com a jurisprudência internacional, uma vez que a obrigação do Estado de investigar, identificar e punir agentes responsáveis por graves violações de Direitos Humanos é de caráter contínuo e alcança o dever e a garantia do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASSIOUNI, M. Cherif. *The Chicago Principles on Post-Conflict Justice*. International Human Rights Law Institute, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho, 7. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUANI, Christiani Amaral. A justiça de transição: ápice da internacionalização do direito? *Revista de Direito Internacional*. Brasília, vol. 9, n. 4, 2012.

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.

DEYRA, Michael. *Direito Internacional Humanitário*. Lisboa: Textype. Trad. ALBUQUERQUE, Catarina de; TAVARES, Raquel, 2001.

ELSTER, Jon. *Transitional justice in historical perspective*. New York: Cambridge University Press, 2004.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MIGUENS, Marcela Siqueira. Justiça de transição: uma aplicação dos Princípios de Chicago à realidade brasileira. In: SABADELL, Ana Lucia; SIMON, Jan-Michael; DIMOULIS, Dimitri. (org.) *Justiça de transição: das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MÖLLER, Carlos María Pelayo. Deberes de los Estados y Derechos Protegidos. In: STEINER, Christian; URIBE, Patricia.

(org.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*. Bolívia: Plural, 2004.

NAGY, Rosemary. Transitional Justice as a Global Project: Critical Reflections. In: *Third World Quarterly*, vol. 29, no. 2, 2008, p. 275-289.

NINOS, Carlos. *Juicio al mal absoluto*. Buenos Aires: Ariel, 2006.

O'DONNELL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe C. *Transições do regime autoritário: primeiras conclusões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisprudencial no contexto latino americano. In: BOGDANDY, Armin Von (Org.); PIOVESAN, Flávia (Org.); ANOTNIAZZI, Mariela Morales (Org.). *Estudos Avançados de Direitos Humanos: Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 388-409.

QUINALHA, Renan Honorio. *Justiça de transição: contornos do conceito*. 2012. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

Relatório Final da Comissão da Verdade e Reconciliação, 2003, Tomo VI, 2.7. “Las víctimas de la desaparición forzada”, p. 86, acesso em: <http://dhnet.org.br/verdade/mundo/peru/cv_peru_informe_final_tomo_06.pdf>, último acesso: 12-nov-2017.

Relatório Final da Comissão da Verdade e Reconciliação, 2003, Tomo VII, “La intervención en la Universidad Enrique Guzmán y Valle (La Cantuta)”, p. 426, acesso em: <http://dhnet.org.br/verdade/mundo/peru/cv_peru_informe_final_tomo_07.pdf>, último acesso: 12-nov-2017.

TEITEL, Ruti. The Law and Politics of Contemporary Transitional Justice. *Cornell International Law Journal*. Vol. 38, n. 3, 2005, p. 837-862.

TEITEL, Ruti. Transitional justice genealogy. *Harvard Human Rights Journal*. vol. 16, 2003, p. 69-94.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones. In: BOGDANDY, Armin Von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales. (org.) *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*. Tomo II, Ciudad Universitaria: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 189-214.

RELATÓRIO DO PAINEL JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O DIREITO À PAZ

JORGE IVAN GUERRA FUENTES¹

Distinguido Dr. **HANDEL**, con el fin de contribuir a la publicación de los anales del IV Congreso Mundial de Justicia Constitucional y cumpliendo con mi compromiso como relator del segundo panel de la mañana del primer día de dicho evento, me permito aportarle las principales conclusiones extraídas de las ponencias realizadas por los conferencistas que conformaron el mencionado panel, así:

En primer lugar, se contó con la magistral conferencia de la Dra. **Jânia María Lopez Saldanha** (Brasil) quien trató el tema: A CORRUPÇÃO COMO UM “MAL ORIGINARIO”: A DESTRUIÇÃO DOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS POR PERVERSÃO, quien abordó la corrupción como uno de los problemas centrales de todos los Estados, siendo un mal que no discrimina de si el país es grande, pequeño, rico o pobre, pero que sin embargo estos últimos son los que más la sufren. Así mismo, hizo alusión a como la corrupción tiene incidencia en la política, al punto de crear una falsa impresión de que la ley está siendo cumplida y los derechos respetados cuando no es así. Concluyó afirmando que la corrupción pervirtió la política.

En segundo lugar, contamos con la también magistral conferencia del Dr. **Nelson Arturo Ovalle Díaz** (Canadá), quien trató el tema: THE PEACE AGREEMENT IN COLOMBIA IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL LAW, quien concluyó que el acuerdo de paz en Colombia fue realizado conforme al Derecho Internacional Humanitario, que su implementación no se ha logrado, no por problemas jurídicos sino más bien políticos, teniendo en cuenta que el gobierno actual no los reconoce como política de estado, pasando por alto que fue un acuerdo entre el Estado Colombiano y las FARC no entre estas últimas y el gobierno del expresidente Juan Manuel Santos. Al respecto también afirmó que los acuerdos no se han podido cumplir por causas estructurales, partiendo del hecho de ser Colombia un estado pequeño, ineficaz y corrupto.

1 Abogado de la Universidad Popular del Cesar, Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre, Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos de la Universidad de Pisa Italia, Litigante, Conciliador en Derecho, Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, Presidente del Colegio de Juristas del Cesar, Miembro del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericano, Conferencista y Creador de Contenido Jurídico en YouTube con el Canal El Abogado. jorgeivanelabogado@hotmail.com


Por último, realizó cuatro recomendaciones a tener en cuenta, no solo por Colombia, sino también por todos los países de América, como son: 1. Reducir la desigualdad. 2. Aumentar los impuestos. 3. Legalizar la economía informal y 4. Legalizar la economía ilegal como las drogas ilícitas.

Seguidamente, contamos con la magnífica conferencia del Dr. **Carlos Ignacio Aymerich Cano** (España), quien trató el tema: EL DERECHO FUNDAMENTAL DE DECIDIR EN CATALUÑA. Empezó por describir el conflicto actual existente entre España y la idea independentista de Cataluña. Para ello afirmó que el país se rehusó a verlo como un problema político, tanto así que el Tribunal Constitucional no estaba preparado para afrontarlo. Y tras la solicitud de referendo para que los Catalanes decidieran la independencia o no, el Tribunal manifestó que ese es un derecho del Estado, es decir para todos los ciudadanos Españoles y que de la única manera que pudiera tener lugar la pretensión del referendo, era reformando la Constitución.

Concluyó que tras la negación de elegir, en España podría ocurrir lo mismo que con Kosovo, en lo referente a la estructuración del Derecho de autodeterminación.

Por último, contamos con la también magistral conferencia del Dr. **Sergio Tibiriça Amaral** (Brasil), quien trató el tema: JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: POSSIBILIDADES PARA O BRASIL REVOGAR A LEI DE ANISTIA, quien hizo referencia a las dos condenas que tiene Brasil ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por crímenes de lesa humanidad, en donde se alegaron prescripción y falta de agotamiento de los recursos internos, los cuales no tuvieron vocación de prosperidad por cuanto este tipo de delitos no prescriben y porque a pesar de que no fueron directamente los interesados los que accionan, es claro que estos derechos tienen que ver con todos y ello les da legitimidad. Hizo referencia a que producto de esos casos, Brasil cumplió parte de las sentencias, en lo relacionado a la creación de una comisión de la verdad y a garantizar el derecho de no repetición. Concluyó diciendo que hay delitos que siguen impunes.

De esta manera, doy por cumplida la labor que se me encomendó, no sin antes manifestar mi infinita gratitud por la oportunidad brindada y por toda la hospitalidad tanto del comité organizador como de todas las personas de la ciudad de Porto Alegre, quienes me permitieron una de las más bonitas experiencias de mi vida.

An aerial photograph of a modern cityscape, featuring a prominent, curved, multi-story building with a unique architectural design. The building is surrounded by lush green trees and a paved area. In the background, a body of water is visible, along with other high-rise buildings and a cloudy sky. The overall scene is in grayscale.

CAPÍTULO III
JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O DIREITO DE
PROPRIEDADE SOBRE O PATRIMÔNIO COMUM
DA HUMANIDADE



EL CONVENIO SOBRE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO MUNDIAL CULTURAL Y NATURAL DE 1972: AGENDA PARA UNA JUSTICIA CONSTITUCIONAL MEXICANA QUE PROTEJA DERECHOS CULTURALES

LUIS GERARDO RODRÍGUEZ LOZANO¹

INTRODUCCIÓN

El tema que presentamos se titula El Convenio sobre la protección del patrimonio mundial cultural y natural de 1972: Agenda para una justicia constitucional mexicana que proteja derechos culturales. El primer objetivo del presente trabajo es una descripción y análisis del Convenio, explicación de los principales elementos del convenio: definiciones de patrimonio, obligaciones de los Estados partes, finalidad del establecimiento de un sistema de protección internacional del patrimonio cultural y natural.

El segundo objetivo del trabajo es explicar la reforma constitucional de derechos humanos y la obligatoriedad de los tratados internacionales para México de conformidad con los institutos reconocidos por la Constitución mexicana de manera expresa desde el año 2011: control de convencionalidad, principio de interpretación conforme, bloque de constitucionalidad y principio propersona.

El tema por lo tanto se circunscribe a la temática de la justicia constitucional y la protección del patrimonio cultural y natural como un derecho cultural. En el trabajo se utilizaron las metodologías analítica, jurídica y descriptiva.

1 Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Profesor titular de Derecho en la Universidad Autónoma de Nuevo León. Investigador del Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminología de la Facultad de Derecho y Criminología de la misma Universidad. Investigador Nacional Nivel I CONACYT (SNI I). gerardorodriguezmx@yahoo.com.mx

1 - LA IMPORTANCIA DEL CONVENIO SOBRE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO MUNDIAL CULTURAL Y NATURAL DE 1972 PARA LOS DERECHOS CULTURALES

1.1 - EXCURSO SOBRE LA ORGANIZACIÓN DE LA UNESCO Y DERECHOS CULTURALES

El convenio sobre la protección del patrimonio mundial cultural y natural de 1972 fue aprobado en la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, mediante la decimoséptima reunión que celebrada en la ciudad de París del 17 de octubre al 21 de noviembre de 1972. El Convenio en cuestión fue aprobado por el Senado mexicano el 22 de diciembre de 1983 y promulgado en el Diario Oficial de la Federación el 2 de mayo de 1984.

Previamente la UNESCO fue constituida en Londres el día 16 de noviembre de 1945, mediante la Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, con lo cual el Organismo tenía el propósito establecido en el artículo I, Propósitos y funciones: “se propone contribuir a la paz y a la seguridad estrechando, mediante la educación, la ciencia y la cultura, la colaboración entre las naciones, a fin de asegurar el respeto universal a la justicia, a la ley, a los derechos humanos y a las libertades fundamentales que sin distinción de raza, sexo, idioma o religión, la Carta de las Naciones Unidas reconoce a todos los pueblos del mundo.”

Para realizar su finalidad como Organismo, que podemos resumir de acuerdo a su propio nombre: Educación, Ciencia y Cultura, claramente lo concerniente al patrimonio mundial, cultural y natural se fundamenta en el artículo I, numeral 2, inciso c) que establece: “Ayudará a la conservación, al progreso y a la difusión del saber: Velando por la conservación y la protección del patrimonio universal de libros, obras de arte y monumentos de interés histórico o científico, y recomendando a las naciones interesadas las convenciones internacionales que sean necesarias para tal fin; Alentando la cooperación entre las naciones en todas las ramas de la actividad intelectual y el intercambio internacional de representantes de la educación, de la ciencia y de la cultura, así como de publicaciones, obras de arte, material de laboratorio y cualquier documentación útil al respecto; Facilitando, mediante métodos adecuados de cooperación internacional, el acceso de todos los pueblos a lo que cada uno de ellos publique.”

De esta manera retomamos nuevamente el artículo I, de la Cons-

titución de la UNESCO, número 2, incisos a) y b), en los que se establecen otros propósitos y funciones de la UNESCO relacionados en efecto con los derechos culturales también con la protección del patrimonio mundial cultural y natural pero referidos los órganos de información para las masas, libre circulación de las ideas por medio de la palabra y la imagen, educación popular y difusión de la cultura, mediante las garantías y principios de actividades educativas, igualdad de posibilidades de educación para todos, no discriminación por raza, sexo, condición social o económica, formación integral de la infancia para las responsabilidades de la libertad. De acuerdo a estos propósitos y funciones y de los cuales alguno refiere como ideal, se observa que la intención de la Conferencia fue la de crear un Órgano consultivo, que actué recomendando, fomentando, colaborando, cooperando, instituyendo mediante el diálogo y la sugerencia con las naciones.

Por lo anterior es importante señalar que el precitado artículo I, en su numeral 3, la UNESCO declara claramente una distinción entre su jurisdicción y la jurisdicción interna de los Estado: “Deseosa de asegurar a sus Estados Miembros la independencia, la integridad y la fecunda diversidad de sus culturas y de sus sistemas educativos, la Organización se prohíbe toda intervención en materias que correspondan esencialmente a la jurisdicción interna de esos Estados.” De lo cual deriva una correspondencia con la naturaleza y el objeto de este Organismo internacional que es la obtener sus finalidades gradualmente y con cooperación de las naciones del mundo.

El artículo II de la Constitución de la UNESCO señala que los Estados miembros de las Naciones Unidas tienen derecho a formar parte de esa Organización. El Organismo también podrá integrarse por Estados no miembros de las Naciones Unidas previa recomendación del Consejo Ejecutivo de la UNESCO y con mayoría de dos tercios de votos de la Conferencia General y también se integra por miembros asociados que son aquellos territorios o grupos de territorios que no asuman por sí mismos la responsabilidad de la dirección de sus relaciones exteriores podrán ser admitidos en calidad de Miembros Asociados.

La admisión de los Estados no miembros de Naciones Unidas se realizará de conformidad con lo establecido en el artículo X de la Constitución de la UNESCO sobre Relaciones con las Naciones Unidas. En este artículo se regula la vinculación que tiene la UNESCO como organismo especializado de Naciones Unidas. Estableciendo el procedimiento de vinculación, los requisitos del Acuerdo concertado con las Naciones Unidas para realizarse con arreglo a los artículos 57 y 63 de la Carta de

Naciones Unidas, consagrando en su constitución y en el acuerdo la autonomía de la UNESCO en la esfera de su competencia.

En lo que respecta a los miembros asociados estos podrán ser admitidos por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes y votantes de la Conferencia General, los territorios o grupos de territorios pueden solicitar su admisión, así como un Estado miembro o cualquier autoridad que ostente la responsabilidad de la dirección de las relaciones exteriores de esos territorios o grupos de territorios. Además la Conferencia General tiene la facultad de determinar la naturaleza y el alcance de los derechos y de las obligaciones de los Miembros Asociados.

La organización de la UNESCO se integra por una Conferencia General, un Consejo Ejecutivo y una Secretaría de acuerdo a lo dispuesto por la regulación del artículo III- Órganos. En el artículo IV referente a la Conferencia General la cual se encuentra constituida por los representantes de los Estados miembros de la Organización y entre sus funciones se encuentra la señalada en el Apartado B, número 2.- que señala que la “Conferencia General determinará la orientación y la línea de conducta general de la organización.”, también “decidirá acerca de los programas que le sean sometidos por el Consejo Ejecutivo”.

El artículo V dispone de la composición y funciones del Consejo Ejecutivo. El Consejo Ejecutivo es elegido por la Conferencia General y se compone por 58 estados miembros. De las funciones del Consejo Ejecutivo destaca que es el órgano encargado de preparar el orden del día de las reuniones de la Conferencia General; examinar el programa de trabajo de la Organización y el correspondiente proyecto de presupuesto, presentados por el Director General, de conformidad con el párrafo 3 del Artículo VI, y los someter todo lo anterior con las recomendaciones que estime convenientes, a la Conferencia General.

Además actuando bajo la autoridad de la Conferencia General, es responsable ante ésta de la ejecución del programa aprobado por la Conferencia General y tomará todas las disposiciones necesarias para asegurar la ejecución eficaz y racional del programa por el Director General.

También tiene facultades para ejercer ante las Naciones Unidas las funciones de asesoramiento previstas en el párrafo 5 del Artículo IV, a condición de que la cuestión que motive la consulta haya sido tratada en principio por la Conferencia General o que su solución estuviese implícita en decisiones de la Conferencia. Lo anterior entre dos reuniones ordinarias de la Conferencia General.

También tiene facultades de recomendar a la Conferencia General la admisión de nuevos miembros en la Organización; adoptar su propio

Reglamento y elegirá su mesa de entre sus miembros, (a reserva de lo que decidiera la Conferencia General); celebrar al menos cuatro reuniones ordinarias por bienio y podrá celebrar reuniones extraordinarias si las convoca el Presidente, ya sea por iniciativa propia o a petición de seis Miembros del Consejo; presentar por conducto del Presidente del Consejo Ejecutivo a la Conferencia General, en cada una de sus reuniones ordinarias, con o sin comentarios, los informes sobre las actividades de la Organización que el Director General debe preparar con arreglo a las disposiciones del apartado b del párrafo 3 del Artículo VI; tomar las disposiciones pertinentes para consultar a los representantes de las organizaciones internacionales o a personalidades competentes que se ocupen de asuntos de la incumbencia del Consejo; pedir a la Corte Internacional de Justicia opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que se planteen en la esfera de las actividades de la Organización y ejercer las facultades que le delegue la Conferencia General en nombre de la Conferencia en su conjunto.

El tercer órgano señalado en el artículo VI es la Secretaría. La cual se compone por un Director General y del personal que se estime necesario. El Director General o su sustituto por él designado, tiene las funciones de participar, con voz y sin voto, en todas las reuniones de la Conferencia General, del Consejo Ejecutivo y de las comisiones de la Organización; formular proposiciones acerca de las medidas que hayan de tomar la Conferencia y el Consejo Ejecutivo, y preparar para su presentación al Consejo un proyecto de programa de trabajo de la Organización, acompañado del proyecto de presupuesto correspondiente.

También el Director General tiene las funciones de preparar informes periódicos sobre las actividades de la Organización y los transmitirá a los Estados Miembros y al Consejo Ejecutivo. El artículo señala que las responsabilidades del Director General y del personal son de carácter exclusivamente internacional.

1.2 - ASPECTOS DEL CONVENIO SOBRE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO MUNDIAL CULTURAL Y NATURAL DE 1972

En la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural 1972, la Conferencia General de la UNESCO refirió el objeto de la UNESCO que es pertinente para la celebración del presente Convenio: “Teniendo presente que la Constitución de la UNESCO estipula que la Organización ayudará a la conservación, al progreso y a la difusión del saber, velando por la conservación y la protección del pa-

patrimônio universal, y recomendando a los interesados las convenciones internacionales que sean necesarias para ese objeto”.

Refirió también que existe un marco normativo previo consistente en convenciones, recomendaciones y resoluciones internacionales en favor de los bienes culturales y naturales, todos los cuales demuestran la importancia que tiene para todos los pueblos del mundo la conservación de esos bienes únicos e irremplazables de cualquiera que sea el país a que pertenezcan. Señalado de ese modo deviene que la necesidad de celebrar un Convenio internacional con un objeto consistente en la protección del patrimonio mundial cultural y natural deviene de que el Organismo constató desafortunadamente la existencia de riesgos y amenazas: “Constatando que el patrimonio cultural y el patrimonio natural están cada vez más amenazados de destrucción, no sólo por las causas tradicionales de deterioro sino también por la evolución de la vida social y económica que las agrava con fenómenos de alteración o de destrucción aún más temibles.”

Los grandes ejes temáticos de la Convención son dos clases de patrimonio: patrimonio cultural y patrimonio natural. De la explicación en el primer apartado del presente artículo inferimos que del objeto de la UNESCO derivan las funciones que ejercen sus órganos consistentes en cooperar y colaborar con las jurisdicciones nacionales para fomentar, proteger y conservar los aspectos que son pertinentes a los objetos del Organismo, consecuentemente en materia de protección del patrimonio mundial, cultural y natural.

El artículo primero señala que para efectos de la Convención se considera “patrimonio cultural”, monumentos, conjuntos y lugares con las siguientes características:

Los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia, Los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia, Los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico.

El artículo segundo señala que para efectos de la Convención se considera “patrimonio natural”: Los monumentos naturales constituidos

por formaciones físicas y biológicas o por grupos de esas formaciones que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico; las formaciones geológicas y fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies animal y vegetal amenazadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico, y los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural.

Como los Contratos jurídicos suelen conllevar diversas disposiciones relativas a facultades y obligaciones. En el caso de los Estados parte, el artículo tercero señala que incumbirá a cada Estado parte identificar y delimitar los diversos bienes situados en su territorio y mencionados en los artículos 1 y 2, es decir a efecto de distinguir cuales bienes de su territorio consisten en patrimonio cultural y cuales son patrimonio natural.

La obligación primordial respecto de la identificación, protección, conservación, rehabilitación y transmisión a las generaciones futuras del patrimonio cultural y natural situado en los territorios incumbe a los Estados. Esta obligación se encuentra consagrada en el artículo 4 de la Convención, para cumplir ese objeto el precitado artículo dispone que cada Estado parte “procurará actuar con ese objeto por su propio esfuerzo y hasta el máximo de los recursos de que disponga”, y de ser el caso podrá actuar y beneficiarse de la asistencia, la cooperación internacionales, sobre todo en los aspectos financiero, artístico, científico y técnico.

El artículo 5 de la Convención dispone las actividades que los Estados partes tienen para el desarrollo de sus obligaciones en materia de protección del patrimonio cultural y natural:

- a) Adoptar una política general encaminada a atribuir al patrimonio cultural y natural una función en la vida colectiva y a integrar la protección de ese patrimonio en los programas de planificación general;
- b) Instituir en su territorio, si no existen, uno o varios servicios de protección, conservación y revalorización del patrimonio cultural y natural, dotados de un personal adecuado que disponga de medios que le permitan llevar a cabo las tareas que le incumban;
- c) Desarrollar los estudios y la investigación científica y técnica y perfeccionar los métodos de intervención que permitan a un Estado hacer frente a los peligros que amenacen a su patrimonio cultural y natural;
- d) Adoptar las medidas jurídicas, científicas, técnicas, administra-

tivas y financieras adecuadas, para identificar, proteger, conservar, revalorizar y rehabilitar ese patrimonio; y
e) Facilitar la creación o el desenvolvimiento de centros nacionales o regionales de formación en materia de protección, conservación y revalorización del patrimonio cultural y natural y estimular la investigación científica en este campo.

Respecto de las obligaciones de los Estados partes del Convenio para garantizar la protección y conservación eficaces del patrimonio cultural y natural situado en sus territorios destacamos que deben diseñarse políticas públicas para que la protección del patrimonio natural y cultural y así el patrimonio cultural y natural cumpla una función para la vida colectiva de las naciones. Integrando estas políticas a los programas de planificación de los países. Instituir servicios de identificación, protección, conservación, rehabilitación, revalorización del patrimonio cultural y natural, análisis de riesgos para el patrimonio cultural y natural y fomento de la investigación científica en todos los aspectos del patrimonio cultural y natural y de sus servicios.

La Convención por lo tanto es consciente de la soberanía y jurisdicción de los Estados parte sobre su patrimonio natural y cultural, pero introduce el concepto de un patrimonio universal que sea posible mediante la cooperación de la comunidad internacional, las condiciones y modalidades de la asistencia internacional (artículos 19-26), con lo cual constituye un sistema de protección internacional del patrimonio cultural y natural complementario de la protección nacional de los patrimonios naturales y culturales. Este sistema se encuentra descrito en el artículo 7 de la Convención que menciona que el sistema de cooperación y asistencia internacional se establece para secundar a los Estados Partes en la Convención en los esfuerzos que despliegan para conservar e identificar el patrimonio natural y cultural.

De ser así interpretamos los artículos 1, que se refieren al patrimonio cultural y 3 que refiere que a los Estados partes les incumbe identificar los bienes mencionados en el citado artículo, ambos de la Convención comentando que existen monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos; conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas y lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza, lugares arqueológicos, que como patrimonio cultural aun cuando estén situados e identificados en territorios de los Estados partes sin perjuicio de los derechos

reales previstos por la legislación nacional sobre ese patrimonio constituyan patrimonio cultural universal (artículo 6) digna de ser protegida por la comunidad internacional mediante asistencia internacional, según la describe el artículo 7 de la Convención como un elemento dentro del sistema de protección internacional del patrimonio natural y cultural.

Asimismo interpretamos que los artículos 2, que se refieren al patrimonio natural y 3 que refiere que a los Estados partes les incumbe identificar los bienes mencionados en el citado artículo, ambos de la Convención comentando que existen bienes, monumentos naturales, formaciones geológicas y fisiográficas y zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies animal y vegetal amenazadas, lugares naturales o las zonas naturales que como patrimonio natural aun cuando estén situados e identificados en territorios de los Estados partes sin perjuicio de los derechos reales previstos por la legislación nacional sobre ese patrimonio constituyan patrimonio natural universal (artículo 6) digna de ser protegida por la comunidad internacional mediante asistencia.

Señala el artículo 6, fracción 2 que al constituirse un patrimonio universal procede la cooperación internacional si lo pide el Estado en cuyo territorio este situado patrimonio cultural y natural que de conformidad al artículo 11, fracción 2, sea de valor universal excepcional según los criterios establecidos en la Lista del Patrimonio Mundial establecida y publicada por el Comité del Patrimonio Mundial. Para lo cual los Estados partes deberán actuar para identificar, proteger, conservar y revalorizar el patrimonio cultural y natural de conformidad a lo establecido en el artículo 11, fracción 1 que dispone que cada uno de los Estados Partes de la Convención deberá presentar al Comité del Patrimonio Mundial, de acuerdo a sus posibilidades, un inventario de los bienes del patrimonio cultural y natural situados en su territorio y aptos para ser incluidos en la Lista del Patrimonio Mundial, si lo pide el Estado en cuyo territorio esté situado.

El artículo 11, fracción 3 mandata la obligación de los Estados partes de no adoptar deliberadamente ninguna medida que pueda causar daño, directa o indirectamente, al patrimonio cultural y natural descritos en los artículos 1 y 2 de la Convención ubicado en el territorio de otros Estados Partes en esta Convención.

Para el fortalecimiento del sistema de protección internacional del patrimonio cultural y natural mediante la Convención se creó un Comité intergubernamental de protección del patrimonio cultural y natural de valor universal excepcional, denominado “el Comité del Patrimonio Mundial”, (título III de la Convención), el cual se integra por 15 Estados Partes en la

Convención, elegidos por los Estados Partes en ella, constituidos en Asamblea General durante las reuniones ordinarias de la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. La Convención estableció que el número de Estados Miembros del Comité aumentaría hasta 21, a partir de la reunión ordinaria de la Conferencia General siguiente a la entrada en vigor de la presente Convención en 40 o más Estados (artículo 8). Ya mencionamos una función importantísima del Comité que es llevar y publicar la Lista del patrimonio mundial, también tiene funciones se establecieron en el artículo 13 relativas a su papel en la asistencia internacional, utilización de los recursos del fondo para la protección del patrimonio mundial cultural y natural entre otros.

De conformidad con las obligaciones de los Estados partes de protección y conservación del patrimonio cultural natural situado en sus territorios establecidas en el artículo 5 de la Convención y que ya mencionamos anteriormente se desprende que la protección del patrimonio cultural y natural se encuentra interrelacionada con los derechos culturales como los derechos de la persona humana de acceso y participación en la cultura y los bienes y servicios culturales, de disfrute de las creaciones artísticas o expresiones de la diversidad cultural como elemento para el desarrollo de su personalidad; porque la cultura se expresa por instituciones creadas por el hombre de disfrute estético como el arte y la naturaleza que es apreciada también por el arte e investigada empíricamente por la ciencia. Entender a la naturaleza y el arte es entender la naturaleza del hombre. Por eso la Convención tiene el objeto de que la protección del patrimonio cultural y natural llevado a cabo como política pública pueda desempeñar una función en la vida colectiva de cada Estado parte, de conformidad con el artículo 5. a).

2 - LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE DERECHOS HUMANOS DE 2011 Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Desde la reforma constitucional del 8 de marzo de 2011 el título primero de la Constitución mexicana se denomina “De los derechos humanos y sus garantías”. El artículo 1 que fue objeto de la mencionada reforma refrenda el principio de igualdad, introduce el bloque de constitucionalidad, el principio de interpretación conforme, el control de la convencionalidad, y los principios de la prohibición de la esclavitud y de no discriminación.

El principio de igualdad es el cimiento de una justicia constitucional conforme a los estándares de los derechos humanos porque la Constitución indica en el primer párrafo del artículo primero que “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los Tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”, no limita el goce y ejercicio de los derechos humanos y sus garantías a los mexicanos, es decir a la condición de la ciudadanía, sino que el ejercicio está limitado solo en función de lo ya mencionado: “casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”, por eso la igualdad es un principio esencial para el Estado de derecho.

El artículo 1 de la Constitución mexicana establece en su primer párrafo que todas las personas en México gozarán de los derechos humanos y garantías de protección contemplados en la Constitución y en aquellos tratados internacionales que el Estado mexicano haya reconocido mediante el debido procedimiento de ratificación, con lo que establece el control de convencionalidad y el bloque de constitucionalidad. En el mismo artículo el constituyente reformador estableció el ejercicio de los derechos humanos no podrá ser restringido o suspendido salvo en los casos y condiciones que la propia norma Constitucional establezca, limitaciones que en su caso pueden materializarse por los estándares que se arguyan como limitaciones de los derechos humanos, o en su caso, por medio de la institución constitucional de Estado de excepción, referimos al artículo 29 constitucional.

Además tenemos en el segundo párrafo del artículo primero se constitucionaliza el principio de interpretación conforme al establecer que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Si el segundo párrafo establece el principio de interpretación conforme, el tercer párrafo de la Constitución mexicana vincula a todas las autoridades del Estado mexicano a ejercer una política de derechos humanos (Canto Chac, M., 2013) mediante la obligación de promover, proteger, respetar y garantizar derechos humanos que tienen todas las autoridades mexicanas para que en el ámbito de sus competencias, estas obligaciones deben realizarse en atención a cuatro principios: principio de universalidad, principio de indivisibilidad, principio de interdependencia y principio de progresividad. De estas obligaciones se desprenden otras obligaciones/deberes del Estado referidas a violaciones de derechos humanos: de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, de acuerdo a los términos establecidos por la legisla-

ción (Serrano S, Vázquez D., 2014).

La interpretación conforme, el control de convencionalidad y el bloque constitucionalidad son herramientas hermenéuticas que deben atender en todo tiempo a los principios de universalidad, interdependencia, progresividad e indivisibilidad consagrados en el tercer párrafo del artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

3 - JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La justicia constitucional es un gran tema de la Constitución que desde el punto de vista de su estudio, consiste en las instituciones, procedimientos y principios que la Constitución formal y material han ido diseñando y ejerciendo para el control y la restauración del orden constitucional. De su evolución como técnica se desprende que los medios anteriores se conviertan en garantías constitucionales que desde el punto de vista de la justicia formal son generalmente medios de defensa en sede jurisdiccional.

La justicia constitucional se integra por actos de control que a la luz del principio de separación de poderes ejercida por el Poder Judicial del Estado en el caso de México, el Poder Judicial de la Federación para la Constitución Federal, y por tener una forma de Estado Federal en México también existen normas constitucionales locales, órdenes constitucionales que requieren de sistemas de justicia constitucional para el ámbito local. Esta realidad constitucional deriva del principio orgánico de la distribución del poder que caracteriza a los Estados constitucionales que buscan el modelo liberal (Loewenstein, 1979). Por eso los actos de los órganos constitucionales locales y federales se encuentran está supeditado a diferentes clases de control constitucional. La Justicia Constitucional intenta responder a estos problemas complejos para el Orden constitucional de un país que sea con forma federal o centralizada tiene que hacer frente a una distribución del poder político y por ende de las leyes que fundamentan la actuación de esa persona que es el Estado.

Las instituciones de control constitucional tienen entre sus principales modelos el sistema estadounidense de control judicial de la constitucionalidad de las leyes, aunque la justicia constitucional no abarca únicamente a las clasificaciones o medios jurisdiccionales de control y defensa de la Constitución, si bien nos enfocaremos en una introducción sobre el control constitucional por órgano jurisdiccional, como instituto dentro del sistema de justicia constitucional mexicana

tiene como objetivo prevenir, sancionar, tutelar y proteger los derechos humanos reconocidos en la Constitución (Fix-Zamudio, 1998), y que esto concierne para la protección del patrimonio mundial, cultural y natural y los derechos culturales.

El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece el principio de supremacía constitucional, que aunque reinterpretado a la luz de las reformas constitucionales de derechos humanos del año 2011, mencionadas es el fundamento del control de la constitucionalidad. Refrendado por el Constituyente de 1917, el principio de supremacía constitucional es esencial para el sistema jurídico porque indica además de la tradicional postura de la jerarquía del ordenamiento jurídico que la validez del ordenamiento jurídico proviene de las normas constitucionales (Fix-Zamudio, 1998). Es innecesario señalar la raigambre del constitucionalismo estadounidense y británico del principio basta señalar que el principio en cuestión es esencial para el Estado constitucional contemporáneo.

Resumiremos los aspectos más notables de su operación. Desempeña un papel de control para la forma de Estado federal puesto que de su interpretación deriva el campo de aplicación del control judicial para resolver las controversias que se susciten en las relaciones entre el Poder central y las entidades federativas. En base a lo anterior, el principio de supremacía constitucional tiene varios aspectos:

a) Aspecto de jerarquía, es decir de la posición que tiene la Constitución en el ordenamiento jurídico y la subordinación de las normas comunes federales y locales.

b) La Constitución detalla un ámbito de competencia propio y los Estados no pueden aprobar en el marco de su autonomía normas constitucionales locales o secundarias que contravengan el pacto federal.

c) La Constitución es una norma vinculante.

d) Toda interpretación debe realizarse en conformidad al texto y sentido de la Constitución.

e) El principio de supremacía constitucional está estrechamente relacionado con el principio del procedimiento dificultado de reforma, porque como explica Héctor Fix-Zamudio el segundo principio se origina por el primero, porque si se les diera a las normas constitucionales un trato en su expedición o reforma similar al que tienen las ordinarias se menoscabaría el carácter supremo (el principio en comentario) que tienen las normas constitucionales (Fix-Zamudio, 1998). El procedimiento de reforma puede ser para constituciones rígidas o flexibles además de

otro carácter que se puede asumir en el procedimiento de reforma y que consiste en la expresa prohibición de reforma o modificación a ciertos valores supremos que prescribe la constitución (Fix-Zamudio, 1998).

En la reforma se constitucionalizaron varias instituciones de protección de los derechos humanos que tienen un gran impacto para el sistema mexicano de justicia constitucional, las mencionamos nuevamente: la constitucionalización del control de convencionalidad, el principio de interpretación conforme, bloque de constitucionalidad, el principio propersona, vinculación a todas las autoridades a la Constitución y a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por México, obligaciones del Estado mexicano en materia de protección y garantía de los derechos humanos, los principios hermenéuticos de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Estas reformas son especialmente relevantes para la institución del juicio de amparo, institución relevante para el sistema de justicia constitucional de nuestro país como garantía de defensa de los derechos humanos del gobernado, lo cual se refleja mediante las posteriores reformas legales de leyes secundarias de esta institución en los años 2011 y 2013.

El control de la regularidad constitucional de las normas constitucionales y de los actos de los poderes públicos es competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los términos que la Constitución y la ley reglamentaria establecen para la regulación de los procesos constitucionales de controversia constitucional y de acción de inconstitucionalidad.

Por lo que hace a los procesos constitucionales de controversia constitucional y de acción de inconstitucionalidad se trata efectivamente de otro aspecto que estudia el Derecho procesal, en el que tenemos garantías constitucionales que adscritas al ámbito federal son de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, puesto que funcionan como garantías constitucionales del sector de defensa de la Constitución. El artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer y resolver controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.

El sistema de justicia constitucional mexicano es *sui generis* por la competencia que se atribuye a los Tribunales federales para conocer y resolver del juicio de amparo (artículos 103 y 107), lo cual implica un control difuso del que participan los tribunales federales, y en lo que claramente debemos distinguir como el control de constitucionalidad que ejerce el Poder Judicial de la Federación mediante

la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales federales al ser competentes en materia de juicio de amparo (tomando en cuenta que el juicio de amparo conoce del conflicto de competencias). Además la Suprema Corte de Justicia de la Nación es la única instancia competente para resolver una declaratoria general de inconstitucionalidad (artículo 107, fracción II, párrafos 3 y 4).

El principio de supremacía constitucional en sus orígenes inició como la aplicación de la doctrina de la supremacía constitucional como una técnica de control de la constitucionalidad de las leyes según se desarrolló por primera vez en la célebre sentencia *Marbury vs. Madison* (1803), en la cual el juez Marshall para afirmar definitivamente la competencia de la Corte para resolver la constitucionalidad de las leyes interpretó el principio dispuesto en el artículo VI de la Constitución estadounidense su razonamiento fue que la Corte si tenía competencia para examinar la constitucionalidad de una ley y que si la ley es contraria a la Constitución debe prevalecer la norma constitucional. Con esto asentó el carácter de la Corte como máximo intérprete de la constitución, aunque en la sentencia se declaró competente solo para examinar la ley declarando nula la ley y dejándola sin vigencia. Posteriormente el principio fue desarrollando jurisprudencialmente la doctrina de la supremacía constitucional para fundamentar la revisión de la constitucionalidad de las leyes mediante diversos fallos de la Suprema Corte de Justicia Federal (Fix-Zamudio, 1998).

Ahora bien, es indudable que con la globalización la evolución de las técnicas y procedimientos de la justicia constitucional no han sido ajenas a las transfiguraciones del Estado y de la Constitución y esto concierne al principio de supremacía constitucional el cual debe estudiarse y aplicarse atendiendo a principios del Estado constitucional en la época de los derechos humanos y de los convenios internacionales, como el principio de interpretación conforme, el control de convencionalidad y el bloque de constitucionalidad. Estos aspectos tienen que ver con una redefinición de la soberanía que no hacen que el principio de supremacía constitucional sea desfasado para la vigencia de la justicia constitucional, sólo que permiten entender el papel que las nuevas técnicas hermenéuticas constitucionales tienen para la protección de los derechos humanos, como los derechos culturales relacionados con la Convención y que derivan de compromisos asumidos por el Estado mexicano.

En este orden de ideas realizaremos unas reflexiones sobre el control de convencionalidad, el principio de interpretación conforme y el bloque de constitucionalidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se refirió expresamente al control de convencionalidad en su jurisprudencia en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. El párrafo de la sentencia en la que la Corte utilizó la expresión es el siguiente:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, 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.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos realiza un control de convencionalidad en base a su competencia que puede ser consultiva o contenciosa (Ferrer Mac-Gregor, 2011). Como explica Eduardo Ferrer Mac-Gregor la Corte Interamericana en sede internacional realiza un control de convencionalidad de carácter concentrado cuando examina el acto de violación en base a las normas de derechos humanos establecidas en el Pacto San José, así como de sus protocolos adicionales. De esta manera podemos indicar que la Corte Interamericana tiene competencia para ejercer un control de convencionalidad en sede internacional en los casos contenciosos (Ferrer Mac-Gregor, 2011). Esta competencia es denominada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor control concentrado de convencionalidad (Ferrer Mac-Gregor, 2011).

Desde el punto de vista que expresó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso *Almonacid Arellano vs. Chile* el control de convencionalidad consiste en un control que ejerce el poder judicial para verificar la compatibilidad de las normas internas con la Convención Americana de Derechos Humanos, su legitimidad radica en que el tratado internacional debe haber sido firmado y ratificado por el Estado-parte, en ejercicio de su soberanía, cuando los jueces internos

realizan un control de convencionalidad extienden su ámbito de control dentro del sistema de fuentes a los tratados internacionales, en ese tenor, el párrafo segundo del artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”. El Juez interamericano Eduardo Ferrer Mac-Gregor denomina a esta dimensión del control de convencionalidad: “control difuso de convencionalidad” (Ferrer Mac-Gregor, 2011).

No obstante, el concepto de control de la convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha evolucionado para tener un alcance amplio como obligación de toda las autoridades públicas, que es el que se corresponde con el sentido completo que tiene el tercer párrafo del artículo 1 constitucional que vincula todas las autoridades a los derechos humanos, aunque en nuestro trabajo nos interesa particularmente la característica del control de convencionalidad que refiere a la facultad de los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia de ejercer *ex officio* control de convencionalidad de las normas internas conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Evidentemente que el control de convencionalidad apareja la cuestión de la realización del control de convencionalidad en el ámbito interno, lo cual conlleva a otras cuestiones como la propia eficacia interpretativa del principio, este aspecto de hecho tiene mucha relación con el análisis que nos ocupa en este apartado y que consiste en la relación entre los principios de supremacía constitucional y control de convencionalidad.

Por otra parte, la otra dimensión del control de convencionalidad que doctrinalmente se ha denominado como control difuso de convencionalidad porque según lo expresa Eduardo Ferrer Mac-Gregor en la sentencia del caso *Almonacid Arellano vs. Chile* el pleno de la Corte Interamericana utiliza por primera vez la expresión control de convencionalidad pero con una dimensión diferente que hacía referencia al carácter difuso porque enfatizaba que su jurisprudencia estaba revestida de una fuerza expansiva que vinculaba a los jueces de los Estados que han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana (Ferrer Mac-Gregor, 2011).

Los otros institutos que merecen una explicación por su relevan-

cia para la vigencia del sistema de justicia constitucional mexicano son el principio constitucional hermenéutico de interpretación conforme y el bloque de constitucionalidad.

Para Eduardo Ferrer Mac-Gregor el bloque de constitucionalidad puede conformarse al incorporar en las constituciones nacionales derechos humanos que provienen del derecho internacional. Inferimos del autor en comentario que el bloque puede servir como parámetro de control de la constitucionalidad de las leyes y también como control de los actos que violen derechos humanos. El bloque de constitucionalidad se conforma además por la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, principios o criterios hermenéuticos consagrados en textos convencionales como el Pacto San José. El bloque de constitucionalidad para su uso puede ser establecido expresamente en la Constitución, puede ocurrir que algunos ordenamientos constitucionales contemplen cláusulas abiertas o cláusulas “de conformidad” con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, pero claramente requiere ser empleado por los jueces estatales (Ferrer Mac-Gregor, 2011).

El principio de interpretación conforme como principio hermenéutico ha sido consecuencia de la ampliación del bloque de constitucionalidad (Ferrer Mac-Gregor, 2011), por lo que su aplicación y estudio se desprenden del mismo. En la Constitución mexicana se encuentra establecido expresamente en el segundo párrafo del artículo 1º: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la interpretación más amplia.”

Al ser un principio que permite a las autoridades estatales, especialmente a los jueces interpretar los derechos de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos signados por los Estados-partes se convierte en una técnica operativa que permite que el juez pueda ejercer un control de convencionalidad que se va a ver reflejado en su sentencia y por lo tanto puede constituir jurisprudencia o doctrina judicial, es decir que se va integrando a las fuentes del derecho y a la función que tiene el bloque de constitucionalidad en un Estado constitucional como un parámetro que refiere a la jerarquía que la Constitución designa a la normas del ordenamiento jurídico, aquellas expresamente establecidas y las normas, principios o valores que son materialmente constitucionales como los estándares de derechos humanos (Rodríguez Manzo, G, Arjona Estévez, J.C., Fajardo Morales, Z., 2013).

El principio de interpretación conforme funciona como una

técnica interpretativa para interpretar decidir la compatibilidad entre dos o más normas, interpretar si la norma jerárquicamente inferior es conforme a una norma superior. El principio también designa los contenidos de las normas constitucionales (Rodríguez Manzo, G, Arjona Estévez, J.C., Fajardo Morales, Z., 2013).

El primer objeto de la interpretación conforme es una técnica interpretativa que tiene por objeto interpretar las normas de derechos humanos. El segundo objeto de la interpretación conforme es funcionar como una dirección de ajuste entre las fuentes que el ordenamiento reconoce constituyendo la Constitución y los tratados internacionales de la materia, por supuesto que de derechos humanos, el parámetro de interpretación conforme. El tercer objeto consiste direccionar el razonamiento del intérprete mediante el principio pro persona para obtener una decisión que más favorezca a las personas (Rodríguez Manzo, G, Arjona Estévez, J.C., Fajardo Morales, Z., 2013).

Lo relevante del principio de interpretación conforme es que su aplicación conlleva a que el intérprete interprete y decida en base a un parámetro conformado por el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico que la Constitución designa como institución, lo anterior ocurre cuando la Constitución incluye expresamente una cláusula de interpretación conforme que designa sus alcances, órganos, formas y vías institucionales de aplicación (Rodríguez Manzo, G, Arjona Estévez, J.C., Fajardo Morales, Z., 2013). El principio en cuestión es muy relevante en términos de razonamiento judicial porque implica además de identificar las disposiciones constitucionales o convencionales que serán el parámetro respecto de la norma objeto de interpretación conforme también implica la finalidad de hacer compatible con el parámetro de conformidad el contenido de la norma que se interpreta conforme para inaplicar o direccionar la preferencia del intérprete hacia la opción que más favorezca a la persona (Rodríguez Manzo, G, Arjona Estévez, J.C., Fajardo Morales, Z., 2013).

Finalmente en materia de derechos culturales el artículo 4 de la Constitución mexicana en su decimosegundo párrafo establece: Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.”

El patrimonio es cultura y es naturaleza y su protección requiere de la ciencia y actividades de conservación (Bustamante Danilo J., 2017) y precisamente el fundamento constitucional del derecho a la cultura se encuentre en el mismo artículo que fundamenta el derecho al medio ambiente sano (párrafo quinto), en este tenor la Tesis aislada del año 2013 emitida por el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimoséptimo distrito que al rubro indica:

MEDIO AMBIENTE SANO. SU RELACIÓN CON EL DESARROLLO SUSTENTABLE Y OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE INTERVIENEN EN SU PROTECCIÓN.

Los principios 2, 3, 4, 7 y 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, surgida de la Conferencia de las Naciones Unidas reunida en Río de Janeiro, Brasil, del 3 al 14 de junio de 1992, así como el informe Brundtland en materia de desarrollo sostenible, brindan herramientas que permiten establecer la incorporación intrínseca de la sustentabilidad en el contexto del derecho humano a un medio ambiente sano, reconocido en el artículo 4o., párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sobre un marco económico y social del desarrollo. Así, el principio constitucional de protección al medio ambiente sano y la obligación de garantizar su pleno ejercicio, conllevan incorporar un entendimiento central del concepto de sustentabilidad ecológica con trascendencia jurídica, a fin de garantizar la utilización de los recursos naturales para las generaciones presentes y futuras, en la inteligencia de que su importancia vital radica en evitar su deterioro, como una condición necesaria para el disfrute de otros derechos fundamentales. En consecuencia, la obligación del Estado de proteger dicha prerrogativa y disponer que sus agentes garanticen su respeto, implica compaginar metas fundamentales entre el desarrollo económico y la preservación de los recursos, mediante el desarrollo sustentable, que persigue el logro de los objetivos esenciales siguientes: (i) la eficiencia en la utilización de los recursos y el crecimiento cuantitativo; (ii) la limitación de la pobreza, el mantenimiento de los diversos sistemas sociales y culturales y la equidad social; y, (iii) la preservación de los sistemas físicos y biológicos –recursos naturales, en sentido amplio– que sirven de soporte a la vida de los seres humanos, con lo cual se tutelan diversos derechos inherentes a las personas, como los relativos a la vida, la salud, la alimentación y al agua, entre otros.

La sustentabilidad ecológica tiene impacto jurídico porque garantiza la utilización de los recursos naturales pensando en las generaciones futuras. el principio constitucional de protección al medio ambiente sano y la obligación de garantizar su pleno ejercicio son condiciones indispensables para el disfrute de otros derechos fundamentales la tesis menciona derechos a la vida, la salud, alimentación, agua y agregamos que también la sustentabilidad, el medio ambiente, la utilización natural de los recursos es indivisible de los derechos culturales, porque las personas merecen beneficiarse de valores que les permitan disfrutar del arte, la historia, la ciencia, de los valores excepcionales que el hombre ha construido con su historia cultural y patrimonial para legarlo a las generaciones futuras.

Conclusión: Patrimonio cultural y natural como derecho cultural, agenda para la justicia constitucional.

El tema que se pretende analizar en el presente trabajo es la relación entre El Convenio sobre la protección del patrimonio mundial cultural y natural de 1972 en relación con una justicia constitucional mexicana que proteja derechos culturales. El tema de la protección nacional e internacional del patrimonio cultural y natural tiene importancia porque la protección de ese patrimonio es en función de su importancia como valor universal excepcional.

Así existen dos grandes ejes temáticos que son el patrimonio cultural y natural. Además la Convención establece un sistema internacional de protección del patrimonio cultural y natural complementario y respetuoso de la jurisdicción nacional de los Estados en materia de su patrimonio.

Desde la reforma constitucional en materia de derechos humanos del año 2011, los derechos humanos, como los derechos culturales se convierten en una política constitucional que puede tener un alcance más universalista para que México pueda cumplir con sus obligaciones internacionales en la materia y conseguir protección y conservación eficaces del patrimonio con una función en la vida colectiva del país que involucre a la sociedad en tareas y actividades de preservación y sustentabilidad de su entorno para beneficio de las generaciones futuras.

REFERENCIAS

Bustamante Danilo, J., *Caminos de la memoria. Patrimonio y derechos humanos en las tramas de reparación y reivindicación*, Van Geert, F., Roigé, X., Conget, Lucrecia, (Coords.), Barcelona: Universitat de Barcelona, 2017. ISBN: 978-84-475-4044-0

Canto Chac, M., *Políticas públicas y derechos humanos*, Ariadna Estévez, Vázquez, Daniel, (Coord.), México: Flacso, 2013. ISBN: 978-607-7629-38-2

Ferrer Mac-Gregor, E., *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad El nuevo paradigma para el juez mexicano*, Carbonell, Miguel, Salazar Ugarte, Pedro (Coords.), México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011. ISBN 9786070227691

Fix-Zamudio, H., *Introducción al estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Corte Constitucional de Guatemala, 1998. ISBN 968-36-6665-5

Loewenstein, Karl, *Teoría de la constitución*, (Trad.) Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ariel, 1979. ISBN: 9788434417922

Rodríguez Manzo, G., Arjona Estévez, J.C., Fajardo Morales, Z., *Bloque de constitucionalidad en México*, México: SCJN, OACNUDH, CDHDF. 2013, ISBN: 978-607-468-547-3

Serrano, Sandra, Vázquez, Daniel, *Los derechos en acción Obligaciones y principios de los derechos humanos*, México: FLACSO México, 2014, ISBN: 978-607-9275-30-3.

IDENTIDADE, MULTICULTURALISMO, INTERCULTURALIDADE: A NECESSIDADE DE UMA CONSTITUIÇÃO INTERCULTURAL

RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER¹

1 - INTRODUÇÃO

As grandes transformações ocorridas na sociedade local, ocasionadas pelas mudanças globalizantes, provocam uma ruptura no modo de ser, de agir e de pensar dos indivíduos, dando início a uma busca pelo sentido da vida.

A interferência da globalização nos campos político, econômico e cultural dos Estados, torna o processo ainda mais dinâmico e perverso. Ou seja, ele cerca o indivíduo em todas as dimensões da esfera nacional. No plano político, age sobre a autonomia decisória dos Estados nacionais, acarretando a fragilização do poder soberano, fazendo com que se tornem reféns do capital externo; no âmbito econômico, interfere no processo de concentração de renda, consequentemente um dos maiores problemas na atualidade; no campo cultural, atua no sentido da padronização das culturas, homogeneizando as identidades e suplantando as diferenças e a alteridade.

A perda das identidades nacionais e, consequentemente, a fragilização das culturas em âmbito nacional, é um dos desafios atuais. Essa forma de disseminação da cultura padronizada, fortemente observada nas sociedades ocidentais, é um dos fatores determinantes do modelo de globalização econômica que busca essencialmente a acumulação de riquezas e a criação de uma sociedade global de consumo.

Nesse sentido, a realidade social torna-se cada dia mais complexa no momento em que o sujeito se torna refém de um novo sistema mundial,

1 Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Mestre em Direito pela UFPR. Professora Adjunta da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Professora dos cursos de graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP/RS. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, Direito Constitucional, Direitos Humanos, América Latina e questões decoloniais. Professora pesquisadora do CNPq e FAPERGS. Pesquisadora dos Grupos de Pesquisa Tutelas à efetivação dos direitos indisponíveis, Linha Tutelas à efetivação de Direitos Públicos Incondicionados, coordenadora do Grupo de Pesquisa Direito constitucional e violência da FURG. Endereço eletrônico: fabiana7778@hotmail.com.

que fragiliza as culturas nacionais e, principalmente, a sua identidade.

Essa questão é ainda mais complexa quando se observa a condição das minorias étnicas, refugiados econômicos e migrantes não voluntários que convivem em um Estado-nação que possui um padrão cultural excludente. O reconhecimento dessa diversidade cultural e da identidade de grupos excluídos desenvolve um novo olhar sobre a ideia de igualdade.

Assim sendo, faz-se necessário um diálogo cultural para aproximar as diferenças presentes em uma sociedade multicultural, mas tal conversação somente seria possível a partir da Constituição.

Salienta-se, todavia, que o Constitucionalismo Clássico não se apresenta como suficiente para trabalhar os direitos de todos os sujeitos que formam as sociedades contemporâneas; há a necessidade de construção de um direito constitucional intercultural, ou, como ressaltam alguns autores, o nascimento de um constitucionalismo intercultural.

O constitucionalismo intercultural aparece como uma possibilidade de diálogo entre as distintas culturas de maneira a aproximar as diferenças, uma forma de superação dos ideais constitucionais tradicionais. Outra possibilidade, que se apresenta como alternativa mais completa que o projeto de um constitucionalismo intercultural, é o princípio da dignidade humana, norma capaz de promover a tão almejada inclusividade multicultural/intercultural.

Para tanto, faz-se necessário desenvolver uma análise das identidades culturais para construir uma política de reconhecimento das diferenças, questão fundamental para o respeito da dignidade humana, tendo por base o constitucionalismo intercultural

2 - GLOBALIZAÇÃO E ESTADO-NAÇÃO: A FRÁGIL REALIDADE EM QUE SE SITUAM OS SERES HUMANOS

A tentativa de formação de uma nova sociedade global, somada à emergência de processos que transcendem grupos, classes sociais e nações, retrata a frágil realidade em que atualmente se situam os seres humanos. Essas mudanças auxiliam no deslocamento das identidades culturais que antes se davam no âmbito dos Estados nacionais. Por essa razão, “a questão da identidade está sendo extensamente discutida na teoria social”, apesar de a comunidade sociológica estar ainda muito prudente e dividida nas suas observações, em virtude de que as “tendências são

demasiadamente ambíguas [...], e o próprio conceito com o qual estamos lidando, ‘identidade,’ é demasiadamente complexo” (HALL, 2006, p. 7-8).

As inovações decorrentes do desenvolvimento científico na sociedade atual apresentam-se como o grande desafio à compreensão das transformações ocorridas nas relações sociais e no modo de ser, agir e pensar dos indivíduos. Há, todavia, que se deixar claro que explicar todas as transformações a partir de um único evento – desenvolvimento técnico-científico²– implicaria redução da relevância dos acontecimentos que têm papel fundamental na configuração da sociedade contemporânea. Por mais que a tecnologia seja o traço que distingue o fenômeno da globalização atual, este não pode ser tomado como o elemento a partir do qual a totalidade de processos possa ser explicada. Nesse sentido, tomar-se-á a globalização como conjunto de fenômenos que constitui o modo de organização hodierno da sociedade.

Segundo as explicações de Robertson (1999), a globalização é um processo dos últimos 250 anos da história. Ela teria passado por cinco etapas ou fases, às quais associa a sua expansão, chamando-as de formas da globalização. Essas formas apresentam quatro pontos centrais: 1) Estados-nação; 2) indivíduos; 3) sistemas de relações internacionais; e 4) humanidade como realidade cada vez mais concreta e não apenas como ideia puramente filosófica ou teológica. No entender do referido autor,

[...] a Organização das Nações Unidas, quando criada nos meados dos anos de 1940, foi estruturada em função desses elementos, sendo que acontecimentos desde então levaram a sua reprodução e consolidação. É, portanto, crucial se ver que em fases sucessivas da globalização moderna cada um daqueles pontos cruciais, como os assim chamei, tornaram-se cada vez mais concretos como também mais complexas as relações entre eles (ROBERTSON, 1999, p. 152).

O processo de globalização vivido na atualidade possui características especiais, da mesma forma que ocorreu em outros momentos da história da humanidade, apenas com outra denominação. Tal fenômeno sempre esteve intimamente relacionado com os ciclos históricos pelos quais o capitalismo passou nos últimos séculos.

Todas essas transformações que atingiram os Estados-nação nas úl-

2 “A tecnologia é um fenômeno de dois lados: num o operador e no outro o objeto. Quando tanto operador quanto o objeto são seres humanos, a ação técnica é um exercício de poder. Onde, mais à frente, a sociedade aparece organizada em torno da tecnologia, o poder tecnológico torna-se a forma básica de poder na sociedade” (FEENBERG, 2004, p.5).

timas décadas provocaram mudanças nos setores de produção e nas formas de governabilidade, fazendo com que muitos países se ajustassem à nova realidade, evitando a exclusão da sociedade global. Do ponto de vista social, o atual processo de globalização parece ser cada vez menos inclusivo.

Mesmo não sendo completamente entendida, a globalização é a expressão mais usada nos últimos anos, principalmente a partir do final dos anos 80 e início dos 90 do século 20. Ela representa todas as transformações – sociais, econômicas, políticas, culturais etc. – ocorridas até o presente momento.

Para Ulrich Beck (1999), o termo globalização ainda requer algumas análises e, por esta razão, estabelece uma distinção entre globalismo e globalidade/globalização. Por um lado, o globalismo seria a concepção de que o mercado mundial toma para si a ação política que pertencia ao Estado, criando uma espécie de império do mercado mundial; por outro, a globalidade/globalização estaria relacionada diretamente com a sociedade mundial, dizendo não ser mais possível a existência de espaços e nem de grupos isolados no Planeta, existindo uma multiplicidade de sociedades com vistas à integração, fazendo com que os Estados nacionais sofram a interferência de atores transnacionais, existindo uma conexão entre todos os atores em âmbito mundial.

Nesse sentido, também, observa-se as análises feitas pelo sociólogo português Boaventura de Sousa Santos (2001), que compreende não haver um único modo de produção da globalização. A primeira delas, que ele denomina de *Globalização Hegemônica*, trabalha com as práticas do localismo globalizado e globalismos localizados. Segundo Santos (1997, p. 14)

A primeira forma de globalização é o *localismo globalizado*. Consiste no processo pelo qual determinado fenómeno local é globalizado com sucesso, seja a actividade mundial das multinacionais, a transformação da língua inglesa em *língua franca*, a globalização do *fast food* americano ou da sua música popular, ou a adopção mundial das leis de propriedade intelectual ou de telecomunicações dos EUA. À segunda forma de globalização chamo *globalismo localizado*. Consiste no impacto específico de práticas e imperativos transnacionais nas condições locais, as quais são, por essa via, desestruturadas e reestruturadas de modo a responder a esses imperativos transnacionais. A divisão internacional da produção da globalização assume o seguinte padrão: os países centrais especializam-se em localismos globalizados, enquanto aos países periféricos cabe tão-só a escolha de globalismos localizados. O sistema-mundo é uma trama de globalismos localizados e localismos globalizados.

Ainda para este autor, existe, a chamada Globalização Contra-hegemônica, estrutura-se a partir do cosmopolitismo e do patrimônio comum da humanidade. Para ele, “a intensificação de interações globais pressupõe outros dois processos, os quais não podem ser correctamente caracterizados, nem como localismos globalizados, nem como globalismos localizados” (SANTOS, 1997, p. 14). O primeiro designado como *cosmopolitismo* significa “que as formas predominantes de dominação não excluem aos Estados-nação, regiões, classes ou grupos sociais subordinados a oportunidade de se organizarem transnacionalmente na defesa de interesses percebidos como comuns, e de usarem em seu benefício as possibilidades de interação transnacional criadas pelo sistema mundial” (SANTOS, 1997, p. 15). Para Santos

As actividades cosmopolitas incluem, entre outras, diálogos e organizações Sul-Sul, organizações mundiais de trabalhadores (a Federação Mundial de Sindicatos e a Confederação Internacional dos Sindicatos Livres), filantropia transnacional Norte-Sul, redes internacionais de assistência jurídica alternativa, organizações transnacionais de direitos humanos, redes mundiais de movimentos feministas, organizações não governamentais (ONG's) transnacionais de militância anticapitalista, redes de movimentos e associações ecológicas e de desenvolvimento alternativo, movimentos literários, artísticos e científicos na periferia do sistema mundial em busca de valores culturais alternativos, não imperialistas, empenhados em estudos sob perspectivas pós-coloniais ou subalternas, etc, etc. O outro processo que não pode ser adequadamente descrito, seja como localismo globalizado, seja como globalismo localizado, é a emergência de temas que, pela sua natureza, são tão globais como o próprio planeta e aos quais eu chamaria, recorrendo ao direito internacional, o *património comum da humanidade*. Trata-se de temas que apenas fazem sentido enquanto reportados ao globo na sua totalidade: a sustentabilidade da vida humana na Terra, por exemplo, ou temas ambientais como a protecção da camada de ozono, a preservação da Amazónia, da Antártida, da biodiversidade ou dos fundos marinhos. Incluo ainda nesta categoria a exploração do espaço exterior, da lua e de outros planetas, uma vez que as interacções físicas e simbólicas destes com a terra são também património comum da humanidade. Todos estes temas se referem a recursos que, pela sua natureza, têm de ser geridos por fideicomissos da comunidade internacional em nome das gerações presentes e futuras. (SANTOS, 1997, p. 14-15).

Assim sendo, a globalização representa e representou as relações sociais ultrapassando fronteiras, seja por razões econômicas ou para aumentar as redes de solidariedade. Na realidade, a globalização “denota uma mudança significativa na forma espacial da atividade e organização social humana no sentido de padrões transnacionais ou inter-regionais de relações, interações e exercícios de poder” (GÓMEZ, 2000, p. 58).

Para Gómez (2002, p. 58), a globalização implicou e implica mudanças na estrutura da sociedade contemporânea em razão da sua forma de impor um processo de caráter multidimensional, que conduz a um aumento dos padrões de conexão entre os países do globo. Atinge “todos os domínios institucionais-chave da vida social moderna [econômico, cultural, tecnológico, político, legal, ambiental, social], embora cada um deles conheça escala, intensidade, dinâmica e impactos diferentes. Por último, a globalização envolve, necessariamente, organização e exercício de poder social em escala transacional e intercontinental”.

Sob essa perspectiva, restam claras as tentativas do autor em mostrar quais os três momentos pelos quais passa o processo de globalização na atualidade. Ademais, esclarece que a globalização não é um estado e sim um processo incerto que torna desconcertante a compreensão do momento histórico, à medida que não há uma orientação concreta para o futuro de nossas práticas cotidianas.

As atuais mudanças afetam o local e, principalmente, as fronteiras nacionais, uma vez que se tornam fragilizadas ante o atual processo de mundialização e novos contextos. Conforme Edgar Montiel (2003, p. 18), “desde o século XVIII, com os grandes movimentos de transformação do Estado-Nação que se expandiram pelo mundo, a cultura adquiriu um papel ‘de cimento constitutivo’ tendente a homogeneizar os traços de cada população, constituindo, assim, um recurso fundamental do Estado para lograr a coesão da Nação.” Nesse mesmo sentido, estão as análises de Habermas (2007, p. 168), quando examina o surgimento dos Estados nacionais:

Os novos Estados Nacionais surgem geralmente à custa de “povos inferiores” assimilados, oprimidos ou marginalizados. A formação de Estados nacionais sob o signo do etnonacionalismo foi quase sempre acompanhada de sangrentos rituais de limpeza e sempre submeteu novas minorias a novas representações. Na Europa dos fins no século XIX e do século XX, ela deixou as marcas cruéis da emigração e da expulsão, da evacuação pela força, da privação de direitos e do extermínio físico – até o genocídio.

A pretensão dos Estados, ao longo dos séculos, era a padronização cultural e o estabelecimento de uma língua nacional. O que se pode perceber, no entanto, é que, no final do século passado (século 20), esta forma de produzir cultura “[...] foi perdendo vigência, gerando a necessidade de encontrar novas categorias de análise e interpretação dos fenômenos emergentes. As dimensões espaço/tempo da cultura estão agora sendo impugadas pela cultura virtual, isto é, pelas manifestações culturais e modos de vida surgidos do ciberespaço” (MONTIEL, 2003, p. 18-19).

[...] as velhas identidades, que por tanto tempo estabilizaram o mundo social, estão em declínio, fazendo surgir novas identidades e fragmentando o indivíduo moderno, até aqui visto como um sujeito unificado. A assim chamada “crise de identidade” é vista como parte de um processo mais amplo de mudanças, que está deslocando as estruturas e processos centrais das sociedades modernas e abalando os quadros de referência que davam aos indivíduos uma ancoragem estável no mundo social (HALL, 2006, p. 7).

Os cidadãos passaram a ser cidadãos do mundo, interligados uns com os outros independentemente de suas vontades. No entender de Renato Ortiz (1996, p. 8), “somos todos cidadãos do mundo, mas não no antigo sentido, de cosmopolita, de viagem. Cidadãos mundiais, mesmo quando não nos deslocamos, o que significa dizer que o mundo chegou até nós, penetrou no nosso cotidiano.” Assim sendo, conforme faz referência Joanildo A. Burity (1999, p. 3),

[...]a globalização representa uma certa forma de interconexão e interpenetração entre regiões, estados nacionais e comunidades locais que está marcada pela hegemonia do capital e do mercado, ela também se faz acompanhar por uma potencialização da demanda por singularidade e espaço para a diferença e o localismo. O discurso multiculturalista, neste sentido, tanto beneficia-se como impulsiona a globalização, embora em direções nem sempre favoráveis às falas dominantes sobre a mesma.

Não obstante, a globalização apresenta-se como algo desafiador para as sociedades contemporâneas, posto que as formas tradicionais de compreender o local e o global passam a sofrer interferência de um novo padrão cultural que se generaliza na modernidade.

3 - CULTURA E IDENTIDADE

Na tentativa de se estabelecer uma relação entre cultura e identidade, ao longo dos tempos muitos autores tentaram conceituá-las para melhor entender a vinculação que estas mantêm com o sujeito. Edgar Montiel (2003, p. 18) conceitua cultura como sendo

[...] uma elaboração comunitária mediante a qual os indivíduos se reconhecem, se auto-representam e assinalam significações comuns ao mundo que os rodeia. Tradicionalmente a produção social da cultura tem suas fontes em âmbitos históricos ou espaciais precisos, onde se assenta uma “nação”, ou áreas geográficas específicas, marcadas pela presença de povos ou etnias, uma história política ou de crenças religiosas compartilhadas.

Sob a ótica da antropologia, pode-se afirmar que a “cultura está inserida no processo de socialização de cada ser, que se constitui no convívio comunitário, no qual são assimiladas as normas, os padrões, a conduta, a religião, a língua, enfim, o conjunto que compõe o estilo de vida” (COLAÇO, 2008, p. 10). Assim sendo,

[...] existem muitas definições para o termo cultura, embora haja um consenso entre os estudiosos de que cultura refere-se àquela parte do ambiente produzida pelos homens e por eles aprendida e utilizada no processo contínuo de adaptação e transformação da sociedade e dos indivíduos. Para conhecer a cultura de um povo é fundamental conhecer sua história, sua evolução cultural, ou seja, suas tradições e as transformações que construíram e ainda constituem a cultura particular de cada tribo ou qualquer organização social (RATTNER apud COLAÇO, 2008, p. 10).

Em relação ao conceito de identidade, buscou-se a referência de Manuel Castells (2001), que entende ser a identidade a experiência de vida de cada povo, sendo a fonte de sua existência, construída com base na sua cultura. Compreende, ainda, que a construção social das identidades sempre esteve intimamente marcada pelas relações de poder; assim, propõe a existência de três formas e origens para a criação das identidades: 1) identidade legitimadora: relacionada à dominação de uma classe social sobre a outra; 2) identidade de resistência: origina-se de atores sociais que se encontram desvalorizados na sociedade e criam grupos

de resistência a tais opressões, dando origem ao que o autor denomina políticas de identidade; 3) identidade de projeto: grupos dão origem a uma nova identidade, redefinindo muitas posições dentro da sociedade, buscando sua transformação.

Esta identidade também poderá ser múltipla em razão do coletivo, isto é, da inter-relação de culturas entre dois ou mais sujeitos. Conforme explica Calhoun citado por Castells (2001, p. 22), cada povo estabelece a sua própria cultura que o diferencia dos demais; no entanto “o autoconhecimento –invariavelmente uma construção, não importa o quanto possa parecer uma descoberta – nunca está totalmente dissociado da necessidade de ser conhecido, de modos específicos, pelos outros”.

Observa-se hoje mudanças nas identidades culturais tradicionais ante o processo de globalização, pois este desencadeou novas formas de manifestações culturais em razão das transformações tecnológicas, criando uma espécie de homogeneização de hábitos e pensamentos. Ademais, deve-se considerar que os processos econômicos e tecnológicos, impulsionados pelas corporações multinacionais, aceleraram o consumo de produtos em escala mundial, criando a chamada sociedade de consumo, que padronizou os produtos em âmbito mundial. Tudo isso deu origem ao desenraizamento dos padrões culturais que identificam o sujeito e o ligam à sua cultura nacional. Para Edgar Montiel (2003, p. 19),

as novas tecnologias da informação conectaram, como nunca, comunidades e organizações além das fronteiras nacionais e possibilitaram que milhões de pessoas em todo o mundo pudessem interagir entre si. Esses processos contradizem de algum modo o sentido de pertencer a uma determinada sociedade, localizada e vinculada por um idioma, uma história e um destino comum, e provocam “novas combinações do espaço/tempo, fazendo do mundo uma realidade e uma experiência mais interconectada” [...]. A ausência das noções de tempo e espaço vai associada “ao isolamento das relações sociais dos contextos locais de interação e com suas reestruturações através de lapsos indefinidos de tempo e espaço” [...]. Como consequência deste fenômeno de desterritorialização e descentramento [...], abriu-se um complexo processo de reconfiguração das identidades culturais e nacionais, que por ora se manifestam como identidades híbridas, fragmentadas e transitórias, que favorecem o encontro e a fusão das identidades culturais tradicionais com manifestações emanadas do processo da globalização.

Diante disso, o indivíduo perde sua memória nacional, deixando espaço para o nascimento do que Ortiz (1996) denomina memória internacional-popular, que irá funcionar como um sistema de comunicação e de identificação dos sujeitos no mundo globalizado. Com isso, resta aos cidadãos forjarem novas referências culturais, agora em esfera mundial, para que seja possível a criação de uma identidade mundial; identidade essa que irá superar as limitações impostas pelos vínculos com o local, permitindo que os sujeitos interajam globalmente.

Para Joanildo A. Burity (1999, p. 4), a globalização representa uma ruptura entre o micro e o macro, entre o estável e o dinâmico, entre o concreto e o abstrato, entre o particular e o geral, funcionando como um “terceiro” que reinscreve a lógica das referências locais. Sem suprimi-las, porém, redefine-as sem que estas possam voltar ao seu *status quo*. A globalização “tanto forma como deforma, tanto exige como resiste à identidade enquanto signo do local, do singular, do autêntico, do emancipatório.” No que se refere ao “terceiro”, pode-se ressaltar que ele é introduzido pelo processo de globalização, nas relações entre

[...] o local e o nacional, o local e o regional, o regional e o nacional que interrompe o fluxo linear de relações e comunicação onde estas polaridades se desenvolviam até vinte anos atrás, reguladas pela unidade do estado-nação e pela repartição territorial das trocas econômicas, políticas e culturais [exemplarmente capturada na expressão “relações internacionais”]³. Este terceiro introduz uma lógica desterritorializante e desinstitucionalizante em relação ao contexto anterior, repleta de paradoxos e expressa em aspectos como: quebra da pretensão de universalidade dos discursos políticos e culturais; quebra da soberania do estado nacional em questões-chave de política doméstica; introdução de valores e parâmetros de gestão pública em voga no âmbito da “sociedade civil global” [gênero; meio ambiente; multiculturalismo; direitos humanos; a primazia da ação local, efetivada por uma pluralidade de atores em parceria; etc.]; ruptura de modos de vida associados às raízes ou atributos essenciais de comunidades locais, categorias sociais ou identidades culturais.

O terceiro da globalização se “materializa” em múltiplos agentes, uns mais benignos, outros mais perversos, que têm em comum não a adesão a uma única cultura ou estratégia de globalização,

3 Conforme Burity, “a imagem do ‘terceiro’ tem sido usada por outros autores num sentido que não necessariamente se coaduna com o que aqui é utilizado. Uma das tematizações explícitas aparece em Bhabha e Laclau” (1999, p. 4).

mas o reconhecimento de que atuam num terreno movediço e em indefinida expansão. Este terreno já não se regula pelas coordenadas cartesianas de tempo e espaço, ou sociológicas de instituição e movimento, antes nele se joga com elas e as possibilidades e assimetrias que elas abrem. Nele, a disputa pelo conteúdo da globalização é o grande elemento impulsionador (BURITY, 1999, p. 4-5).

Todas essas transformações que representam colaborar para a perda da identidade nacional, e, conseqüentemente, a fragilização da cultura, desencadeiam vários movimentos alternativos de resistência a tais processos, como os movimentos de recusa ao processo de globalização, que buscam o resgate e a manutenção das culturas e identidades locais.

O anseio por identidade vem do desejo de segurança, ele próprio um sentimento ambíguo. Embora possa parecer estimulante no curto prazo, cheio de promessas e premonições vagas de uma experiência ainda não vivenciada, flutuar sem apoio num espaço pouco definido, num lugar teimosamente, perturbadoramente “nem-um-nem-outro”, torna-se a longo prazo uma condição enervante e produtora de ansiedade. Por outro lado, uma posição fixa dentro de uma infinidade de possibilidades também não é uma perspectiva atraente. Em nossa época líquido-moderna, em que o indivíduo livremente flutuante, desimpedido, é o herói popular, “estar fixo” – ser identificado de modo inflexível e sem alternativa – é algo cada vez mais malvisto (BAUMAN, 2005, p. 35).

Para Burity (1999, p. 1), há ainda que se considerar que não seria possível falar em identidade cultural sem levar em conta a diversidade cultural que está presente nas sociedades atuais: “falar de multiculturalismo é falar do manejo da diferença em nossas sociedades. No entanto, isto é ainda pouco para definir as implicações do termo. Pois, ele remete não apenas a um discurso em defesa da diversidade de formas de vida existentes nas sociedades contemporâneas, mas a um conjunto de aspectos fortemente ligados entre si e que carregam a marca de um contencioso [...]”.

Bauman (2000, p. 201-202) entende que comumente confundimos o termo multiculturalismo, “porque sugere não apenas variedade cultural, como variedade de culturas”. Para o autor, “hoje é extremamente difícil representar qualquer sociedade como uma coleção de culturas integradas, coesas e coerentes, quanto mais ‘puras’”, e continua afirmando que

O termo evoca uma visão de mundos culturais relativamente fechados e vivendo em proximidade – de certa forma dentro do modelo de áreas política ou administrativamente separadas; pode-se deixar uma cultura e passar a outra, ir e vir “entre” as culturas e até falar e ouvir transfronteiras, mas pode-se dizer com boa dose de precisão onde a pessoa está em dado momento e em que direção se move. O termo sugere também, [...] que culturas são totalidades “naturais”; que ser de uma cultura específica é coisa do destino, não uma opção, que se pertence a esta e não àquela cultura por acaso, por se ter “nascido nela”.

A globalização impõe, no entender de Burity (1999, p. 12), alguns desafios a respeito da questão das identidades e do multiculturalismo. Estes se manifestam nos desafios da abertura, da reflexividade, da política e do pluralismo, nos quais se expressam os reflexos da globalização econômica sobre as realidades locais.

Em primeiro lugar, o desafio da abertura. O cenário da globalização, ao alterar os processos tradicionais de produção e reprodução da identidade, confronta-a com sua própria historicidade – e, portanto, com a possibilidade de ser diferente de si mesma, heterogênea consigo mesma – e com a relação ao outro – e, portanto, com a necessidade de reconhecer dentro de si a presença [ausente] de outros sujeitos e de negociar com eles suas demandas e valores.

Em segundo lugar, o desafio da reflexividade. A “ameaça” de invasão, destruição ou subordinação que a inserção nos fluxos globais representa para as identidades localistas, ou a resposta ao desafio da abertura, têm cobrado que a identidade trabalhe sobre si mesma. Recomponha-se, investigue-se, critique a si mesma e elabore estratégias para sua atuação e suas relações com outras. A avaliação permanente das suas condições de existência e de suas chances de melhora relativa no espaço social, político, econômico e cultural impõe um permanente retorno sobre si mesma que, embora não signifique a possibilidade de compensar a perda da estabilidade, a aura atemporal e a falsa homogeneidade que geralmente as experiências identitárias cultivam, torna-se um elemento habilitador nas relações com outras identidades.

Em terceiro lugar, o desafio da política. Embora muito se fale sobre a decadência ou a retração da política no contexto contemporâneo, a leitura que oferecemos aqui só pode insistir sobre a centralidade da política na análise da identidade. Não se trata especificamente da política tradicional – centrada na agregação de

interesses através dos partidos e seu processamento através dos mecanismos de políticas governamentais. Trata-se da dimensão política da identidade.

Finalmente, o desafio do pluralismo. O desafio então, que tem estado entre os maiores dilemas e contradições da onda contemporânea da globalização, é o de que o regime de repartição dos recursos socialmente relevantes para os diferentes grupos que reivindicam inclusão, justiça ou reconhecimento produza uma tolerância ativa das diferenças no contexto da “consciência possível” da comunidade nacional, da cultura regional e local, ou seja, assumindo-se que nunca será possível tolerar todas as diferenças, nem impedir que o intolerável reapareça.

A valorização das culturas regionais ajuda a preservar a identidade de cada sujeito dentro dessa estrutura de consumo criada a partir do mercado mundial, no qual os indivíduos se encontram excluídos, pois, para ser globalizado, é necessário ter acesso a todos, ou a quase todos, os produtos que fazem parte de tal processo. Para muitos, porém, essa parece ser uma realidade distante, privilégio apenas daqueles que possuem condições financeiras suficientes para se considerarem incluídos, ou parte do mercado de consumo.

A padronização de produtos em âmbito mundial, criando uma espécie de cultura global que suplanta as formas culturais locais, provocando a perda das identidades nacionais e, conseqüentemente, a fragilização das culturas na esfera nacional, é um dos desafios da atualidade. Essa forma de disseminação da cultura, padronizada pelos lugares mais distantes do globo, é um dos fatores determinantes do modelo de globalização econômica, que busca essencialmente a acumulação de riquezas e a criação de uma sociedade global de consumo.

Para Montiel (2003, p. 17), “a uniformização cultural se faz sentir cada vez mais nos modos de vida, nas línguas, nos hábitos de consumo, nas comidas, nos modos de pensar e de agir”. Todas essas alterações estão intimamente relacionadas com a inserção de novas tecnologias que aproximam os indivíduos, fazendo com que culturas distintas dialoguem em um mundo virtual. No entender de Hall (2006, p. 9), “isso está fragmentando as paisagens culturais de classe, gênero, sexualidade, etnia, raça e nacionalidade, que, no passado, nos tinham fornecido sólidas localizações como indivíduos sociais”. Assim sendo,

Com o mundo movendo-se em alta velocidade e em constante aceleração, você não pode mais confiar na pretensa utilidade dessas estruturas de referência com base na sua suposta durabilidade (para não dizer atemporalidade). No admirável mundo novo das oportunidades ao estilo antigo, rígidas e inegociáveis, simplesmente não funcionam (BAUMAN, 2005, p. 33).

Esse diálogo traz diferenças até antes desconhecidas e que podem favorecer a aproximação de novas culturas. A preocupação, no entanto, está em preservar a identidade cultural construída pelos sujeitos, que faz com que se reconheçam como membros de uma comunidade, mesmo que essa seja culturalmente plural. Para alguns autores, como Kobena Mercer, citado por Hall (2006), a identidade estaria passando por uma crise, tendo em vista o seu deslocamento provocado pelas incertezas, insegurança e dúvidas da atual realidade global.

Na modernidade, no entender de Giddens (1990, p. 37-38), “as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz das informações recebidas sobre aquelas próprias práticas, alterando, assim, constitutivamente, o seu caráter”. Por essa razão, o autor conclui que as experiências modernas auxiliam numa reflexão sobre a vida. Buscar compreender o momento histórico e as alterações no conceito de identidade, é fundamental para diminuir o mal-estar provocado pelas mudanças.

Como Bauman (2000, 2005, p. 145, p. 23) salienta em suas obras *Em busca da política e Identidade*, referindo-se aos escritos de Martin Heidegger, “buscamos a teoria quando as coisas que temos precisamente nas mãos nos escapam”, ou, ainda, “você só tende a perceber as coisas e colocá-las no foco do seu olhar [...] quando elas se desvanecem, fracassam, começam a se comportar estranhamente ou o decepcionam de alguma forma”. Para o autor, poder-se-ia analisar a atual procura pela identidade como uma busca pela segurança, que antes estava expressa pela “forte” existência e vinculação do sujeito aos Estados Nacionais, para outros como um sentimento de pertença.

Mesmo vários autores manifestando-se sobre o declínio do poder dos Estados, as culturas nacionais se “[...] constituem em uma das principais fontes de identidade cultural (HALL, 2006, p. 47). Nessa perspectiva segundo Schwarz citado por Hall (2006, p. 49):

A nação não é apenas uma entidade política, mas algo que produz sentidos – *um sistema de representação cultural*. As pessoas não são apenas cidadãos/ãs legais de uma nação; elas participam

da *idéia* da nação tal como representada em sua cultura nacional. Uma nação é uma comunidade simbólica e é isso que explica seu “poder para gerar um sentimento de identidade e lealdade”.

Nesse sentido, para Montiel (2003, p. 24) “a identidade não se desenvolve por rupturas e está, em geral, profundamente arraigada no passado, pelos costumes culturais, tradições, crenças, etc.” De acordo como autor, não significa que o processo de desenvolvimento da tecnologia seja prejudicial às identidades; pelo contrário, ele favorece a diversidade cultural, proporcionando um equilíbrio entre as sociedades inseridas no atual processo de globalização, ou seja, a identidade cultural estaria livre das amarras que a mantinha encravada em um determinado território. A tensão estaria em fazer com que as identidades/diferenças culturais continuassem sendo a referência dos indivíduos em sociedades multiculturais. Para Brito (2008, p. 39-40)

Essa relação, identidade-diferença, é chamada de identidade contrastiva, ou seja, para perceber os limites da minha identidade preciso comparar com a identidade do “outro”. O “outro” é a diferença, e é justamente a diferença que possibilita criar o sentimento de pertencimento e unidade da identidade. Esse contraste pode se manifestar de várias formas; no plano da religiosidade – cristãos, judeus, hindus e muçumanos – na esfera dos traços físicos – negros, brancos, asiáticos – ou mesmo no sentido da sexualidade – heterossexuais, homossexuais e transexuais. A identidade contrastiva é o elemento de percepção de pertencimento a determinado grupo étnico, isso graças ao processo de comparação.

Conforme expõe Bhabha citado por Santos (2008, p. 237), “o multiculturalismo pressupõe a *idéia* de uma cultura central que estabelece as normas em relação às quais devem posicionar-se as culturas menores”. Assim sendo, conforme o próprio autor salienta, “[...] a afirmação da diversidade multicultural implica sempre uma limitação na afirmação da diferença cultural. É por isso que os projetos multiculturais não têm impedido que o racismo e a discriminação étnica continuem a propagar-se”.

Faz-se necessário, como assevera Boaventura de Sousa Santos (2008, p. 313), aproximar as diferenças, desde que essas não sejam sobre o ponto de vista inferiorizador, respeitando as identidades para construir uma política de igualdade entre os sujeitos. Segundo o autor, temos o “direito a ser iguais sempre que a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza”.

4 - A MULTIPLICIDADE DE CULTURAS E O CONSTITUCIONALISMO INTERCULTURAL

O acelerado processo de globalização que atravessou o mundo, gera novos marcos de regulação e novos cenários que conectam realidades e culturas há muito pouco tempo distantes, mas que acentuam as diferenças sociais e as tensões étnicas, que fez emergir o multiculturalismo, a interculturalidade e a preocupação com as questões identitárias e culturais. A questão multicultural está presente na maioria dos países formados por uma população heterogênea, por instituições democráticas e atingidos pelas consequências desastrosas dos processos de globalização hegemônica. Esses países apresentam minorias fortemente discriminadas e exploradas, que carregam o peso da colonização, da tentativa de assimilação forçada, de incorporação ao cenário nacional e da superioridade de uma cultura dominante, que considera todos os homens como “livres e iguais”. De acordo com Santos e Nunes (2003, p. 26), a concepção original do termo multiculturalismo designa a “coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio de sociedades modernas”. Pode-se afirmar, no entanto, que o multiculturalismo se tornou rapidamente um modo de descrever as diferenças culturais em um contexto transnacional e global.

Segundo Weissmann (2019, p. 1)

O termo multiculturalidade utiliza o prefixo multi, que, no dicionário, indica muito, numeroso. A multiculturalidade implica um conjunto de culturas em contato, mas sem se misturar: trata-se de várias culturas no mesmo patamar. As diferenças ficam estanques e separadas em cada cultura, possibilitando pensar no que os antropólogos chamam a lógica do Um, que só tem uma verdade a seguir e uma forma de pensar o mundo. Aquela forma única não admite contraponto de ideias, nem ser discutida ou questionada. Baseia-se em uma lógica binária, na qual uma ideia é correta e outra é diferente e incorreta, só se complementando ideias similares e tentando se afastar aqueles conceitos que contrariam o pensamento predominante.

Deve-se reconhecer que existem, hoje, em um mesmo Estado nacional, uma multiplicidade de culturas que influencia diretamente na discussão sobre os rumos dos direitos dos integrantes dessas culturas. Para Galindo (2006, p. 113),

O reconhecimento da multiplicidade suscita a discussão acerca da

dimensão dos direitos das pessoas que fazem parte dessas culturas, sobre em que medida estas pessoas podem ser consideradas cidadãs de um Estado ou de uma comunidade política, possuindo os direitos e deveres dos demais cidadãos. Se estas pessoas ascendem ao *status* de cidadão, como considerar a diferença cultural como aspecto que possa excluir direitos e obrigações em razão de este grupo de cidadãos pertencer a uma cultura diversa da cultura predominante naquele Estado ou naquela comunidade política? Tais indagações suscitam o desenvolvimento da idéia de uma cidadania inclusiva, o que acarreta em uma função integradora da constituição [...]. É a função que Canotilho, fundamentado em Habermas, denomina de “inclusividade multicultural”.

Tomando por referência as análises de Galindo (2006), estamos diante de um constitucionalismo intercultural que estabelece o diálogo entre as distintas culturas⁴ existentes no interior das sociedades contemporâneas. Como o próprio autor faz referência em seus escritos, a Constituição é produto da cultura, produção cultural de um Estado e, nesse sentido, a diversidade cultural, presente nas sociedades atuais, necessita ser reconhecida.

A constituição é parte do direito, é espécie do gênero norma jurídica. Se o direito possui fundamento cultural, assim também ocorre com a constituição, que se coloca como a norma suprema no interior de um ordenamento estatal. Justamente por ser direito, a constituição também é cultura. Em sendo produto da cultura, afigura-se adequada a concepção de Häberle, para quem a constituição não se limita a ser somente um conjunto de textos jurídicos ou um mero compêndio de regras normativas, mas a expressão de um determinado grau de desenvolvimento cultural, um meio de auto-representação do povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças e desejos (GALINDO, 2006, p. 101).

4 Conforme salienta Boaventura Sousa Santos (2008, p.124-126), esse diálogo entre as mais diversas culturas existentes em uma sociedade ou em âmbito mundial, “consiste no trabalho de interpretação entre duas ou mais culturas com vistas a identificar preocupações isomórficas entre elas e as diferentes respostas que fornecem para elas [considerando o conceito ocidental de dignidade humana]. A hermenêutica diatópica parte da idéia de que todas as culturas são incompletas e, portanto, podem ser enriquecidas pelo diálogo e pelo confronto com outras culturas [fundamental em sociedades multiculturais]”.

Avançando nessa ideia, então, faz-se alusão ao caso brasileiro, onde convivem minorias étnicas, migrantes econômicos e migrantes não voluntários em um mesmo Estado-nação, que tem como referência uma cultura particular, ainda vinculada à ideia de padrão cultural que identifica todos os nacionais, resquícios da criação dos Estados nacionais.⁵ Segundo Habermas (2007, p. 172),

[...] a discriminação não pode ser abolida pela independência nacional, mas apenas por meio de uma inclusão que tenha suficiente sensibilidade para a origem cultural das diferenças individuais e culturas específicas. O problema de minorias “inatas”, que pode surgir em todas as sociedades pluralistas, agudiza-se nas sociedades multiculturais. Mas quando estas estão organizadas como Estados democráticos de direito, apresentam-se, todavia, diversos caminhos para se chegar a uma inclusão “com sensibilidade para as diferenças”: a divisão federativa de poderes, uma delegação ou descentralização funcional e específica das competências do Estado, mas acima de tudo, a concessão da autonomia cultural, os direitos grupais específicos, as políticas de equiparação e outros arranjos que levem a uma efetiva proteção das minorias.

Há que se ter presente, com referência aos ensinamentos de Habermas (2007, p. 173), que o conceito de multiculturalismo apoia-se na ideia da convivência de vários grupos culturais em uma mesma

5 Compreende-se como minoria étnica os índios, quilombolas, ciganos, imigrantes e integrantes de comunidades religiosas que compõem a população de um Estado. Já os migrantes econômicos são formados por grupos de pessoas que migram em busca de trabalho, ou seja, especificamente por questões econômicas, que, na América Latina, se expressa pelo grande número de migrantes bolivianos, dentre outros, que trabalham clandestinamente e em condições desumanas em regiões brasileiras. Por fim, os migrantes não voluntários, refugiados de guerra que, “sem dúvida, é uma das mais precárias [condições] a que fica sujeito o ser humano. Extremamente vulnerável, distante de tudo o que habitualmente sustenta as relações e a estrutura emocional e afetiva de uma pessoa, o refugiado se depara com os desafios de quem só tem a alternativa de recomeçar a própria vida, com a força das boas lembranças e da terra de origem, com a experiência dos difíceis momentos que o expulsaram de sua pátria e com a esperança de que alguém, um país, uma comunidade, o acolham e lhe protejam, pelo menos, o grande bem que lhe restou, a própria vida. Em outra situação, embora circundado por semelhante realidade, vulnerável, impelido pela instintiva busca de caminhos de sobrevivência, o migrante forçado clama pela intervenção de órgãos e instituições específicas e pela aplicação de medidas que promovam e assegurem o respeito a seus direitos fundamentais e a criação de condições onde sua vida e dignidade possam ser humanas e plenas (MILESI, 2005).

sociedade política, o que, para ele, faz suscitar o interesse para o reconhecimento de uma cultura comum. Ou seja, “os membros de todos os grupos terão de adquirir uma linguagem política e convenções de comportamento comuns para poder participar eficientemente na competição por recursos [...]”.

Com essa sociedade plural que se formou com o passar do tempo, está-se diante da impossibilidade de se conceber na atualidade um Estado homogêneo, fragmentado. Torna-se fundamental o reconhecimento da igualdade,⁶ não apenas formal, mas real, por meio da Constituição, tutelando os direitos desses grupos a fim de se proteger e preservar a dignidade humana.⁷ Para Canotilho (2002, p. 1.434, grifos do autor),

a constituição carece hoje de uma profunda revisão originada pelos fenômenos do *pluralismo jurídico* e do *multiculturalismo social*. Designa-se *pluralismo jurídico* a situação em que existe uma pluralidade heterogênea de direitos dentro do mesmo campo social. O “pluralismo de direitos” pressupõe uma *sociedade multicultural* (“pluralismo cultural”) formada por vários grupos culturais [...] que produzem normas que actuam no mesmo espaço social e interagem com as normas produzidas pelas “macroculturas” dominantes nesse mesmo espaço.

6 Conforme expõe Habermas (2007, p. 172), “a coexistência com igualdade de direitos de diferentes comunidades étnicas, grupos lingüísticos, confissões religiosas e formas de vida não pode ser obtida ao preço da fragmentação da sociedade. O processo doloroso de desacoplamento não deve dilacerar a sociedade numa miríade de subculturas que se enclausuram mutuamente. Por um lado, a cultura majoritária deve se soltar de sua fusão com a cultura política geral, uniformemente compartilhada por todos os cidadãos; caso contrário, ela ditará *a priori* os parâmetros dos discursos de auto-entendimento. Como parte, não mais poderá constituir-se em fachada do todo, se não quiser prejudicar o processo democrático em determinadas questões existenciais, relevantes para as minorias. Por outro lado, as forças de coesão da cultura política comum – a qual se torna tanto mais abstrata quanto mais forem as subculturas para as quais ela é o denominador comum – devem ser suficientemente fortes para que a nação dos cidadãos não se despedace.

7 Há que se deixar claro que desde o século passado até o presente muitas foram as leis criadas para proteção desses grupos em âmbito nacional e internacional. Para alguns autores, essa seria uma busca pela unificação de direitos para todos os povos que nasce a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). É preciso deixar claro, porém, que essa pretensa unificação não ocorre de forma homogênea, tendo em vista que suscita uma predisposição do Estado-nação em aproximar as diferenças, incluindo aquele sujeito que até o presente momento era reconhecido como o “outro”, o selvagem, o estrangeiro etc., como denomina Boaventura Sousa Santos (2008) ao analisar a questão do colonialismo e do pós-colonialismo.

Assim sendo, deveria ser preocupação dos Estados aproximar as diferenças sem que para isso fosse necessário violar as questões referentes à identidade cultural de cada sujeito. Um exemplo claro de país que trouxe a questão multicultural para discussão é o Canadá, quando criou a chamada *Lei sobre Multiculturalismo* (1988), além de trazer expresso também, na sua Constituição (1982), a forma como deve ser interpretada, salientando, no seu artigo 27, a importância do patrimônio cultural, tendo em vista a latente diversidade de culturas existentes naquela nação.

Para Walsh citada por Candau e Oliveira (2010), asseveram que

a Interculturalidade significa um processo dinâmico e permanente de relação, comunicação e aprendizagem entre culturas em condições de respeito, legitimidade mútua, simetria e igualdade; Um intercâmbio que se constrói entre pessoas, conhecimentos, saberes e práticas culturalmente diferentes, buscando desenvolver um novo sentido entre elas na sua diferença; Um espaço de negociação e de tradução onde as desigualdades sociais, econômicas e políticas, e as relações e os conflitos de poder da sociedade não são mantidos ocultos e sim reconhecidos e confrontados; Uma tarefa social e política que interpela ao conjunto da sociedade, que parte de práticas e ações sociais concretas e conscientes e tenta criar modos de responsabilidade e solidariedade; Uma meta a alcançar.

Para Galindo (2006, p. 146), percebe-se que “o diálogo proposto entre as diversas culturas constitucionais, contudo, é renovador em termos de teoria da constituição”. A teoria intercultural da constituição possui elementos por vezes paradoxais, mas que pretendem organizar epistemologicamente a interculturalidade constitucional, visando uma relação dialógica intercultural entre os constitucionalismos existentes para que se verifique com algumas bases teóricas sólidas se é possível alicerçar o debate proposto e responder às realidades atuais e complexas. Conforme Galindo (2006, p. 146),

A teoria intercultural da constituição possui os seguintes fundamentos ou princípios teóricos fundamentais: **criticismo, abertura, pluralismo, universalismo, particularismo e contextualismo**, que serão explicados a seguir.

a) **Criticismo**: para a formulação da proposta metodológica da teoria intercultural, foi necessária a crítica às teorias existentes como insuficientes para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo, assim como para o fomento do diálogo entre as

culturas constitucionais.

b) Abertura: a aceitação da crítica como princípio fundamental permite o entendimento da proposta teórica intercultural como uma proposta de abertura à experiência e ao falseamento. Não há crítica genuína sem abertura teórica. **E o interculturalismo constitucional só é possível em virtude da abertura dialógica que a crítica propicia.** A crítica culmina inevitavelmente na consciência da incompletude cultural, ou seja, do **reconhecimento de que as culturas são incompletas por sua própria natureza, e por isso a necessidade do diálogo intercultural.** O reconhecimento das incompletudes mútuas termina por ser *conditio sine qua non* desse diálogo.

Parafraseando Häberle, é uma teoria de alternativas, embora não seja necessariamente uma teoria alternativa. O estudo comparado mais uma vez é um importante auxiliar na construção das possibilidades. **A discussão intercultural permite a verificação de soluções propostas em outras experiências para problemas semelhantes e em que medida tais empreitadas foram satisfatórias.**

c) Pluralismo: Pode-se dizer que praticamente todos os Estados ocidentais são Estados constitucionais. Todavia, estabelecer interseções teóricas entre os diversos constitucionalismos **não é empreendimento dos mais simples**, justamente por essa pluralidade de culturas constitucionais nacionais, sistêmicas e ideológicas. A pluralidade constitucional enseja uma abordagem teórica igualmente plural, pois se não se percebe a ocorrência de uma diversidade de problemas, propostas de soluções e críticas, corre-se o risco de acriticamente importar ou exportar padrões teóricos que não solucionam adequadamente um problema inserido em uma cultura constitucional diferente. A pluralidade ainda aumenta em termos de complexidade com a realidade e as possibilidades **do denominado constitucionalismo supranacional e a formação de uma cultura constitucional correspondente, a exemplo da União Europeia e dos sistemas regionais (europeu e interamericano) de proteção aos direitos humanos.**

d) Universalismo: O universalismo proposto pela teoria intercultural não é hermético-unificador, válido para toda e qualquer cultura constitucional. Isso seria contraditório com as perspectivas de abertura crítica e de pluralidade. **A partir do interculturalismo constitucional, e com fundamento neste diálogo, é possível retomar algumas características de universalização da teoria da constituição.** O jurista português Gomes Canotilho considera a pretensão de universalização como um dos problemas básicos

para a atual teoria da constituição. As teorias clássicas da constituição estão assentadas nas pretensões de sua própria universalidade, tendo por referencial o Estado hegeliano, performador, totalizador e integrador das estruturas políticas. Não se trata, por óbvio, de afirmar que não há a diversidade constitucional. Em realidade, a teoria intercultural pressupõe justamente a multiplicidade de constitucionalismos e de culturas constitucionais.

e) Particularismo: Apesar de parecer contraditório com o item anterior, a teoria da constituição também precisa ser particularista. Em verdade, trata-se de uma teoria universalista adaptável aos particularismos culturais, ou seja, a “particularização do universalismo”.

f) Contextualismo: O interculturalismo constitucional deve estabelecer a necessidade de que as suas contribuições universalistas ou particularistas sejam contextualizadas. Se por um lado as propostas teóricas universalistas são o alicerce do debate intercultural, os particularismos são, por vezes, impeditivos de um maior avanço cultural das constituições em virtude dos mesmos poderem propiciar um hermetismo constitucional avesso a contribuições culturalmente diversas. Sob o pretexto da inadequação a priori de um determinado instituto ou conceito para o país, sem analisar as potencialidades dos mesmos em uma perspectiva possibilista e experimental, se impede uma maior evolução e aprimoramento do constitucionalismo nacional, caindo-se em uma espécie de patriotismo constitucional xenófobo.⁸

A questão da diversidade cultural no Brasil e a proposta de uma constituição intercultural, abarcando todas as identidades culturais que aqui convivem, passaria, necessariamente, pelo seu reconhecimento à luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tendo em vista que a legislação in-

8 Conforme Galindo (2006, p. 114), “a constituição aberta ao pluralismo cultural tem propiciado no ambiente europeu uma progressiva inclusão de populações culturalmente diferentes das maiorias culturais com *status* de cidadão, corroendo parcialmente a noção de Estado nacional e abrindo para este último uma nova frente secular de legitimação não mais fundamentada no etnonacionalismo e uma integração social abstrata mediada pelo direito. Na Europa, notadamente no território da União Européia, a diluição das fronteiras ideológicas e físicas acarreta o aumento das migrações e o surgimento de comunidades etnonacionais em forma de minorias culturais dentro dos Estados. Esses imigrantes desejam integrar-se à sociedade na qual estão inseridos, mas por outro lado, boa parte deles também aspira a que as instituições se adaptem a suas práticas e suas identidades. A inclusividade integrativa [língua habermasiana] permite às minorias manterem seus costumes, suas tradições, suas religiões e, por vezes, suas próprias normas sociais, convivendo de modo relativamente harmônico em território estatal”.

fraconstitucional e as normas constitucionais, até o presente momento existentes, não dão conta da complexidade de tal temática. Tal alternativa seria um primeiro passo para aprofundar a discussão em torno da necessidade de amparar minorias étnicas, refugiados econômicos e refugiados não voluntários,⁹ povos¹⁰ que, no atual contexto, ganham visibilidade.

Nesta perspectiva, reduzir os problemas trazidos pelo processo de globalização, essencialmente econômico, e reconhecer os direitos de minorias étnicas que ganham visibilidade nas sociedades modernas, subtraindo os agentes causadores de violações da dignidade da pessoa humana, requer, como observa Sarlet (2008, p. 150), “a substituição de padrões normativos absolutos e estritos por referenciais normativos flexíveis e compatíveis com a salvaguarda da identidade na diferença, numa ambivalência comunicativa e relacional.”

A perspectiva intercultural é profundamente pertinente à reflexão sobre os atuais problemas da teoria da constituição, mas não só. É necessário ampliar as análises de cariz intercultural para outros fenômenos constitucionais e a aproximação teórica entre os sistemas jurídicos ocidentais romanistas e do *common law*.

9 As migrações são, hoje, amplas, diversificadas e, muitas vezes, dramáticas. Ocorrem em meio a complexas situações da sociedade marcadas por conflitos, guerras, desequilíbrios socioeconômicos, violência, pobreza, fome, exploração. Quando, em meio a tantas circunstâncias, se verificam perseguições contra indivíduos em razão de suas ideias políticas, por motivos de raça, religião, nacionalidade ou grupo social, caracterizam-se os refugiados, pessoas obrigadas a deixar a própria pátria, família, bens e raízes, para buscar proteção e salvar a própria vida sob o abrigo de outros países que não os de sua nacionalidade ou residência habitual. Com a mesma intensidade, mas em circunstâncias diversas, ocorrem outros deslocamentos forçados por razões econômicas imperiosas, pobreza, violação de direitos, fome e mesmo desastres naturais. Não resta dúvida, nestas circunstâncias, que se configura a condição do migrante forçado, ainda que não se verifiquem os elementos conceituais do refúgio, nem sejam acolhidos estes migrantes ao amparo dos instrumentos internacionais sob os quais se abriga o refugiado. Importa avançar na reflexão sobre esta realidade das migrações forçadas em suas diversas manifestações e causas, pois é imperioso que a sociedade, as organizações internacionais, os governos, a academia e todos nós, nos debruçemos sobre fatos tão marcantes como são os deslocamentos humanos atuais, determinados por falhas estruturais, por políticas econômicas equivocadas, por desordem política, por fome e miséria. Tais circunstâncias geram graves violações de direitos e impelem as pessoas à condição de migrantes forçados (MILESI, 2005).

10 A Declaração do Direito dos Povos, de 1947, declara no seu artigo 1 que “qualquer coletividade humana que tenha referências comuns a uma cultura e de uma tradição histórica, desenvolvidas em um território geograficamente determinado ou em outros âmbitos, constitui um povo”.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: resposta à globalização*. Tradução André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BRITO, Antonio José Guimarães. Etnicidade, alteridade e tolerância. In: COLAÇO, Thaís Luzia (org.). *Elementos de antropologia jurídica*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

BURITY, Joanildo A. *Globalização e identidade: desafios do multiculturalismo*. In: BIBLIOTECA VIRTUAL DO CONSEJO LATINOAMERICANO DE CIENCIAS SOCIALES. Buenos Aires, 1999. Disponible en: <http://www.clacso.edu.ar>. Acceso en: 1º enero. 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASTELLS, Manoel. *A sociedade em rede*. Tradução Roneide Venancio Majer. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001. V.I.

CHAMBERS, Iain. *Migración, cultura, identidad*. Buenos Aires: Amarrortu Editores, 1994.

COLAÇO, Thaís Luzia. O despertar da antropologia jurídica. In: COLAÇO, Thaís Luzia (org.). *Elementos de antropologia jurídica*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

FEENBERG, Andrew. Teoria crítica da tecnologia. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL TEORIA CRÍTICA E EDUCAÇÃO. São Paulo: Unimep; Ufscar; Unesp, 2004. Disponível em: <http://www.sfu.ca/~andrewf/critport.pdf>. Acesso em: 2 set. 2008.

GALINDO, Bruno. *Teoria intercultural da Constituição: a transformação paradigmática da teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Européia e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1990.

GÓMEZ, José María. *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis: Vozes, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro – estudos de teoria política*. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução Tadeu da Silva e Guaracira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

MILESI, Rosita. *Refugiados e migrações forçadas: uma reflexão aos 20 anos da Declaração de Cartagena*. 2005. Disponível em: <http://www.migrante.org.br/textoseartigos.htm>. Acesso em: 17 jul. 2019.

MONTIEL, Edgar. A nova ordem simbólica: a diversidade cultural na era da globalização. In: SIDEKUM, Antônio (org.). *Alteridade e multiculturalismo*. Ijuí: Editora Unijuí, 2003.

OFFE, Claus. A atual transição da história e algumas opções básicas para as instituições da sociedade. Tradução Eduardo César Marques. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (org.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Editora Unesp; Brasília: Enap, 1999.

OLIVEIRA, Luiz Fernandes de; CANDAU, Vera Maria Ferrão. Pedagogia decolonial e educação antirracista e intercultural no Brasil. *Educação em Revista*. Belo Horizonte. V. 26. N.01. abr. 2010.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro (para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social)*. 2005. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto862.rtf>. Acesso em: 2 set. 2008.

ORTIZ, Renato. *Mundialização e cultura*. São Paulo: Brasiliense, 1996.

ROBERTSON, Roland. Identidade nacional e globalização: falácias contemporâneas. In: BARROSO, João Rodrigues (coord.). *Globalização e identidade nacional*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 145-161.

SACHS, Ignacy. *Estratégias de transição para o século XX: desenvolvimento e meio ambiente*. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Studio Nobel, 1993.

SADER, Emir; GENTILI, Pablo (org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Globalização: fatalidade ou utopia*. Porto: Afrontamento, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003 (Série Reinventar a emancipação social: para novos manifestos, v. 3).

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos. In. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. no. 39. São Paulo, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo*– examinando a política de reconhecimento. Portugal: Instituto Piaget, 1994.

WALSH, Catherine. *Interculturalidad, estado, sociedad: luchas (de)coloniales de nuestra época*. Quito-Ecuador: Universidade Andina Simón Bolívar/Ediciones Abya-Yala, 2009.

WEISSMANN, Lisette. MULTICULTURALIDADE, TRANSCULTURALIDADE, INTERCULTURALIDADE. In. *Revista Construção Psicopedagógica*, 26 (27): 21-36. Disponível em: psic.bvsalud.org › pdf.

RELATÓRIO DO PAINEL JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O DIREITO DE PROPRIEDADE SOBRE O PATRIMÔNIO COMUM DA HUMANIDADE

THAÍJS JANAINA WENCZENOVICZ¹

O IV Congresso Mundial de Justiça Constitucional foi um espaço de debates e reflexões profícuas acerca de temáticas que há tempo tensionam os debates junto a Teoria do Direito. Pesquisadores de diversos Estados brasileiros e estrangeiros ocuparam espaços de fala e escuta em torno dos eixos norteadores do Congresso. Entre os dias 28 a 30 de agosto de 2019, em Porto Alegre, o IV Congresso Mundial de Justiça Constitucional, também prestou homenagem ao Professor Paulo Bonavides.

Dentre conferências, painéis, mesas redondas e grupos de pesquisa a Associação Mundial de Justiça Constitucional possibilitou as centenas de discussões em torno da Justiça Constitucional e os direitos fundamentais de terceira dimensão.

O painel Justiça Constitucional e o Direito de Propriedade sobre o Patrimônio Comum da Humanidade assentou suas discussões em eixos variados como: trajetória histórica dos Direitos Humanos, os direitos da pessoa humana na sociedade informacional, Justiça Constitucional mexicana e a proteção do patrimônio cultural e natural, Justiça Constitucional e Direitos Humanos: a Constituição como espaço de diálogo intercultural e Justiça Constitucional e patrimônio da humanidade desde a perspectiva uruguaia.

Os painelistas Gabrielle Bezerra Sales Sarlet (Brasil), Ernesto Rosenstand (Holanda), Luis Geraldo Lozano (México), Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (Brasil), Rubén Flores Dapkevicius (Uruguai) centraram suas reflexões na cultura jurídica e suas interfaces com a trajetória sócio-histórica do pensamento jurídico assentado em pesquisas interdisciplinares fundadas em metodologias e abordagens de caráter crítico.

1 Relatora do Painel **Justiça Constitucional e o Direito de Propriedade sobre o Patrimônio Comum da Humanidade**. Docente adjunta/pesquisador sênior da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul/UERGS. Professora Titular no Programa de Pós-Graduação em Educação/UERGS e no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito/UNOESC. Professora Colaboradora no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Educação da Universidade Estadual do Paraná-UNIOESTE. Avaliadora do INEP - BNI ENADE/MEC. Membro do Comitê Internacional Global Alliance on Media and Gender (GAMAG) - UNESCO. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq/UERGS Direitos Humanos e Justiça: perspectivas decoloniais.

Insta registrar que os painelistas apresentaram como característica comum o esforço metodológico de desconstrução dos essencialismos, na busca da consolidação de uma referência epistemológica crítica às concepções dominantes de modernidade, que estão intimamente relacionadas à experiência colonial e colonialista. Nesse mesmo

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet abordou temas com vistas a tecnologia e inclusão/exclusão, bem como a proteção de dados pessoais a qual assumiu relevante valor social na sociedade contemporânea, uma vez que a internet possibilita diversas sofisticações tecnológicas, seja com o desenvolvimento de novos softwares, seja com o armazenamento e divulgação de dados. Este desenvolvimento tecnológico acelerado expõe dados pessoais e gera vulnerabilidade das informações dos indivíduos. Nesse contexto, a violação aos direitos da personalidade, dentre eles, o direito à privacidade e à intimidade, tornaram-se mais frequentes.

O painalista Rosenstand (Holanda) reflexionou acerca da proteção do patrimônio mundial da humanidade em face à Justiça Constitucional e os Direitos Humanos já que a preocupação dos seres humanos com a preservação de vestígios do seu passado não é um fenômeno recente.

Luis Geraldo Lozano (México), proferiu questões relativas à globalização, à cidadania, ao multiculturalismo, entre outros, sempre em uma perspectiva propositiva em direção à preocupação com o patrimônio cultural e ambiental, tendo em vista a preservação da diversidade humana e natural, em consonância com a luta pelos direitos humanos.

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (Brasil) analisou as identidades culturais para construir uma política de reconhecimento das diferenças, questão fundamental para o respeito da dignidade humana, assentado no constitucionalismo intercultural.





DIALÉTICA
EDITORA

Este livro foi impresso sob demanda, sem estoques. A tecnologia
POD (Print on Demand) utiliza os recursos naturais de forma
racional e inteligente, contribuindo para a preservação da natureza.

"Rico é aquele que sabe ter o suficiente"
(Lao Tze)

