

Editora  
EDIÇÕES SUPERIORES



## FICHA CATALOGRÁFICA

R454 Revista Superior de Justiça. / Belo Horizonte : Esjus – Escola Superior de Justiça – v. 1, abr. 2011 – Belo Horizonte: Edições Superiores: 2011.

v. 4, Dezembro 2014

Anual

ISSN: 2236-2355

Bilíngue – Português e espanhol.

Acesso: <http://www.esjus.com.br/revista-superior-de-justica>

1. Direito. 2. Edições Superiores. ESJUS – Escola Superior de Justiça.

CDU: 34

Nilcéia Lage de Medeiros  
Bibliotecária  
CRB6: 1545



Volume IV  
Belo Horizonte  
Edições Superiores  
2014

© Copyright 2014 by Edições Superiores Ltda.

**Editor responsável:**

Cilas Bernardes Rosa

**Produtor editorial:**

Cilas Bernardes Rosa

**Revisão:**

Cilas Rosa

Sara Bernardes

**Editoração e capa:**

CYB Comunicação



Edições Superiores Ltda.

Av. Presidente Tancredo Neves, 5.145, sala 302.

Belo Horizonte - MG

Telefones: (31) 2513-8800 – CEP 31.330-430

E-mail: [editora@esjus.com.br](mailto:editora@esjus.com.br) – Site: [www.edicoessuperiores.com.br](http://www.edicoessuperiores.com.br)

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra, em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições se aplicam também às características gráficas da obra e a sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal, cf. Lei n. 10.695, de 1º. 07.2003), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Impresso no Brasil

## **COORDENADOR GERAL**

Cilas Bernardes Rosa

## **ORGANIZADORES**

Cilas Bernardes Rosa

Sara Bernardes

Joaquim Miranda

## **CONSELHO EDITORIAL**

Sara Bernardes

presidente

## **AUTORES**

Adolfo Alberto Saglio Zamudio

Ana Luiza Coutinho da Silva Leal

Ângelo Mendes Ferreira

Edimar Carmo da Silva

Emilio Michele Cirillo

Fátima Nancy Andrighi

Francisco das Chagas Sampaio Medina

Henrique Paiva de Araujo

Ivone Vitulia

Oswaldo Marcolino Alves Filho

Rodolfo Pacheco Paula Bittencourt

Tania Maria Cardoso Silva Amâncio

Teodora Zamudio

## SUMÁRIO

### PRÓLOGO

### NOTA DE APRESENTAÇÃO

### PARTE I • SEÇÃO INTERNACIONAL

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA GENÉTICA. UN PUNTO DE TENSIÓN ÉTICA <i>Adolfo Alberto Saglio Zamudio y Teodora Zamudio</i> .....	11
---	----

### PARTE II • ARTIGOS

LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA A LA LUZ DE LA LEY 12.403 DE 2011 <i>Ana Luiza Coutinho da Silva Leal</i> .....	41
---	----

TRANSICIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE MENORES DE EDAD EN BRASIL INFLUENCIA SOCIO-JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO <i>Ángelo Mendes Ferreira</i> .....	61
---	----

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: o caso Ximenes Lopes vs. Brazil na Corte Interamericana de Direitos Humanos <i>Edimar Carmo da Silva</i> .....	73
---	----

EL INICIO, EL PRESENTE Y EL FUTURO DE LA ESCUELA EN BRASIL O INICIO, O PRESENTE E O FUTURO DAS ESCOLAS NO BRASIL THE START, THE PRESENT AND THE FUTURE OF SCHOOLS IN BRAZIL <i>Emilio Michele Cirillo</i> .....	87
--	----

RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR POR ACIDENTES DO TRABALHO <i>Fátima Nancy Andrighi</i> .....	105
--	-----

O JUS POSTULANDI E O ACESSO À JUSTIÇA NA ESFERA TRABALHISTA: A NECESSIDADE DE UMA DEFENSORIA PÚBLICA DO TRABALHO NO BRASIL <i>Francisco das Chagas Sampaio Medina e Rodolfo Pacheco Paula Bittencourt</i> .....	115
---	-----



O ALCOLISMO NA RELAÇÃO DE EMPREGO	
<i>Henrique Paiva de Araujo</i> .....	141
CRIMES INFORMATICOS	
<i>Ivone Vitulia</i> .....	153
SOCIEDADE, VÍTIMA E DELINQUENTE, QUEM É QUEM E O QUE CADA UM BUSCA	
<i>Oswaldo Marcolino Alves Filho</i> .....	165
O DIREITO AMBIENTAL NO BRASIL: Aspectos Teóricos	
<i>Tania Maria Cardoso Silva Amâncio</i> .....	175



## **PRÓLOGO**

Mais uma vez honra-me a Escola Superior de Justiça (ESJUS) ao convidar-me para apresentar um exemplar da sua reconhecida Revista Jurídica. Vou, em essa oportunidade, ocupar-me brevemente da tarefa que a dita entidade vem desenvolvendo, pois acredito seja assunto bem digno de alguns parágrafos.

Os estudos de pós-graduação constituem um dos campos em que o mapa mundial adquiriu umas dimensões e perspectivas novas nos últimos três lustros. Não falarei de “globalização”, porque esse vocábulo resulta-me desagradável até o extremo. Pelo seu som, feio demais, e porque o creio representador de umas ideias imperialistas mal fantasiadas e pior feitas. Ideias que encarnam desrespeito pelas culturas que ousam divergir daquela dominante.

Mas sim, uma coisa é óbvia. Que as comunicações, ao ingressar nos tempos informáticos, e as viagens aéreas permanentes e mais econômicas, geraram um cenário sem precedentes.

A universidade assiste agora a um capítulo notável da sua fecunda existência. Tinha já nascido internacional desde seu berço italiano remoto, na Idade Média burguesa. E tinha sido plurinacional depois sua juventude europeia, com os alunos a deslocar-se longamente em procura de mestres prestigiosos, ideias inovadoras, claustros de fama. Passou ainda, porém, por uma época de triste nacionalismo, a encerrar corpos e mentes. E hoje, a internacionalidade regressa, de maneiras interessantes e impensadas.

A era do nacionalismo deixou sua herança. Não apenas em áreas como a do direito, onde poderia talvez entender-se um pouco mais. Mas também em campos universais, como a engenharia, a medicina, a arquitetura... Terrenos em que se compartilha um saber que nada tem que ver com as fronteiras políticas. Mas o peso da soberania nacional impus nos países a cruz das barreiras, em forma de exigências de reconhecimentos e revalidações, amiúde proibitivos, mesmo naquelas carreiras.

No caso do direito, dois foram os fatores que se conjuraram para dar letra às canções nacionalistas. Por uma parte, a construção de sistemas normativos próprios de cada país, em alta medida ao calor do fenômeno da codificação. Por outra, o culto da lei, erigido durante o século XVIII, germinado no XIX e ratificado no XX através duma interpretação pouco profunda das ideias do Kelsen da década de 1930. Boa ou ruim, essa separação do conteúdo dos estudos jurídicos entre os estados virou uma realidade contundente, e assim continua.

Mas isso atinge aos cursos e títulos de graduação, que são os que outorgam habilitação para o exercício profissional como advogado, juiz ou funcionário da justiça. Não é relevante no nível da pós-graduação, que é fundamentalmente acadêmico e de aperfeiçoamento. Mesmo quando possa gerar, como efeito acessório, incrementos salariais em trabalhos não vinculados ao ensino, ou vantagens em concursos, ou para ascender em cargos.





De maneira que aquela recuperada internacionalidade universitária encontrou seu campo mais fértil nas pós-graduações, e sobretudo em Mestrados e Doutorados. Nesses terrenos é onde se registrou o maior índice de migrações de estudantes, e onde floresceram as salas de aula integradas com alunos de diversos países.

E tal foi o cenário em que floresceu a ESJUS. Uma entidade brasileira prestigiada, dedicada desde cedo a trabalhar oferecendo a alunos de países de língua portuguesa, fundamentalmente Brasil e Angola, possibilidades de estudo de pós-graduação em outras terras.

O compromisso da ESJUS com a cultura levou suas autoridades a criar essa Revista, que hoje novamente me chega a honra de apresentar. Trata-se de uma ideia fecunda e valiosa, que parece estar chamada com merecimento ao sucesso. E assim o esperamos, congratulando muito sinceramente a feraz iniciativa.

Prof. Dr. Ricardo Rabinovich-Berkman  
Universidade de Buenos Aires, Dezembro de 2014



## **APRESENTAÇÃO**

A ESJUS – Escola Superior de Justiça – tem a satisfação de apresentar à comunidade jurídica o Volume IV da sua Revista Jurídica que segue trabalhando com os mesmos valores desde a sua primeira edição, o compromisso com o desenvolvimento da ciência jurídica e a promoção de uma reflexão crítica sobre o Direito, e se firma como um meio de divulgação das pesquisas e trabalhos desenvolvidos por nossos mestrados, doutorandos e pós-doutorandos.

Boa leitura a todos!



## LOS DERECHOS HUMANOS Y LA GENÉTICA. UN PUNTO DE TENSION ÉTICA

Adolfo Alberto Saglio Zamudio<sup>1</sup> y Teodora Zamudio<sup>2</sup>

**Resumen:** En esta investigación se analiza la tensión entre el derecho a la filiación personal y el derecho colectivo a la filiación humana en el contexto de los derechos humanos tal como se aplica a posibles modificaciones genéticas emergentes de las relaciones tanto en sentido familiar como colectivo. Si bien el derecho a la identidad personal puede justificar un interés válido a la modificación del genoma individual, el derecho colectivo a la identidad defiende un interés universal a la preservación del genoma humano. Teniendo en cuenta esta tensión, el trabajo identifica una serie de contradicciones y cuestiones problemáticas en la actual regulación jurídica internacional sobre el genoma humano que atentan contra el derecho a la identidad personal. Estos son los casos de la noción del genoma humano como patrimonio común de la humanidad y la idea fundada en la integridad de las especies, básicamente, aunque existen otros. El problema general de fondo tratado se refiere a la necesaria elasticidad no alcanzada entre los intereses individuales/familiares y colectivos, o dicho de otro modo, el desequilibrio entre una supuesta identidad de la especie humana y la identidad de cualquier individuo. Estos defasajes normativos y cuestiones problemáticas demuestran cómo el derecho a una identidad personal ha sido socavado por un derecho colectivo a la preservación de una alegada filiación humana.

**Palabras-claves:** Filiación humana – Genoma humano – Manipulación genética – Integridad genética – Derecho Humanos

### 1. INTRODUCCIÓN

En esta investigación se analiza la tensión entre el derecho a la identidad personal y el derecho colectivo a la identidad humana en el contexto de los derechos humanos tal como se aplica a posibles modificaciones genéticas humanas emergentes de las relaciones de filiación humana tanto en sentido familiar como colectiva<sup>3</sup>.

Si bien el derecho a la identidad personal puede justificar un interés válido en la modificación de su genoma individual, el derecho colectivo a la identidad defiende un interés universal a la preservación del genoma humano.

<sup>1</sup> Abogado UBA. Profesor del Práctico Forense en Derecho Laboral de la Facultad de Derecho UBA. Profesor Invitado de la Maestría en Bioética de la Universidad del Museo Social Argentino. Doctorando en Ciencias Jurídicas y Sociales del Museo Social Argentino.

<sup>2</sup> Abogada y Doctora en Filosofía del Derecho UBA. Docente Investigadora Categoría I Ministerio de Educación de la Nación. Profesora de grado y posgrado de la Facultad de Derecho UBA. Directora del Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales del Museo Social Argentino. Profesora. Directora de Cuadernos de Bioética y de [www.bioetica.org](http://www.bioetica.org)

<sup>3</sup> El **genoma humano** es el término utilizado para describir colectivamente todos los genes (aproximadamente 30.000) encontrado en los seres humanos. Constituye la secuencia de ADN completa de un humano, que comprende todos de la genética materiales que componen una persona individual. De esta manera, la definición del genoma humano abarca no sólo el conjunto completo de genes de cada individuo, sino también toda la gama de genes constituyentes de la especie humana

Teniendo en cuenta esta tensión, el trabajo identifica una serie de contradicciones y cuestiones problemáticas en la actual regulación jurídica internacional del genoma humano que atentan contra el derecho a la identidad personal. Estos son casos derivados de la adopción de la noción de genoma humano como patrimonio común de la humanidad y la idea fundada en la integridad de las especies básicamente, aunque existen otros.

La investigación también analiza la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (UDHGHR) y el Convenio de Oviedo, que junto con la de la UNESCO adoptan una “*identidad genética-marco*” que favorece una concepción de la identidad humana basada únicamente en los componentes genéticos y al prohibir cualquier cambio a la constitución de esa herencia genética compartida, aquellos instrumentos jurídicos internacionales colocarían un freno no justificado – o al menos sin fundamentos razonables- a la posibilidad de la modificación genética humana<sup>4</sup> que pasaría de ser una composición personal a serlo familiar y colectiva. Esto, como lo explica de Andrade, está en contradicción con la “*personalidad-identidad*” de la Convención Europea sobre la Ley Marco de Derechos Humanos (CEDH), que privilegia la idea del desarrollo de la identidad individual.

En este sentido, se pone en evidencia el desequilibrio actual entre el interés del individuo y el interés colectivo involucrados en la regulación del genoma humano. Así, ha de examinarse la proporcionalidad y razonabilidad de la prioridad dada a un “*colectivo estático*” y la identidad genética heredable, familiar (enmarcada de una manera bastante determinista)<sup>5</sup>.

Un enfoque más equilibrado debería tener en cuenta el derecho a la identidad personal (y no sólo la identidad familiar y colectiva) en el uso de las posibles tecnologías en el campo de la ingeniería genética humana. A tal fin, el marco jurídico internacional (y los nacionales que se hagan eco) que regula el genoma humano debe mantener a la vista ambos intereses.

El resultado de estas reflexiones son principalmente teóricas y prospectivas. El razonamiento desarrollado no se basa en la extensión de las tecnologías de modificación genética disponibles ahora, sino las previsible en el futuro. A pesar de ello, el análisis propuesto tiene considerables implicaciones pragmáticas para el marco regulatorio actual y cuestionan algunas de las hipótesis existentes, principios y normas que rigen actualmente el reglamento entorno del genoma humano: este es el caso de las nociones de “*especie humana*” y de lo que podría llamarse un “*derecho colectivo a la identidad humana*”.

Por otra parte, teniendo en cuenta la amplitud del campo de la ingeniería genética y sus numerosas implicaciones sobre la identidad humana y personal, esta investigación centra el debate sobre la posibilidad de la modificación genética (voluntaria) en humanos adultos<sup>6</sup>. El estudio, por lo tanto, se

<sup>4</sup> Nuno Gomes de Andrade, Norberto. *Manipulación Genética Humana y el Derecho a la Identidad: Las contradicciones de las leyes de Derechos Humanos en la regulación del Genoma Humano*. Instituto de la Universidad Europea, Departamento de Derecho, Florencia, Italia, 2010.

<sup>5</sup> Ibid. Esta posición –según el autor citado ut supra- pasa por alto el valor y el interés de la identidad individual, al prohibir cualquier cambio del genoma humano individual bajo el pretexto de una necesidad absoluta de preservar un genoma humano colectivo que se consideraría como la base fundamental de los derechos humanos a la identidad humana.

<sup>6</sup> Aunque, sin duda, importante para el tema de la identidad, prácticas como el análisis genético, técnicas de clonación, las tecnologías de reproducción y diagnóstico pre-implantación (que permiten la selección de las personas antes del nacimiento) no se discute. Se deja de lado las personas “creadas” o “diseñadas” a través de la clonación reproductiva, ya que estos casos van más allá del alcance del presente análisis.



centra en las personas adultas que opten por participar en la manipulación genética y evita ahondar en los complejos problemas de autonomía, autodeterminación y consentimiento informado. Además, se parte del supuesto de que estas modificaciones genéticas no afectan sólo a las células somáticas de los individuos tratados, sino también a sus células germinales, y que estas modificaciones, por lo tanto, son transmisibles a subsiguiente generaciones<sup>7</sup>.

Otros supuestos teóricos importantes se refieren a la salud y los riesgos de seguridad y el escrutinio del debate público. En este trabajo se asume que estas intervenciones genéticas pueden ser (en un futuro previsible) realizadas con éxito y de forma segura, sin causar problemas de salud o riesgos no deseados; que, asimismo, suponen han pasado la prueba del debate público, han sido sometidos a una rigurosa evaluación de sus impactos potenciales, y tienen aprobación<sup>8</sup> explícita, pública. Además, hay que señalar que las críticas sobre la concepción comunitaria del patrimonio genético debe ser vista desde el individuo, que la identidad colectiva parte del diálogo sobre los derechos y no son extrapolables a las preguntas relativas a patentar genes humanos y otros temas de comercialización y de derechos de propiedad intelectual.

## 2. DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD

El marco jurídico internacional de los derechos humanos ha “descubierto” en las últimas décadas el derecho a la identidad y rápidamente lo lanzó a la arena legal internacional. Además de su referencia explícita en la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño<sup>9</sup>, que expresamente reconoce el derecho a la identidad, este último ha sido recurrentemente invocado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (TEDH), a través de la interpretación jurisprudencial del derecho al respeto de la vida privada, consagrado en el artículo 8 de la Convención<sup>10</sup> a pesar de no estar específicamente mencionado en ninguno de los artículos de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), el Tribunal de Justicia en Estrasburgo ha derivado el derecho a la identidad del “derecho a la vida privada”, consagrado en el artículo 8 del CEDH (de manera similar a como lo ha hecho con el derecho a la intimidad)<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Manipulaciones genéticas que cumplan estas condiciones no son posibles en la actualidad. En la medida en que ha sido intentado hasta la fecha, la terapia génica de adultos afecta sólo el genoma somático, y no la línea germinal. Esta investigación, sin embargo, adopta un enfoque con visión de futuro mediante el examen de cómo la posibilidad de cambiar las células germinales de un individuo puede alterar la herencia genética compartida por toda la Humanidad contraviniendo la UDHGHR.

<sup>8</sup> Frankel, M. *Inheritable Genetic Modifications and a Brave New World: Did Huxley Have It Wrong?* (2003) En *Hastings Center Report* 31-36. Estos dos supuestos expuestos son, por otra parte, de conformidad con el informe emitido por la Asociación Americana para el Avance de la Ciencia (AAAS) en la modificación genética hereditaria. Ver Frankel MS and AR Chapman, *Human Inheritable Genetic Modifications* En *American Association for the Advancement of Science*, Washington, DC: (2000). Frankel también concluyó que “no hay modificaciones genéticas que afectan a la línea germinal, ya sean intencional o involuntaria, y no deben llevarse a cabo hasta que la seguridad, la eficacia de la tecnología y sus consecuencias sociales hayan sido objeto de una amplia discusión pública”.

<sup>9</sup> Art. 8 (1) estipula “el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. Para la inclusión del artículo 8 como resultado de una propuesta presentada por Argentina, véase Detrick, S *La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño: Una guía para los Trabajos preparatorios* Dordrecht: Martinus Nijhoff, (1992).

<sup>10</sup> El texto completo del artículo 8, es el siguiente: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y la vida familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho excepto aquellas que, de conformidad con la ley y es necesaria en una sociedad democrática en el intereses de la seguridad nacional, la seguridad pública o el bienestar económico del país para, la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás”.

<sup>11</sup> El Tribunal Europeo ha visto sistemáticamente el artículo 8 de la protección expansiva e interpretó las restricciones cuidadosamente, por lo que ahora existe un derecho a la autonomía personal, la identidad y la integridad incluso si no se indica explícitamente en el texto de la Convención, como “el derecho al respeto de la vida privada”, la libertad personal al decir de Marshall, J *Personal Freedom through Human Rights Law?: Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights*, En *International Studies in Human Rights* Leiden: Martinus Nijhoff, (2009).

## 2.1. Derecho a la Identidad Genética

A la luz de los nuevos avances tecnológicos, en particular en el campo de la genética, el marco jurídico internacional de los derechos humanos también ha tenido el beneficio de la re-conceptualización del derecho a la identidad personal<sup>12</sup>. El nuevo enfoque del derecho a la identidad personal se basa en los significados existenciales y de desarrollo de la identidad.

La identidad no es vista como una suma de elementos diferenciales, los cuales como representación de la propia identidad pueden ser malinterpretados o falsificados, sino como el relato, la historia individual interior que cada persona necesita para crear, desarrollar y reescribir a lo largo del tiempo con el fin de definir el significado de su vida<sup>13</sup>. La referencia al concepto de identidad genética es un ejemplo paradigmático, lo que constituye una importante innovación en la conceptualización del derecho a la identidad.

A pesar de su claro enfoque en los componentes genéticos, es importante señalar que la relevancia y el peso que se atribuye al concepto de identidad genética (como el derecho a identidad que abarque las características genéticas) no debe ser extrapolado (al menos teóricamente). Los atributos genéticos se consideran sólo una parte (aunque importante) de la identidad de alguien, no equivalen a la totalidad de la propia identidad. La moderación y equilibrio en el tratamiento de este concepto evita comprometerse con una especie de “*esencialismo genético*” o “*reduccionismo genético*”, que comprime al ser humano a una mera expresión de su arquitectura genética. Por consiguiente, la definición de identidad personal, como la profesada por los derechos humanos, se esfuerza por equilibrar la influencia de la genética junto con el papel del ambiente y la condición social en la formación de la propia identidad. En este sentido, el texto del artículo 3 de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos es particularmente relevante, ya que se refiere a la “*identidad de la persona*” abarcando no sólo los componentes genéticos de cada individuo, sino también el “*complejo educativo, ambiental y los factores personales y emocionales, los vínculos sociales, espirituales y culturales con los demás*”<sup>14</sup>.

El derecho a la identidad genética, por otra parte, recientemente ha adquirido una importancia considerable frente a los riesgos y amenazas de la manipulación genética. Como los genes que se comparten en una mayor o menor medida por todos los seres humanos<sup>15</sup>, la cuestión de la re-ingeniería

<sup>12</sup> La genética humana, de hecho, puede ser vista “*como el [nuevo] motor de la construcción moderna de los Derechos Humanos*”, según Boussard, H *Individual Human Rights in Genetic Research: Blurring the Line between Collective and Individual Interests*, en T Murphy (ed), *New Technologies and Human Rights* Oxford: OUP, (2009).

<sup>13</sup> Para notas más detalladas sobre la historia de la conceptualización del derecho a la identidad, ver Numo De Andrade, *Right to Personal Identity: The Challenges of Ambient Intelligence and the Need for a New Legal Conceptualization* en Gutwirth, Set y otros (eds.), *Privacy and Data Protection. An Element of Choice.*. Dordrecht: Springer, 2011. Es la idea de la identidad como un proceso narrativo, un ejercicio de la vida en tiempo de creación y recreación de la propia historia, lo que explica la postura abierta y progresista de la Corte en el establecimiento de los derechos de identidad sexual (en los casos de cambio de sexo) y como para permitir el acceso a la información sobre los orígenes y experiencias pasadas (también se consideran aspectos importantes de la identidad). Para un análisis más detallado, véase también J. Marshall, Ob.Cit.

<sup>14</sup> En contra de esta definición moderada y loable de la *identidad*, el sesgo hacia la idea colectiva de la identidad y la integridad genética de la especie humana contradice esta noción meta-genética de la identidad personal, centrándose únicamente en los criterios genéticos de la definición y la defensa de la entidad genética colectiva en juego, la especie humana.

<sup>15</sup> A medida que el bloque constituyente de toda la vida orgánica se construye surge que los genes son compartidos por los parientes de la familia y, en mayor grado, por todos los seres humanos. Cada uno de nosotros no sólo comparte parte de nuestro genoma con los padres, hermanos y otros miembros de la familia, sino también con cualquier otro ser humano. En este sentido, ha sido argumentado que el genoma humano es simultáneamente universal e individual. Barbas S, *Direito Do Genoma Humano* Almáquina, Coimbra: 2007. Esta noción representa no sólo el conjunto de genomas de todos los seres humanos del pasado, presente y futuro, sino también el genoma de un específico y determinado individuo.

o la manipulación de los genes implica no sólo los intereses de la persona humana, sino también los intereses de los grupos y de las generaciones futuras. Como resultado de ello, la familia, comunidades específicas y potencialmente todos los intereses de la humanidad están en juego en el campo de la manipulación genética humana. Dada la peculiar naturaleza dual de genes, así como las complejidades y sutilezas de un marco jurídico internacional de los derechos humanos en el campo de la genética, es necesario reconocer el doble sentido en el que la persona humana debe ser protegida por el organismo correspondiente de los derechos humanos. Por consiguiente, el marco legal de derechos humanos en el campo de la ingeniería genética protege a la persona humana no sólo como individuo en sí, sino también como depositario del patrimonio genético de la especie humana.

Por lo tanto, *“la protección de la identidad genética aparece como la nueva ratio del derecho a la identidad (la identidad genética del individuo) y el derecho a la singularidad de la individual (la identidad genética de la especie humana)”*<sup>16</sup>. En la conceptualización del derecho a la identidad admitida por esta perspectiva, y teniendo en cuenta la dimensión colectiva del genoma humano, es interesante observar que el derecho a la identidad ya no protege la identidad personal en el sentido de *“quién soy yo”*, sino en el sentido familiar de *“quiénes serán mis descendientes”*. El razonamiento detrás de esta manifestación particular del derecho a la identidad ya no está determinada por la necesidad de proteger su auto-percepción (quién soy yo para mí mismo) o la percepción de mí mismo forjada por una segunda persona (quién soy yo para los demás)<sup>17</sup>, sino *“¿quién soy yo?, de acuerdo a las características genéticas de la especie humana”*. Aquí, el individuo está protegido como parte de un todo, como representante de la Humanidad (incluidos los miembros futuros de su familia). Por lo tanto, *“el individuo está protegido como depositario del patrimonio genético de la especie y el derecho a la identidad genética protege los intereses de los individuos futuros de su familia y de la especie humana a través del tiempo”*<sup>18</sup>.

Sin embargo, el derecho a la identidad individual y su conciliación con los intereses familiares y colectivos implicados en la protección del genoma humano está desequilibrada y desarticulada. Y debemos volver a Nuno Gomes de Andrade, quien no duda en plantear que *“...el derecho a la identidad genética se encuentra en un atolladero conceptual cuando uno mira los intereses en competencia: individual y colectivo, con respecto a la modificación genética humana. A este respecto, la conexión entre el derecho a la identidad genética, por un lado, y el derecho a la integridad genética y el derecho a una herencia genética invariable, por el otro, es problemática”*<sup>19</sup>. Esta conexión pone de relieve varios problemas intrincados, hipótesis erróneas e implicaciones negativas. En contraste con la situación legal descrita en el marco de las convenciones generales de derechos humanos (por ejemplo, como el Convenio Europeo), los derechos humanos, los instrumentos jurídicos internacionales en el campo de la genética exponen un derecho desarticulado y problemático de la identidad genética, enmarcando conflictivamente los intereses individuales y familiares-colectivos, con una relación poco clara entre el derecho a la integridad en la regulación del genoma humano.

<sup>16</sup> H. Boussard, Ob.Cit..

<sup>17</sup> Estas dos perspectivas de identidad, llamadas identidades *idem/ipse* propuestas por Ricoeur refuerza la capacidad de contar y de contarse, y de responder así a la pregunta: ¿quién soy? Ricoeur, P. *Oneself as Another* (Chicago: University of Chicago Press, 1992). La distinción

<sup>18</sup> H. Boussard, Ob.Cit.

<sup>19</sup> Nuno Gomes de Andrade, N. Ob. Cit., (2010)

### 3. EL DERECHO INTERNACIONAL ENTORNO DE LA MANIPULACIÓN GENÉTICA HUMANA

El objetivo subyacente detrás del tratado internacional y la regulación del genoma humano es la protección de la identidad genética tanto de la persona humana como de la especie humana.

Entre las distintas construcciones jurídicas que han surgido con el fin de proteger la identidad genética de la especie humana<sup>20</sup>, los más intrigantes son los llamados derecho a la *integridad genética* y el derecho a un *patrimonio genético* no modificado. En el contexto de la *terapia génica*, el derecho a la integridad genética impide la modificación del código genético del individuo, consciente de los peligros planteados por *“el uso de las nuevas técnicas científicas para recombinar artificialmente material genético de los organismos vivos, conocida como ingeniería genética”*. A través de esta recomendación (en el marco europeo), la protección del genoma humano se consideró como un paso fundamental para garantizar el respeto de la dignidad humana, tanto en su persona y en sus aspectos familiares y colectivos.

Actualmente, dos instrumentos internacionales asumen especial relevancia en el tema: la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (UDHGHR)<sup>21</sup> y el Convenio de Oviedo de Derechos Humanos y la Biomedicina (Convención de Oviedo)<sup>22</sup>.

Siguiendo la misma línea de la Recomendación de 1982, el Convenio de Oviedo hace hincapié en la protección de la dignidad e identidad de todos los seres humanos (art. 1), permitiendo como únicas intervenciones las que tienen por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, con fines de diagnóstico o terapéuticos (art. 13)<sup>23</sup>. La UDHGHR, al tiempo que afirma en su primer artículo que en el genoma humano *“subyace la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana, así como el reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad”*<sup>24</sup>, lo instituye en el marco jurídico internacional como Patrimonio Común de la Humanidad.

Estos instrumentos internacionales comprometen a garantizar la preservación de la especie humana y a defenderla de las prácticas científicas y tecnológicas que puedan violar su integridad e

<sup>20</sup> Boussard enumera cuatro construcciones jurídicas relacionadas con la protección de la identidad genética: 1) la prohibición de las prácticas contrarias a la dignidad humana, en particular la prohibición de la reproducción humana clonación (art 11), 2) el derecho a la integridad genética y el derecho a un patrimonio genético no modificado, y 3) el derecho a una identidad única (que está relacionada con el embrión) y 4) del principio de la no discriminación. H Boussard, Ob.Cit..

<sup>21</sup> El UDHGHR fue adoptada por las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) en 1997. Presentado como un instrumento acompañante en el campo de la genética a la Declaración Universal de 1948 Declaración de los Derechos Humanos, el UDHGHR fue la piedra angular de la UNESCO de 2003 Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (IDHGD) y la Declaración Universal de 2005 Bioética y Derechos Humanos (UDBHR).

<sup>22</sup> La presente Convención presenta la particularidad de ser el único instrumento legalmente vinculante para los Estados Parte), que tienen *“una autoridad especial para crear nuevos derechos humanos o interpretar los derechos positivos (es decir, los derechos consagrados en los tratados de derechos humanos o del derecho internacional consuetudinario) en la genética”*. H Boussard, Ob.Cit. Este derecho se consagró originalmente en la Recomendación 1982 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre ingeniería genética como el *“derecho a la herencia genética no modificada”*; así, la Asamblea Parlamentaria decidió consagrar un nuevo derecho humano: *“el derecho a heredar un patrón genético que no se ha modificado artificialmente”* (punto 4.a). Derivado que a partir de los derechos a la vida y la dignidad humana, este derecho no se enmarcó en términos absolutos, sino que contemplan una excepción para las aplicaciones terapéuticas (terapia génica).

<sup>23</sup> Art. 13. Intervenciones sobre el genoma humano: *Una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano sólo podrá realizarse con fines preventivos, diagnósticos o terapéuticos, y sólo si sus objetivos son los de no introducir cualquier modificación en el genoma de la descendencia.*

<sup>24</sup> El UDHGHR también establece en su artículo primero que el genoma humano es, en un sentido simbólico, el *Patrimonio de la Humanidad*.



identidad común, al prevenir posibles modificaciones del genoma humano, estos instrumentos parecen tener el objetivo de certificar que los humanos sigan siendo los *mismos* seres humanos, a la luz de los avances científicos.

Su regulación es, sin embargo, inconsistente, y esconde una serie de problemas y supuestos erróneos.

### 3.1. Características de la actual regulación jurídica internacional del genoma humano

El problema de fondo tratado en las siguientes sub-secciones se refiere a la tensión no resuelta entre los intereses individuales y los familiares - colectivos, es decir, el desequilibrio entre una supuesta identidad de la especie humana y la identidad de cualquier individuo. Estos defectos y cuestiones problemáticas demuestran cómo el derecho a una identidad personal y familiar ha sido socavado por un derecho colectivo a la preservación de una alegada filiación humana.

#### 3.1.1. La relación entre el Derecho a la Identidad Genética y el Derecho a la Integridad Genética

El primer problema se refiere a la falta de uniformidad entre los diferentes instrumentos jurídicos con respecto a la articulación entre el derecho a la identidad y el derecho a la integridad de los recursos genéticos.

El reconocimiento del derecho de una persona a un patrimonio genético no modificado fue inicialmente formulado como un derecho a la identidad genética<sup>25</sup>. Un ejemplo de esta correspondencia puede ser encontrada en una propuesta de 1993 para una resolución del Parlamento Europeo sobre el derecho a la identidad genética, por la que se propiciaba una declaración por la cual el derecho a la identidad genética cubría el derecho a un patrimonio genético no modificado<sup>26</sup>.

La situación es diferente en el marco legal actual. El Convenio de Oviedo, a pesar de que hace referencia explícita a la protección de la integridad de los seres humanos (art. 1), no consagra un derecho general a la integridad genética. En la misma línea, la versión final de la UDHGHR, a pesar de algunas dudas durante la fase de elaboración, no hace ninguna referencia a la integridad del patrimonio genético y se limita a prohibir un número restringido de prácticas que sean contrarias a la dignidad humana. Este documento, en lugar de centrarse en la idea de la integridad, insiste en el vínculo entre el genoma humano y la dignidad del ser humano<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Lozano RM, *La Protection Européenne des droits de l'homme dans le Domaine de la biomedicine* Paris: Documentation Française, 2001. Citado por Nuno Gomes de Andrade, N. Ob. Cit.

<sup>26</sup> Propuesta para una resolución del Parlamento Europeo sobre el Derecho a una Identidad Genética presentada por M Valverde López, 21 de diciembre de 1993, B3-1651/93, PE 179.062, citado en Nuno Gomes de Andrade, N. Ob. Cit.

<sup>27</sup> Por otra parte, la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (IDHGD) sigue la misma tendencia, al no contemplar ninguna referencia al derecho a la integridad genética, la definición en lugar de una persona identidad de una manera amplia y extra-genética: Cada individuo posee una configuración genética característica. Sin embargo, la identidad de una persona no debería reducirse a sus rasgos genéticos, pues en ella influyen complejos factores educativos, ambientales y personales, así como los lazos afectivos, sociales, espirituales y culturales de esa persona con otros seres humanos, y conlleva además una dimensión de libertad”

Sin embargo, el derecho internacional de derechos humanos no es del todo coherente o uniforme en esta materia. Si bien el Convenio de Oviedo explícitamente excluye las intervenciones genéticas destinadas a introducir cualquier modificación en el genoma de la descendencia (art. 13)<sup>28</sup>, la UDHGHR es ligeramente más flexible, ya que no prohíbe explícitamente las intervenciones sobre la línea germinal de células<sup>29</sup>. El último instrumento internacional, de hecho, “sólo” establece que “*Las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación reproductiva de los seres humanos, no se permitirán*” (art. 11)<sup>30</sup>.

Además, es importante entender que no todas las intervenciones en el genoma humano dirigidas a modificar la línea germinal necesariamente equivale a una práctica eugenésica. Por lo tanto, es más apropiado seguir el ejemplo de redacción de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 3º, “Derecho a la integridad de la persona”), que -a diferencia de la Convención de Oviedo- no consagra ningún prohibición general de modificaciones genéticas en la línea germinal. Esta norma se refiere más bien a la prohibición de las prácticas eugenésicas (en particular las destinadas a la selección de las personas) y específicamente la clonación reproductiva de seres humanos (art. 3.2). Contrariamente a la iniciativas en los años 1980 y 1990, dirigido por las instituciones europeas, el derecho a la integridad de los recursos genéticos ya no se formula en términos de un derecho general a una herencia genética no modificado como equivalente a un derecho a la identidad genética.

La asociación del derecho a la integridad genética (y, posteriormente, el derecho a una no modificada herencia genética) con el derecho a la identidad genética constituye una visión estrecha sobre la manipulación genética humana, que se centra únicamente en los peligros de esta última sin considerar los beneficios potenciales que se pueden derivar de ellas. El derecho a la identidad genética, por lo tanto, debe prever tanto la integridad, como también la variabilidad genética de la propia composición: el derecho a la identidad personal perfectamente puede abarcar el derecho a la modificación genética individual.

A pesar de la autonomía conceptual concedida al derecho a la integridad genética, puede señalarse una ambigüedad fundamental provocada por el concepto de patrimonio genético, y por tanto de la integridad genética, que se concreta en los diversos instrumentos jurídicos relativos a los derechos humanos:

- En algunos casos, la integridad genética parece ser equiparada con la constitución genética de la especie humana en su conjunto. De acuerdo con este punto de vista, el genoma humano equivale al reservorio de todos los genes de la especie humana<sup>31</sup>.
- En otros, el concepto de integridad genética parece corresponder simplemente a la herencia

<sup>28</sup> Artículo 13. Intervenciones sobre el genoma humano. Únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia

<sup>29</sup> Lozano, R-M Ob.Cit., citado en Nuno Gomes de Andrade, N. Ob. Cit.

<sup>30</sup> Artículo 11 No deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos. Se invita a los Estados y a las organizaciones internacionales competentes a que cooperen para identificar estas prácticas y a que adopten en el plano nacional o internacional las medidas que corresponda, para asegurarse de que se respetan los principios enunciados en la presente Declaración.

<sup>31</sup> Art. 1 de la UDHGHR que: “*El genoma humano es la unidad fundamental de todos miembros de la familia humana, así como el reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. en una simbólico sentido, constituye el patrimonio de la humanidad*”.

genética de determinadas personas<sup>32</sup>, sean individuos existentes o futuros. El genoma humano, en esos términos, parece equipararse al propio genoma de un individuo.

Esta ambivalencia tiene mayores implicaciones para las circunstancias en que pueden surgir confrontaciones entre el derecho individual a la identidad (y el derecho a la modificación genética individual que se da a entender) y el derecho a la integridad de los datos genéticos (junto con el derecho a un patrimonio genético no modificado). ¿Existiría diferencia en la constitución del genoma humano colectivo si la herencia genética e integridad de un individuo es modificada mediante la incorporación de alelos favorables de genes obtenidos de otros seres humanos?. En otras palabras, sin implicaciones para la integridad genética y la identidad de la especie humana.

Si el concepto de integridad genética se entiende como la del genoma humano colectivo de todos los seres humanos, entonces la integridad genética de la especie humana sólo se alteraría si un individuo o individuos se sometiese a una modificación genética que implicase la incorporación de genes derivados de fuentes no humanas. Esta comprensión restringe considerablemente el alcance de la norma con respecto a la identidad genética colectiva humana y su integridad. En términos prácticos, mientras que la terapia génica empleando genes no humanos es hipotéticamente posible, parece muy poco probable que se produzca en un futuro previsible. Así pues, la protección del genoma humano a través del derecho a la integridad genética no debería exponerse como un derecho *nuevo* dentro de los Derechos Humanos. Pero, la respuesta podría variar diametralmente si nos referimos a una familia que pretenda incorporar a sus hijos genes que “mejoren” su performance intelectual, física, deportiva, etc.; o “borrando” de su acervo genético genes deletéreos que por generaciones han provocado enfermedades. En estos caso no se estaría alterando el genoma colectivo humano (que seguiría siendo humano por la fuente humana de los genes incorporados, en su caso) pero sí alteraría el genoma familiar. Quizás podríamos considerar legítimo el segundo caso pero la línea es borrosa a la hora de fijar que enfermedades serían consideradas y porque una mejora no es en realidad una manera de prevenir o dotar a las próximas generaciones de herramientas para vencer desafíos dañinos o que garanticen su supervivencia.

Esta es otra de las “opacidades” en la regulación jurídica internacional del genoma humano: la dificultad para distinguir entre lo que la terapia genética es y lo qué no es, y sólo las que permite con fines terapéuticos. A la luz del actual y de los próximos avances tecnológicos, el problema consiste en distinguir entre la terapia y la mejora<sup>33</sup>. Este es un dilema que los juristas habrán de definir, tarde o temprano, a la hora de interpretar las normas vigentes que regulan el genoma humano. En este sentido, y como señala Frankel, uno debe darse cuenta de que *“lo que hace a la modificación genética heredable no es su capacidad para tratar una enfermedad, sino su capacidad para, algún día, mejorar características humanas más allá de lo que la mera buena salud requiere”*. Por tanto, es de suma importancia para los estudiosos del derecho considerar los usos posibles para que la modificación genética heredable, que no sólo incluyen el alivio o eliminación de las enfermedades genéticas, sino también el “derecho a la mejora o perfeccionamiento” sea parte de los Derechos Humanos<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Art. 8 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos establece que: *“Los individuos y los grupos especialmente vulnerables deberían ser protegidos y la integridad personal de dichos individuos respetada”*. Art. 11 de la Convención de Oviedo que: *“Cualquier forma de discriminación de una persona por razón de su herencia genética está prohibida”*.

<sup>33</sup> *Mejora*, en este sentido, es una cuestión de definición Juengst, ET *What’s Taxonomy Got to Do with It? ‘Species Integrity’, Human Rights, and Science Policy*, en J Savulescu and N Bostrom (eds), *Human Enhancement* Oxford: Oxford Pres, (2008).

<sup>34</sup> Frankel M.S., Ob.Cit.. El autor, por otra parte, sostiene que *“las solicitudes de mejora más que los usos médicos determinarán el alcance, la dirección, el ritmo y la aceptación de MGH en los Estados Unidos Estados”*.

La existencia de rasgos distintivos –o dicho de otro modo, aglutinantes- del género humano pueden ser enunciados intuitivamente de modo dificultoso o, al menos, cambiante.

Sin embargo, a la hora de tener claros los límites de la inalterabilidad intraspasable: sus costos y sus beneficios, tales rasgos –aunque se advierta que la casuística puede parecer risible por lo interminable e infecunda- se presentan como necesarios, insoslayables, para fijar los parámetros de lo natural respecto del hombre, de lo que le da identidad genética. Se verifica en los últimos años un contumaz intento por identificarlos desde lo biológico y con mayor precisión desde lo genético, reduciendo la expresión de los caracteres humanos –o pretendiendo hacerlo- a un listado de nucleótidos, más o menos ordenados. Sin llegar a (o abandonando) lo esencial de la condición de “*humaneidad*”.

Básicamente, las características “normales” de una especie están dictadas por el material contenido en los cromosomas –átomos ordenados en moléculas de *ácido desoxirribonucleico (ADN)* y proteína histona-; ellos cumplen con los requisitos que les permiten desempeñar su función de responsables de la transmisión hereditaria de los caracteres de una especie, pero esencialmente son capaces de mutar, de alterar los genes y copiar tales “errores” tan fielmente como el original. Con ello se garantiza la variación y la evolución genética de la especie. El material genético cromosómico constituye el *genotipo* que se encuentra sometido a las leyes de la herencia mendeliana, en caso de reproducción sexual biparental. Sin embargo la apariencia de un individuo desde todo punto de vista (anatómico, fisiológico, físico) –lo que constituye el *fenotipo* del individuo- resulta de una cooperación entre todos los genes cromosómicos que se expresan, el material genético extra-cromosómico y el medio en el que se halla el organismo<sup>35</sup>. Así entonces, de la actividad primaria de un gen a la realización de un carácter se extienden toda una serie de relaciones de causa-efecto y de coordinación con otros genes que no son posibles de predecir con exactitud

Aún absorbiendo un rango porcentual de distorsión caracterizante de un individuo en particular pero no-segregatorio de su condición de miembro de la especie, si se aplicaran los criterios adoptados antropológicamente para escalonar la “aparición” del hombre sobre el planeta (autoconciencia reflexiva) o los señalados para atribuir la condición de organismo viviente (actividad metabólica y capacidad reproductiva), se debería prever una especial consideración para casos genotípicamente diferenciados de los estándares actuales de la familia humana.

Desde el color de los cabellos, fenotípicamente alterable con facilidad, hasta algún grado de autoconciencia, cada detalle emerge de una combinación precisa y fatal de genes y ambiente. Cuáles de ellas son consideradas o aceptadas como normales, cuáles de ellas serán concientemente “absorbidas” por el grupo social dominante, a pesar de la desventaja evolutiva, dependerá del evaluador que no es otro que el propio individuo, sumergido en su contingencia y comunidad social. En cada una de ellas se forjará no sólo un arquetipo de “miembro activo pleno”, sino de “márgenes de absorción” de los casos extremos de acuerdo con las posibilidades y exigencias de esa misma comunidad y sus intereses prioritarios (patrones religiosos, requerimientos ambientales y condiciones geosistémicas, en general) y el costo que por cada individuo extraordinario se tenga las posibilidades de asumir.

<sup>35</sup> V.gr., el oso polar (aislado de sus parientes, los osos pardos, por las masivas glaciaciones del Pleistoceno) adquirió dientes carnívoros (sus pariente son, básicamente, vegetarianos), pelos rígidos en las plantas de los pies y color blanco. En el caso de las ballenas, delfines y marsopas que han adquirido formas aerodinámicas adaptadas a la natación, aunque se parecen no son peces sino mamíferos que conservan, aún, pulmones como sus parientes terrestres

El concepto de selección natural –definida como la tasa de reproducción diferencial de distintos genotipos de una población- al que se asocia el de evolución, conlleva cierta idea de cambio y de progreso debido a que a ella se le imputa la producción de individuos cada vez más complejos y de diseños más sofisticados; sin embargo, el cambio no significa siempre progreso, la capacidad de una especie para “continuar” existiendo depende, primariamente, de la suficiente variabilidad genética de su población, entre otros factores.

La selección natural puede constituir un factor crítico en la preservación y promoción de la variabilidad y, en todo caso, la supervivencia y la evolución dependen de la interacción de una multiplicidad de factores. En otras palabras, varias presiones selectivas diferentes operan en la evolución. La acaso perfectibilidad del hombre no obstante no depende únicamente de la evolución y del cumplimiento de sus reglas y leyes, su propia injerencia ha marcado significativas modificaciones al desarrollo fisio-morfológico de la especie al progresar en curas y medicamentos, en confort y herramientas.

Volviendo a la letra de la norma, los estudiosos de problemas legales deben enfrentar y reconocer que la distinción entre terapia y mejora es, en ciertos contextos y términos relativa, subjetiva, sino imposible, de hacer.

Además, como ya se señaló la línea de tratamiento distintivo de mejora será cada vez más difícil de trazar. Habrá muchos casos límites en los que será difícil determinar si un conjunto de condiciones califica como mejora o terapia<sup>36</sup>. En este sentido, “*la distinción en tratamiento de mejora parecerá arbitrario en un cierto rango de los casos porque nuestra distinción entre la salud normal y anormal a veces parecerá arbitrario*”<sup>37</sup>. Muchas mejoras al mismo tiempo pueden ser caracterizadas como tratamientos<sup>38</sup>.

Con el esperado crecimiento y desarrollo de tecnologías de mejora, lo que no fue visto como una enfermedad podría empezar a ser percibido como una, como por ejemplo el envejecimiento. Hay casos en los que las mejoras serán consideradas sin duda ética, no sólo justificable, sino incluso deseable. Este es el caso, por ejemplo, de inmunizaciones, que mejoran el sistema inmunológico de una persona en lugar de curar o controlar enfermedades<sup>39</sup>.

Para complicar las cosas aún más, la tecnología desarrollada con fines terapéuticos será la misma que la utilizada para la mejora. En este sentido, la disponibilidad de servicios médicos tecnologías de tratamiento, aunque no intencionadamente, promoverán inexorablemente aplicaciones de mejora<sup>40</sup>.

Siguiendo estos argumentos aún más lejos, ya a la luz de la definición creciente de indistinción entre el tratamiento y mejora, lo que pone en tela de juicio el significado de los conceptos de salud y enfermedad, la posibilidad de clasificar la modificación de genes en los servicios de salud será un

<sup>36</sup> Además, la precisión de esta distinción es importante por razones prácticas, como muchas personas argumentan que terceros pagadores (por ejemplo, compañías de seguros) están obligados a pagar los tratamientos, por ejemplo, pero no para mejoras, como la cirugía de aumento mamario. Elliott, C. *Enhancement Technology*, en DM Kaplan (ed), *Readings in the Philosophy of Technology* Lanham, MD: Rowman & Littlefield Publishers, (2004) 373-379.

<sup>37</sup> Degrazia, D. *Human Identity and Bioethics* Cambridge: CUP, (2005).

<sup>38</sup> Elliot C., Ob. Cit.

<sup>39</sup> Harris, J., *Enhancing Evolution: The Ethical Case for Making Better People* Princeton, NJ: Princeton Press, 2007.

<sup>40</sup> Frankel M.S., Ob.Cit.

asunto de opinión<sup>41</sup>. En efecto, el derecho a la salud podría ser invocado para justificar el uso de la línea de ingeniería genética germinal <sup>42</sup>.

El derecho a modificar el propio genoma (como lo implica el derecho a la identidad personal) estaría, pues, limitado por esta pseudo distinción entre terapia y perfeccionamiento. Por lo tanto, en lugar de mantener la distinción entre terapia y mejora “artificial” -y teniendo en cuenta las solicitudes de esta última que inexorablemente pronto se harán sino lo están ya- es que sería más apropiado redactar un marco regulatorio de acuerdo con un modelo diferente, dibujando distinciones, juzgando que modificaciones genéticas deben ser admitidas y cuáles deben ser prevenidas. Uno de los pilares de este modelo podría ser el interés y el valor de identidad<sup>43</sup>, personal, familiar colectivo y a quienes les estaría dado fijarlos.

### 3.1.2. El Genoma Humano como Patrimonio Común de la Humanidad

Otro factor importante, presente en la regulación del genoma humano, que pueden vulnerar el derecho a la identidad personal es la declaración del genoma humano como Patrimonio Común de la Humanidad.

La Unión Inter Parlamentaria ha declarado el genoma humano como un “común” patrimonio al que todos tenemos derecho. En este sentido, el art. 1 confirma que en el genoma humano “*subyace la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana, así como la reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En un sentido simbólico, es la patrimonio de la humanidad*”<sup>44</sup>.

De esta manera, y con el fin de proteger la integridad genómica de la humanidad, cada país -de acuerdo a los valores culturales, éticos, sociales, religiosas y económicas (entre otros)- debe proteger el conjunto de genes de cada persona, no sólo en su dimensión tangible (ADN y ARN), sino también en su aspecto inmaterial (información)<sup>45</sup>. En términos prácticos, el genoma es reconocido como un recurso humano cuya utilización será efectiva sujeta a una Comisión Internacional de las Naciones Unidas. Así, la información incorporada en el genoma humano, asumido como componente constitutivo de la persona humana, es entonces Patrimonio Común de la Humanidad, que ha sido entregado a la tutela de la Humanidad a través de su órgano de representación, las Naciones Unidas<sup>46</sup>. Sin embargo, y añadiendo a los problemas analizados anteriormente, esta designación también plantea una serie de dificultades. En efecto, las doctrinas del patrimonio común que se han aplicado al Genoma Humano presentan problemas con el derecho a la identidad personal.

<sup>41</sup> Marks, S.P. Tying Prometheus Down: The International Law of Human Genetic Manipulation. En *Chicago Journal of International Law* 2002; 115-136.

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> Nuno Gomes de Andrade, N. Ob.Cit (2010).

<sup>44</sup> La Unión Interparlamentaria, “Resolución sobre la Bioética y sus implicaciones en el mundo para los Derechos Humanos Protección de Derechos “(1995) también afirma la herencia genética común de la humanidad. UNESCO sólo atribuye la denominación de Patrimonio de la Humanidad a las realidades físicas, como la luna, la profundidad del fondo marino y monumentos con valor cultural.

<sup>45</sup> Serrão, D *Nota Sobre o Anteproyecto da Declaração da UNESCO Sobre o Genoma Humano*, Lisboa: Conselho Nacional de Ética Para as Ciências da Vida, (1997).

<sup>46</sup> Serrão, D A UNESCO e o Genoma Humano en *Brotéria* (1996) 146/6



El Patrimonio Común es una doctrina del derecho de propiedad, por lo que la Unión Inter Parlamentaria consideraría que el genoma humano es propiedad de toda la Humanidad. El problema de esta construcción jurídica de la humanidad como “propietaria” del genoma humano es la dificultad de promover un supuesto colectivo de administración de un recurso genético que constituye nuestro propio cuerpo. En este punto cabe la provocativa pregunta “¿significaría esto que se manejaría el recurso genético humano para el bien común cuando ese recurso reside, al menos en parte, en los cuerpos de los todas las personas? ¿Qué bienes y valores se llevaría a cabo a través de esta gestión, y cómo dicha gestión se lleva a cabo sin interferir con la libertad de procreación y la intimidad personal?”<sup>47</sup>. El genoma humano “reside en los cuerpos de las personas autónomas, que poseen intereses, valores, proyectos y derechos legales”<sup>48</sup>.

La designación del genoma humano como patrimonio común de la humanidad y su argumento a favor está, además, basándose en el principio utilitarista del “mayor bien para el mayor número de personas”, lo cual es como decir que los materiales genéticos humanos -al igual que todos los recursos del mundo- deben utilizarse para proporcionar el bien común y el beneficio a toda la humanidad, lo cual significaría no reconocer las diferencias entre los intereses y necesidades de los seres humanos<sup>49</sup>. Este argumento sobre el patrimonio común en defensa de un imperativo cultural “... utilizar el extraordinario poder científico que se ha creado a través del desarrollo de la tecnología del ADN ... para el beneficio de todas las personas”<sup>50</sup> a primera vista, pueden incluso parecer válido y justificado.

Se ha observado que “la idea de que los intereses de la mayoría siempre triunfará sobre la intereses de unos pocos en este campo, es obviamente falso”<sup>51</sup>. Incluso en el ámbito de la investigación de enfermedades y curas, el cálculo puramente utilitarista tiene sus límites evidentes, ya que a pesar de los intereses humanos esenciales que están en juego, los beneficios potenciales que se derivan de la investigación no puede obligar a las personas a someterse a pruebas genéticas o ser sometidos a experimentos médicos en favor de la mayoría... ni siquiera de la Humanidad toda<sup>52</sup>.

Merece destacarse entonces que en “los pueblos originarios no tiene sentido alguno hablar del genoma humano como material hereditario de un individuo, puesto que esa herencia es propiedad de todos los miembros de la comunidad. Se trata de un patrimonio comunitario y sagrado y por lo tanto les resulta ridículo, inadmisibles e insultante que una compañía pretenda apropiarse de ese recurso y beneficiarse con ello. Además las categorías legales occidentales que discriminan entre propiedad cultural, intelectual y física no son diferentes ni mutuamente excluyentes para los pueblos indígenas. El interés por descubrir y comprobar los orígenes remotos y las migraciones de los pueblos indígenas de acuerdo con un esquema científico, por último, no es una preocupación que altere la calma de estas comunidades puesto que ellas poseen desde antiguo firmes creencias al respecto”<sup>53</sup>.

<sup>47</sup> Ossorio, P The Human Genome as Common Heritage: Common Sense or Legal Nonsense? En 35/3 *Journal of Law, Medicine & Ethics* 425-439 (2007).

<sup>48</sup> Ibid.

<sup>49</sup> Underkuffler, L. Human Genetics Studies: The Case for Group Rights *Journal of Law, Medicine & Ethics* 35/3 (2007) 383-395

<sup>50</sup> Ibid.

<sup>51</sup> Ibid.

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> Cecchetto, S. Genética, dominación e identidad cultural en el sur argentino -chileno En Zamudio, T. *Derechos de los Pueblos Indígenas*. Disponible en <http://www.indigenas.bioetica.org/not/nota40.htm>

### 3.1.2.1 Caracterización jurídica de la “filiación humana”.

La confirmación del Comité Internacional de Bioética (CIB) de que “*el genoma humano debe ser preservado como patrimonio común de la humanidad*”<sup>54</sup> plantea más problemas sobre el derecho a la identidad personal. Teniendo en cuenta que el patrimonio común de la humanidad es el resultado de la evolución, Harris sostiene que es sólo racional defender el principio de precaución en esta área si se puede estar seguro de que la libre evolución de la humanidad -de cualquier ser humano- será mejor que la manipulación del genoma. Sin ningún término de comparación, no hay ninguna razón o base para decidir entre cual curso de la evolución humana (natural o artificial) se debe ser cauteloso<sup>55</sup>.

Este argumento hábilmente juega con el significado y el funcionamiento del principio de precaución, derivado de su tarea de prevenir futuras acciones riesgosas. En otras palabras, se desplaza el principio de precaución de ser un principio pasivo (dejar que las cosas sigan como están) a uno activo (cambiando las cosas de como son), induciendo a la acción en lugar de prevenirla. En cualquier caso debe interpretarse que el argumento es importante porque subraya el sesgo inexplicable de la UNESCO hacia una configuración estática del genoma del ser humano. Llama la atención sobre el hecho de que el genoma humano inexorablemente se mantiene en evolución y que se debe hacer un análisis de los riesgos y las ventajas de ser humano en evolución, ya sea con o sin alteraciones genéticas inducidas. Más allá de que se favorecieran los cambios naturales y progresivos en detrimento de los tecnológicos inducidos.

Este sesgo hacia el mantenimiento de un *status quo*, además, no se apoya en ninguna explicación de cuáles supuestamente son exactamente los peligros que surgen de las modificaciones genéticas. ¿Por qué es mejor evitar cualquier tipo de modificación genética artificial? La norma internacional, en este caso, parece no dar justificaciones adecuadas. Ni tampoco ¿Por qué quedan los padres excluidos de la decisión, suplantados de cuajo por la norma aún ante riesgos o provechos evidentes para su progenie?

### 3.1.2.2 La Humanidad como sujeto de Derecho

Otro problema jurídico pertinente que puede afectar el derecho del individuo a ejercer su identidad personal es la conceptualización de la Humanidad como sujeto de derecho. Con la proclamación del genoma humano como patrimonio común de la Humanidad<sup>56</sup>, el concepto de la Humanidad -presente y futura- ha sido considerado un tema de derechos, lo que representa un concepto totalmente nuevo en el derecho internacional<sup>57</sup>. Según algunos autores, esta Declaración ha convertido al genoma humano, además de la persona humana, en un tema de derechos<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> Harris, J. Ob.Cit.

<sup>55</sup> Ibíd. Harris reflexiona que: “... *No está claro por qué un enfoque precautorio debe aplicarse únicamente a cambios planificados y no al status quo. En ausencia de datos fiables en cuanto a lo peligroso de dejar las cosas desenvolverse por sí solas, no tenemos ninguna base racional para un enfoque preventivo que prioriza el status quo*”

<sup>56</sup> Para una visión general de las principales cuestiones jurídicas que rodea a la construcción legal del genoma humano como herencia común, así como una explicación sintética de la doctrina de la propiedad relacionada con el genoma humano, véase Harris, J. Ob.Cit.

<sup>57</sup> Barbas S, Ob.Cit..

<sup>58</sup> Serrão, D., Ob.Cit.. Estela Neves Barbas, en este contexto, habla de un cambio del “derecho al genoma humano”, con el genoma como el objeto de derecho, al “derecho del genoma humano”, con el genoma como sujeto de derechos. La autora, de hecho, ha titulado la versión publicada de su tesis doctoral como “*El Derecho del Genoma Humano*”. Barbas SN, Ob.Cit.



La dificultad legal que se enfrenta en la construcción de la noción de patrimonio común de la humanidad, junto con el derecho colectivo de un genoma humano inalterable, es el concepto de sujeto de derecho, es decir, el titular del derecho. ¿Qué grupo tiene este derecho colectivo? ¿Es la Humanidad en sí misma, un sujeto de derecho? Este problema se relaciona con la cuestión bastante polémica de los derechos de grupo en el campo de la genética y su tensión con los derechos individuales.

A este respecto, diferentes entidades colectivas han sido identificadas como sujetos legítimos de los supuestos derechos de dominio colectivo. Tres grupos distintos se pueden prever: las familias<sup>59</sup>, las comunidades específicas (tales como las poblaciones indígenas), y la Humanidad. A diferencia del ámbito habitual al que se refiere la literatura específica, el grupo al que la potencialidad de los derechos colectivos (en este caso, el derecho a la identidad) se está refiriendo no es un grupo familiar, una comunidad indígena o de un grupo étnico, sino a toda la Humanidad. En definitiva, no hay una definición cierta de este nuevo y singular sujeto de derecho.

Mientras que, el “individuo frente al grupo” es una cuestión que ya ha recibido detallada atención de un número de juristas con respecto al tema de la familia y de los derechos indígenas, la cuestión del individuo frente a la Humanidad en términos de derecho a la identidad no ha sido explorado y se encuentra en un limbo de incertidumbre legal<sup>60</sup>.

Uno de los principales problemas de la tensión individuo-colectivo que contribuye a este vago estado de cosas es precisamente la cuestión del sujeto al que el derecho colectivo se debe atribuir, es decir, el concepto de Humanidad. Teniendo en cuenta el supuesto derecho a un genoma humano inalterado, el reconocimiento de un derecho colectivo a la integridad del genoma humano perteneciente a la especie humana plantea inmediatamente el problema de definir la Humanidad como sujeto de derecho. En otras palabras, el quid de la cuestión radica en la definición de la Humanidad como un concepto de grupo, con derecho a un derecho colectivo. Entonces, ¿qué es la Humanidad en el contexto de la norma?<sup>61</sup>

Entre las fórmulas propuestas por diversos teóricos para el reconocimiento del grupo en contextos particulares, ni la puesta de una cultura común, ni el participar en una historia continua o la conexión a un territorio específico parecen ser pruebas suficientemente válidas y concretas para la identificación de la Humanidad -en su conjunto- como una persona legal.

Dado que no todos y cada uno de los seres humanos comparte una cultura común y no está ni conectado a través de una historia continua (que, de todos modos, constituyen dos conjuntos de criterios muy subjetivos), la cuestión sería identificar los factores comunes que podrían dar al grupo el reconocimiento de Humanidad. Descartando el factor geográfico como una adecuada opción para el establecimiento de una Humanidad (el hecho de que todos los seres humanos están conectados al

<sup>59</sup> Este ha sido el caso de la familia como sujeto de derecho (ya hay propuestas específicas en este sentido), y de los pueblos indígenas. En el caso de la familia, el problema es que la información genética que revela que una persona tiene un mayor riesgo de una enfermedad tiene impacto no sólo en la identidad de ese individuo, sino también de su familia entera (ya que comparten los mismos genes).

<sup>60</sup> Nuno Gomes de Andrade, N. Ob.Cit. (2011)

<sup>61</sup> Para un análisis detallado de la introducción y las implicaciones de la noción de *especie humana* en la norma, así como los problemas derivados de su primacía en detrimento de la persona humana, véase Descamps, P. *Le Sacre de l'Espèce Humaine: Le Droit au Risque de la Bioéthique*. Presses Universitaires de France, Paris 2009. El autor argumenta convincentemente que la noción de especie humana está privada de consistencia, tanto jurídica como biológicamente.

territorio del planeta Tierra por lo que tales criterios generales pierden su sentido), el único factor que queda parece ser nuestros genes compartidos.

Después de esta lógica, todos los seres humanos constituyen el grupo de la Humanidad, porque todos comparten el mismo pool de genes. Sin embargo, el problema con esta construcción es que de ella se sigue una perspectiva genética reduccionista clara, incoherente y contradictoria. En este sentido, la inconsistencia es evidente: mientras que un individuo humano no debe reducirse a su composición genética, tampoco la Humanidad debería serlo.

Además, teniendo en cuenta el desequilibrio entre el individuo y los intereses del grupo mencionado anteriormente, el resultado es que el derecho a la identidad personal (el derecho a la identidad de la persona humana), enmarcado como un desarrollo existencial dentro del cual se daría asimismo la filiación familiar actual y futura, se ve limitado por el derecho a la negociación de la identidad (derecho a la identidad de la especie humana), enmarcado estrictamente en la genética.

En tanto se excluye la visión reduccionista genética en el ámbito individual (y agregamos familiar), se la impone a nivel colectivo.

### 3.1.3. Ser Humano ¿una caracterización taxonómica?

Un concepto en la regulación legal del genoma humano con implicaciones negativas para el derecho a la identidad personal es la idea de la integridad de las especies. De hecho, la idea de “integridad de las especies”<sup>62</sup>, es la que está detrás del valor de la no intervención y la preservación del genoma humano, junto con la conceptualización del genoma humano como patrimonio común de la humanidad, la designación de la humanidad como sujeto de derechos y, en última instancia, el derecho colectivo de la Humanidad a la identidad, son construcciones legales engañosas. A este respecto, se debe entender que las especies no son colecciones estáticas de organismos y que su fisonomía genética ha de cambiar a través del tiempo y el espacio<sup>63</sup>.

Científicamente hablando, la idea de la integridad de la especie humana, como una cuestión de hecho, es un concepto resbaladizo y relativista. Se ha señalado que: *“En lugar de organismos individuales, los individuos humanos, como las termitas, son de hecho ecosistemas super-organicistas, con la participación de múltiples genomas de especies en interacción compleja. Además, dado que los perfiles genómicos varían entre las personas y aumentarán y disminuirán con el tiempo, la ciencia sugiere que un conjunto de “genes humanos” nunca estará disponible como un campo de derechos humanos, o para determinar cuando la integridad de los seres humanos como especie, ha sido violada”*<sup>64</sup>.

El problema del enfoque de los Derechos Humanos en la preservación de la especie humana consiste en la confusión errónea entre lo legal y el uso biológico del término “humano”.

<sup>62</sup> Es importante señalar que el concepto de la *integridad de la especie humana* no se limita a los normas internacionales de Derechos Humanos. El derecho privado interno ha consagrado también esta idea, así en el Código Civil francés, se establece en su art 16-4: *“nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'èspece humaine”*.

<sup>63</sup> Juengst E, Ob. Cit.

<sup>64</sup> Ibid. (la traducción es nuestra)

Mientras *humano*, en el sentido biológico, sirve como un término taxonómico, el uso de la palabra en el campo de los Derechos Humanos “*sirve como sinónimo de ‘natural’, ‘inalienable’ o ‘fundamental’ y se debe distinguir qué clase de demandas morales están comprendidas*”<sup>65</sup>. De esta manera, la preservación de la especie humana en el enfoque de Derechos Humanos se refiere a un reconocimiento de nuestra condición moral y la atribución de los derechos fundamentales inalienables no puede depender de una condición taxonómica y clasificaciones biológicas<sup>66</sup>. La atribución de estos derechos inalienables, de hecho, va más allá de esta nomenclatura, centrándose en otras cualidades y características.

En la modificación genética lo que está en juego es nuestra tolerancia a la diversidad genética humana. Teniendo en cuenta el curso continuo e imparable de la evolución humana, el derecho a heredar un genoma inalterado sólo puede ser eficaz si se toma una instantánea de la reserva genética humana en un momento determinado y es entonces cosificado como el sagrado “*patrimonio genético de la humanidad*”<sup>67</sup>. Ambos discursos sobre la amenazas genéticas a los Derechos Humanos en términos de tecnologías “que alteran especies”, así como el de la necesidad de defender nuestra “integridad como especies”, caen en el mismo error. Ambos puntos de vista implícitamente reservan el conjunto de los derechos fundamentales e inalienables (llamados Derechos Humanos) a sólo aquellas criaturas cuya específica colección de genes coincide con el “sagrado reservorio” de los genes humanos.

Dado el desarrollo incesante e inevitable de la estructura genética de la humanidad, los defensores de la supuesta preservación de la especie humana están, paradójicamente, actuando de manera determinista.

Todas estas observaciones y argumentos muestran que la definición de lo que es la humanidad puede –y lo es– extremadamente complicada, y aún más compleja, si se pregunta cuál es el derecho a la identidad a nivel de especie humana. El problema de fondo es la conceptualización del derecho a la identidad que es incapaz de conciliar tanto el colectivo como los intereses individuales.

#### 4. “FILIACIÓN”: ¿FAMILIAR O COLECTIVA?.

El reconocimiento de los derechos de grupo constituye una cuestión difícil y problemática en general para las normas internacionales de Derechos Humanos porque este reconocimiento inexorablemente crea un conflicto con los derechos individuales.

La clasificación del genoma humano como patrimonio común de la Humanidad y la prohibición de modificarlo que ello plantea, en términos de derecho a la identidad, proyecta un intrincado problema entre los derechos colectivos frente a los individuales. Mientras que, por un lado, la razón de ser del derecho de un supuesto privilegio colectivo a un genoma humano inalterado, perteneciente a toda la Humanidad y dirigido a preservar la identidad y la integridad de la especie humana, se interfiere claramente, por otra parte, con el derecho de cualquier individuo humano concreto de cambiar su identidad mediante la modificación de su propio genoma humano y el de su prole.

<sup>65</sup> Ibid.

<sup>66</sup> Ibid.

<sup>67</sup> Ibid.



La tensión entre los intereses de la persona humana y de la especie humana refleja el clásico conflicto entre los derechos individuales y de grupo, como el grado en que los derechos que se confieren a los grupos o colectividades, están inexorablemente tomados de los derechos individuales<sup>68</sup>. El problema aquí es que la concesión de los derechos colectivos, de hecho, aumentan la autonomía del grupo en particular, a costa de la autonomía individual de sus miembros<sup>69</sup>. En otras palabras, la preservación de una identidad común del supuestamente grupo Humanidad se consigue a expensas de negar cualquier tipo de modificación tecnológica a cada ser humano individual único, reduciendo de este último la posibilidad de inducir cambios en sus identidades individual y familiar.

Así, la protección de la identidad genética de la persona como depositario de la herencia genética de la especie parece proteger a todo el mundo. Esta construcción legal protege los intereses de los individuos y de las futuras la especie humana a través del tiempo, pero no los intereses de la “presente” y el ser real individual actual y a su núcleo familiar y a sus propias generaciones futuras. El ser humano parece estar comprendido en el conjunto de la Humanidad. Por otra parte, los intereses de los individuos futuros están lejos de ser claramente entendidos y considerados.

Al equilibrar los derechos individuales y colectivos, se concluye que el interés colectivo en el genoma humano, enraizado en la necesidad de su conservación, carece de una clara y sólida justificación, especialmente cuando se compara con el derecho “más tradicional” y articulado a la identidad personal<sup>70</sup>.

De esta manera, y mientras los defensores a favor de un derecho colectivo de la Humanidad para preservar el genoma humano justifican este último en el nombre de la preservación de la integridad de las especies y el derecho a una identidad humana, olvidan que esas construcciones -más allá de ser biológicamente insondables- socavan la autonomía individual y la identidad del ser individual, lo que contribuye a la despersonalización de la persona humana. La genética ‘sustancia’ destinada a definir cada persona es también una red de información que define el grupo exactamente como define a la persona y que define cada persona exactamente como se define a cada otra persona.

Esta despersonalización, además, viola la razón de ser del derecho a la identidad personal, es decir, el interés por la singularidad de su existencia<sup>71</sup>.

La cuestión de la identidad en el conflicto individuo/familia-grupo en el contexto del control genético es, sin embargo, una cuestión delicada. En este sentido, esta investigación no aboga por un modelo de priorización de manera permanente de toma de decisiones individual/familiar en detrimento de la colectiva<sup>72</sup>, pero llama la atención sobre el desequilibrio actual entre los intereses individuales/

<sup>68</sup> Underkuffler L., Ob.Ci..

<sup>69</sup> Ibid.

<sup>70</sup> El derecho a la identidad personal se basa en el “interés concreto de una persona en la singularidad de su ser”. Neethling, J; J Potgieter, and P Visser, *Neethling's Law of Personality Durban*: Butterworths, (1996). El derecho a la identidad personal representa un derecho a ser único, diferente de todos los demás. Una vez dicho esto, este artículo cuestiona ¿cuál es el fundamento de un derecho colectivo a la identidad humana es que justifica la (infundada) la necesidad de preservar el genoma humano? Si es también un derecho a la singularidad, ¿es la singularidad en relación a qué?

<sup>71</sup> Ibid.

<sup>72</sup> Es, sin embargo, curioso observar que para muchos americanos nativos y no occidentales, “los seres nacen en una red estrechamente vinculada e integrada a la familia, el parentesco, social y político. Uno de clan, parentesco, y las identidades de la familia son parte de la propia identidad personal y sus derechos y responsabilidades existen sólo en el marco de esas redes familiares, sociales y tribales”. Clinton, R The Rights of Indigenous Peoples as Collective Group Rights En *Arizona Law Review* 1990; 32/4 739-747

familiares y los intereses colectivos en la regulación del genoma humano, en el marco de un derecho a la identidad.

La idea de que, por un lado, el valor inherente de la autonomía individual y la identidad personal deben evitar el ejercicio de control genético mediante afirmaciones de los grupos es demasiado simplista. Por otro lado, la idea de que un colectivo (la Humanidad) traducido en la necesidad de preservar un genoma humano intacto, debe prevalecer por encima de cualquier interés identidad individual no es sólo igualmente simplista, sino también mal construida. Como no hay una razón *a priori* por qué los intereses individuales o colectivos de identidad deben prevalecer sobre la otra, no es comprensible por qué el actual marco normativo internacional ha favorecido un vago (y defectuosamente elaborado y justificado) interés colectivo en una supuesta identidad común de la Humanidad<sup>73</sup>.

El hecho innegable es que el actual énfasis dado al interés colectivo, reflejado en la cristalización del genoma humano afirmado por el actual marco jurídico internacional, socava el derecho a la identidad personal del ser humano individual y, en consecuencia, el respeto a su derecho a la autodeterminación.

## 5. DISCUSIÓN

El énfasis dado a la dimensión colectiva en detrimento de la individual, también contradice la definición amplia y abarcadora de la identidad humana consagrada en el ámbito europeo, así como el significado narrativo existencial, y de desarrollo de identidad personal promovida a través de la interpretación jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo.

En este sentido, se puede encontrar una contradicción notoria entre, por un lado, la identidad personal, aprobado por el CEDH<sup>74</sup>, que abarca no sólo la genética, sino también la educación, el ambiente, los factores personales, y, por el otro, la identidad genética construida por el Convenio de Oviedo y confirmado el Comité de Bioética de la UNESCO, lo que favorece la concepción de la identidad propia humanidad basada solamente en sus componentes genéticos. El enfoque del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo a un derecho a la identidad como *“la libertad de ser lo que queremos ser”* está por lo tanto, negado por la regulación excesivamente restrictiva a las intervenciones del genoma humano articulado por el Convenio de Oviedo. Por otro lado, los derechos humanos imponen restricciones a las modificaciones aceptables sobre el genoma humano, estableciendo así los límites a la capacidad de una persona de cambiar su identidad. La protección de la identidad genética –abarcando las características genéticas- debe entenderse dentro del concepto más amplio del derecho a la identidad.

En consecuencia, la *“información genética es un componente de -y por lo tanto no equivale a- la identidad”*<sup>75</sup>. Este razonamiento se aplica no sólo a la identidad individual, sino también a identidades colectivas. En otras palabras, la identidad genética no es lo mismo que identidad individual, ni identidad colectiva.

<sup>73</sup> “[...] los resultados deben depender de la naturaleza del grupo y las relaciones individuales y la fuerza de los intereses en juego” Underkuffler, L., Ob.Cit..

<sup>74</sup> Smith, S G Human Rights and Bioethics: Formulating a Universal Right to Health, Health Care, or Health Protection? En *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1295-1321 (2005).

<sup>75</sup> Boussard, H., Ob. Cit..

La humanidad no puede ser reducida a su estructura genética particular. “*Esencialismo genético*” o “*reduccionismo genético*” no sólo expresan la tendencia hacia la contracción del ser humano a una mera expresión de sus componentes genéticos sino también a la tendencia hacia la reducción de la humanidad a una expresión determinada y cierta de sus elementos genéticos.

Centrándose en la regulación del genoma humano creada por el marco legal vigente en el ámbito internacional, vale la pena subrayar la prevalencia dada a las ideas de la identidad colectiva de la Humanidad y la preservación del genoma humano, en detrimento de la identidad personal y la modificación del genoma humano.

- La primera idea se refiere al carácter prudente de las medidas reglamentarias adoptadas en este campo. El Reglamento europeo de las intervenciones del genoma humano se caracteriza por su prudencia y precocidad<sup>76</sup>. El Parlamento Europeo y el Consejo de Europa fueron muy rápidos en la presentación de una serie de normas que regulan la perspectiva de la modificación de los recursos genéticos, y su promulgación antes de que esas tecnologías, incluso se pudieran aplicarse a la persona humana. Estas normas, sin embargo, sólo reflejan los temores y las preocupaciones sobre los peligros que plantean las tecnologías de ingeniería genética, con vistas a las ventajas y las oportunidades que la manipulación genética también podría traer. En este sentido, Europa ha previsto solamente los peligros pero no los beneficios de la tecnología que propone regular.
- Por otra parte, la postura prohibicionista de la UNESCO sobre la intervención del genoma humano parte del error recurrente de la concesión de la protección al material genético humano por el mero hecho de “ver” el carácter genético como definición de lo humano. Es un sistema automático e irreflexivo y no de protección, concedido a todo lo relacionado con la genética humana sólo por ser tal. Muchas salvaguardias legales se centran sólo en el hecho de que la información sea genética en lugar de ver el contenido sustantivo que la información genética representa. Esta miopía altera perjudicialmente el significado social de la información genética mediante la promoción de la idea de que una persona es en esencia ADN. En su lugar deberíamos considerar la información genética como la representación de un atributo entre muchos otros importantes atributos, tales como la personalidad, la ambición, el carácter<sup>77</sup>.

Centrándonos en el campo de la investigación genética (y no sólo en la posibilidad de manipular el genoma humano), se advierte en el legislador la falta de sutileza en el reconocimiento de los diferentes contextos en los que los investigadores descubren la información genética y la elevan a “entidad esencial”<sup>78</sup>. Este enfoque distorsiona la sentido de identidad por poner demasiado énfasis en el carácter genético de la información, en lugar de prestar atención a los efectos reales que esta información (vista con un significado sustantivo en lugar de su carácter taxonómico) ejerce en de la identidad en particular.

Un razonamiento similar debe seguirse también en nuestro examen de la posibilidad de modificar

<sup>76</sup> Lozano, R-M, citado en Nuno Gomes de Andrade, N. Ob. Cit...

<sup>77</sup> Gatter K Genetic Information and the Importance of Context: Implications for the Social Meaning of Genetic Information and Individual Identity En *Saint Louis University Law Journal* 423-462 (2003) 47/2

<sup>78</sup> Ibid.



el genoma humano. Su actual marco regulador también refleja una sacralización dogmática del genoma humano (y su correspondiente información genética), concibiendo a éste como un elemento esencial y de una entidad intocable, tanto de la persona humana como de la especie humana. La cristalización del genoma humano no sólo distorsiona el sentido de la identidad del individuo, sino que también limita su ámbito de aplicación y su progresión, lo que impide el desarrollo de la identidad personal (suponiendo que, en el futuro, estas intervenciones genéticas a voluntad fueran tanto factibles como seguras).

Esta sacralización de la genética ofusca otros factores importantes de la identidad personal, proporcionando un ejemplo claro y preocupante de cómo un excepcionalismo genético puede conducir a una visión reduccionista de la identidad<sup>79</sup>.

En otras palabras, la relación entre los genes y la identidad debe estar articulada a través de las ideas de contexto y sustancia. En consecuencia, la regulación de los derechos humanos debe prestar atención al contexto en el cual la información genética está siendo tratada, así como el contenido sustantivo que la información genética, mediante la consideración de nuestros genes como un atributo de identidad entre otros y ubicarlos en la variada lista de marcas de identidad, este sistema operativo evitaría inconvenientes genéticos reduccionistas y mantendría el concepto legal de la identidad abierto, flexible y mutable.

Un mundo de procesos no fácilmente determinables, algunos indeterminados; un mundo de procesos en los que la comprensión de estos hace necesaria la entrada heurística de lo aleatorio; de la incertidumbre; de la complejidad conceptual, es decir, de la *relacionalidad* entre conceptos que deben hacer comprender una realidad no separada, en el sentido de no reducible a elementos simples, claros y distintos. Lo mismo cabe decir de la realidad social, incomprensible desde esquemas simplificadores y deterministas.

Si quien actúa y juzga, proyecta y ejecuta, crea y recibe –en palabras de Edgar Morin- es el *homo sapiens/demens* (aquel sujeto que no tiene una seguridad absoluta sobre lo que piensa ni sobre las consecuencias de sus acciones) al conocimiento del conocimiento kantiano debe añadirse la antropología y la *antropologización* del conocimiento. No es posible pensar en términos de dioses o de demonios a la hora de determinar una trayectoria o un haz de trayectorias en sistemas complejos, dinámicos alejados del equilibrio. La complejidad la ha inventado el mismo ser humano en sus interacciones. No puede predecir el futuro socio-histórico porque una continua creación de sentidos hace imposible la predicción. Efectivamente, *la historia es temporalidad*, y la temporalidad verdadera es “*surgimiento de otros principios*”. Surge así uno que intenta asumirlos a todos: principio de *incertidumbre*<sup>80</sup> ética y política y de la necesidad de “ecologizar el pensamiento y la acción”. Los resultados de las acciones, en el límite, son impredecibles, la intención –a sabiendas de su diferencia y no-correlatividad con el resultado- es el elemento del que el hombre puede inferir el resultado trascendente, el complejo teleológico buscado.

La complejidad no aporta la incertidumbre sino que la revela, la muestra y hace concientes a los

<sup>79</sup> Ibid.

<sup>80</sup> Se puede afirmar que la incertidumbre existe en todos los niveles de lo real: el nivel físico, el nivel biológico y el nivel social e histórico. Se podría hablar, por lo tanto, de un principio general de incertidumbre. Evidentemente en cada nivel la incertidumbre es diferente. Un átomo, sin duda, no tiene problemas éticos.

hombres de la trivialidad mental con la que *trivializa* la sociedad y la naturaleza. La sociedad no es una máquina determinista en la que los individuos sapientes y dementes desempeñan solamente roles asignados funcionalmente por la estructura.

La lógica de la sociedad deja de ser la lógica del sistema funcionalista para ser la lógica del sistema-organización. No es desde arriba desde donde se determinan las posiciones del sujeto. Esa es una de las raíces del conflicto social frente a las realidades de las nuevas biotecnologías. Los individuos -en las relaciones- crean y dejan de ser meros ejecutores de funciones, para pasar a ser, literalmente, quienes producen la sociedad cuando como ciudadanos intervienen en la creación de nuevas reglas de juego y nuevas convenciones.

Los avances de las biotecnologías configuran un conflicto social y como tal el conflicto es instancia necesaria de creación de nuevas reglas y nuevos acuerdos de una sociedad entendida como proceso. Como proceso recursivo (un proceso cuyos resultados son necesarios para que siga produciéndose el proceso). Comprender el funcionamiento de las biotecnologías en su totalidad es imposible porque se trata de un sistema o de varios sistemas en constante movimiento y autoorganización transformadora, cuyos horizontes siempre se están desplazando.

Por otra parte, no es posible comprender en su totalidad un sistema desde sí mismo. Ahora bien, sí se puede intentar comprender -por medio de principios complejos- cómo es posible que funcionen tales sistemas, su dinámica.

El reduccionismo a un solo nivel de observación se muestra letal en contextos en los que no sólo es lo científico sino también lo social, lo cultural lo que hay que tener en cuenta. Superar la reducción a lo especializado que practican los decisores y gestores modernos de la política (los especialistas) para implementar una política que tome en cuenta y en conciencia la capacidad creadora de la civilización. Una política del hombre, radicalmente onto-antropológica.

El nuevo paradigma, invierte la relación entre las partes y el todo. Las propiedades de las partes solos pueden comprenderse a partir de la dinámica del todo. En última instancia, no existen las partes. Lo que es llamado una parte es simplemente una configuración en una red invisible de relaciones<sup>81</sup>.

A diferencia del viejo paradigma en el que se creía que cualquier sistema complejo se podía comprender a partir de las propiedades de las partes<sup>82</sup>, en el nuevo paradigma se considera que la epistemología -la comprensión del proceso del conocimiento- debe incluirse en la descripción de fenómenos naturales. A esta altura no hay consenso acerca de cual es la epistemología apropiada. La ciencia nunca podría aportar una comprensión completa y definitiva de la realidad.

En el nuevo paradigma se reconoce que todos los conceptos, teorías y descubrimientos son limitados y aproximados. Que sólo la inclusión de todas las variables -aún las por conocer- puede dar una visión y que la modificación en cualquiera de ellas tiene la capacidad de modificar lo que se perciba

<sup>81</sup> Capra, Fritjof. *Pertenecer al universo*. Ed. Planeta. 1998.

<sup>82</sup> El paradigma cartesiano (viejo) se basa en la convicción de que el conocimiento científico podría lograr la certeza absoluta y total; considera las descripciones científicas como objetivas, independientes del observador humano y el proceso de conocimiento.





como “verdad”, alcanzar la “certidumbre” que tanto apreciaba Descartes, “la pasión más profunda del intelecto occidental...”<sup>83</sup>

## 6. CONCLUSIÓN

El problema de fondo que se presenta al debate en este breve trabajo radica en la excesiva infatuación de la idea de que una identidad genética colectiva, estática y heredable, define nuestra perfección en la cúspide de la taxonomía de los seres vivos y por tanto debe ser protegida, preservada y transmitida a las generaciones futuras. La identidad genética del ser humano, de acuerdo con este punto de vista, se considera como un patrimonio inalienable, y su protección como condición fundamental y necesaria para la supervivencia de nuestra especie superior<sup>84</sup>.

Con el apoyo de la actual ley internacional de los Derechos Humanos, esta idea parte de la suposición de que el genoma no es sólo un activo fundamental de la persona individual, sino también de que pertenece a toda la humanidad, y - como tal - debe ser salvaguardado a toda costa. Fue de hecho, precisamente a causa de estos supuestos que la UNESCO proclamara al genoma humano como patrimonio común de la humanidad. Esta concepción pretendería abarcar no sólo los objetivos de proteger la dignidad y los derechos de cada ser humano, sino también de preservar la integridad de la especie humana.

Al abordar el marco legal actual de los Derechos Humanos en el campo de la genética, el papel de la identidad individual (y con ella la de la familia de cada uno) constituye la clave de la crítica de este trabajo a la forma en que las actuales regulaciones sobreprotegen al genoma humano. La conservación de este último se estructura sobre la base de una clara desproporción entre los intereses individual/familiar y los intereses colectivos. Esta postura conservadora prioriza injustificadamente un interés vago y no probado de la Humanidad en la “intangibilidad” del genoma humano en detrimento del derecho de cualquier individuo de cambiarlo para los miembros futuros de su familia, creando lazos filiatorios, ya no a partir de la construcción genética, sino de la relación socioafectiva. Esa posición contradice la visión de Derechos Humanos al derecho a la identidad como un derecho existencial al desarrollo.

El hecho importante a recordar es que hay numerosos aspectos y elementos que impactan la identidad. En esta cuenta, la genética es uno de esos factores, y -por otra parte - una muy poderosa, ya que tiende a estar asociada con la ciencia y, por consiguiente (y tal vez erróneamente) a la objetividad y la racionalidad infalible.

Dos aspectos deben tenerse en cuenta con respecto a esta relación con la ciencia:

- En primer lugar, la ciencia tiende a ser sobrevalorada, pero también presenta sus propias limitaciones e insuficiencias.

<sup>83</sup> Tarnas, Richard *The pasión of the Western Mind*, citado por Prigogine, Ilya. *El fin de las certidumbres*. Editorial Andrés Bello. 1996.

<sup>84</sup> Barbas S, Ob.Cit.

- En segundo lugar, la cuestión de la identidad no es tanto una cuestión de ciencia, la racionalidad y la objetividad (la verdad), sino de significado, impacto y subjetividad<sup>85</sup>.

El discurso legal que rodea el tema delicado de la ingeniería genética ha sido caracterizado por las posiciones extremas y opuestas irremediamente, o bien entra en demandas dogmáticas de un genoma humano inalterado<sup>86</sup>, o en la defensa irrestricta, a favor de una forma libre y sin límite, manipulación genética<sup>87</sup>. Deben imponerse proposiciones conciliatorias ponderadas, capaces de tener en cuenta tanto las preocupaciones y los peligros que estas intervenciones sin duda, pero también el aumento de las oportunidades y las ventajas que estas tecnologías ciertamente traerán.

La posibilidad de alterar el genoma humano no debe ser vista como una transgresión flagrante de los Derechos Humanos o como una nueva fase radical de la civilización donde los seres humanos diseñarán la ruta y ejercerán un control total sobre su propia evolución.

La manipulación de la filiación humana por lo tanto debe ser vista como una cuestión importante digna de reflexión. Definida y dirigida de acuerdo con el marco jurídico internacional de los Derechos Humanos.

---

<sup>85</sup> Un buen ejemplo de la lucha entre diferentes factores (genética, la tradición, las narrativas históricas) que dan forma a la identidad de una persona se puede encontrar en la llamada genética ascendencia trazado Elliott C y P Brodwin, *Identidad y Genética rastreo de la ascendencia* (2002) 325/7378 BMJ 1469-1471.

<sup>86</sup> De acuerdo con este punto de vista, la manipulación genética es vista como un "trato inhumano" y se la calificó como una nueva categoría de crímenes contra la humanidad, poniendo en peligro la preservación de la especie humana. Anás G, L Andrews y Isasi R, *Protecting the Endangered Human: Toward an International Treaty Prohibiting Cloning and Inheritable Alterations* En *American Journal of Law and Medicine* 29:151-178. (2001) Para una crítica reciente de estas posiciones conservadoras y propuesta de tratado, véase Juengst argumento de que este punto de vista "*es una dependencia de un conjunto de moralmente idólatra supuestos acerca de la taxonomía ológica que son en última instancia más equivocadas que la del naturalista esencialismo*". Juengst, E Ob.Cit..

<sup>87</sup> En este sentido, la modificación genética ha sido apoyada y defendida como un imperativo moral. Ver J Harris, Ob.cit.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### 7.1. Doctrina

Alleyne, R. Genetically Engineering Ethical Babies is a Moral Obligation. Reino Unido (2012).

Anás G, L Andrews y Isasi R, Protecting the Endangered Human: Toward an International Treaty Prohibiting Cloning and Inheritable Alterations En American Journal of Law and Medicine 29:151-178. (2001)

Arson de Glinberg, Gloria H. Silva Ruiz, Pedro F. Libertad de procreación. (1991).

Barbas S, Direito Do Genoma Humano Almádina, Coímbra: (2007).

Bergel, Salvador Genoma humano cómo y qué legislar. (2002).

Bertero, Sergio M. Descubrimiento del genoma humano. Su impacto en el Derecho. (2005).

Blaga, Lucian; Barnutiu, Simion The Medically Assisted Human Reproduction and the Filiation. (2009).

Blanco, Luis G. El “pre-embrión” humano (Apostillas acerca de una falacia y sus consecuencias), en El Derecho. Buenos Aires. Diciembre, 1993

Boussard, H Individual Human Rights in Genetic Research: Blurring the Line between Collective and Individual Interests, en T Murphy (ed), New Technologies and Human Rights Oxford: OUP, (2009)

Bustamante Alsina, Jorge Asamblea Parlamentaria del Consejo de la Unión Europea ha logrado consenso sobre aspectos delicados de bioética. (1996).

Calcagno, Carolina. Protección jurídica del embrión in vitro. (Universidad de Belgrano, 2003).

Calderón Vico de Della Savia, Lilia María Filiación en el derecho internacional privado argentino. (1990).

Cantaño, Fabio Fidel Análisis bioético de las nuevas relaciones de familia creadas con las técnicas de reproducción asistida. (2012).

Cantaño, Fabio Fidel Estudios Genéticos. Guía para su evaluación Jurídica y Etica. (2006).

Capra, Fritjof. Pertener al universo. Ed. Planeta. 1998

Cecchetto, S. Genética, dominación e identidad cultural en el sur argentino -chileno En Zamudio, T. Derechos de los Pueblos Indígenas. Disponible en <http://www.indigenas.bioetica.org/not/nota40.htm>

Clinton, R The Rights of Indigenous Peoples as Collective Group Rights En Arizona Law Review 1990; 32/4 739-747

- Corral, Hernán F. *Filiation and Assisted Reproductive Technology*. (Santiago de Chile, 2001).
- Degrazia, D. *Human Identity and Bioethics* Cambridge: CUP, (2005).
- Descamps, P. *Le Sacre de l'Espèce Humaine: Le Droit au Risque de la Bioéthique*. Presses Universitaires de France, Paris (2009)
- Detrick, S *La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño: Una guía para los Trabajos preparatorios* Dordrecht: Martinus Nijhoff, (1992).
- Durán Díaz, Edmundo *Manipulación genética*. Revista Jurídica, Universidad Católica de Guayaquil.
- Durante, Vincenzo. *Semántica del embrión en los documentos normativos*.
- Elliott, C. *Enhancement Technology*, en DM Kaplan (ed), *Readings in the Philosophy of Technology* Lanham, MD: Rowman & Littlefield Publishers, (2004)
- Frankel, M. *Inheritable Genetic Modifications and a Brave New World: Did Huxley Have It Wrong?* En *Hastings Center Report* (2003) 33/2
- Frankel MS and AR Chapman, *Human Inheritable Genetic Modifications* Washington, DC: American Association for the Advancement of Science, (2000).
- García, Francisco José Ramiro *Selección Eugenésica*. (2005).
- Gatter K *Genetic Information and the Importance of Context: Implications for the Social Meaning of Genetic Information and Individual Identity* En *Saint Louis University Law Journal* 423-462 (2003) 47/2
- Gomes de Andrade Nuno *Human Genetic Manipulation and the Right to Identity*. (2010).
- Hadjadj, Fabrice *Breve reflexión sobre lo Transhumano*. (2011).
- Harris, J., *Enhancing Evolution: The Ethical Case for Making Better People* Princeton, NJ: Princeton Pres, 2007
- Hinman, Lawrence M. *The Ethics of Genetic Manipulation. Playing God (Sinoptico)*. University of San Diego (2009).
- Hooft, Pedro F. *Procreación artificial y manipulación genética. Comentario crítico a la ley española sobre procreación asistida*. (1991).
- Jatib, Griselda J. *Reflexiones sobre cuestiones de bioética ante la reforma del Código Civil*. (2012).
- Jouve de la Barreda, Nicolás *Diagnóstico genético preimplantatorio, manipulación eugenésica de la vida humana naciente*. (2007).

Juengst, ET What's Taxonomy Got to Do with It? 'Species Integrity', Human Rights, and Science Policy", in J Savulescu and N Bostrom (eds), *Human Enhancement* Oxford: Oxford Pres, (2008)

Kemelmajer de Carlucci, Aída Herrera, Marisa Lamm, Eleonora Embrión no implantado Proyecto de Código unificado. (2012).

Knoppers. Bartha M. Reproductive Technology and International Mechanisms of Protection of the Human Person. *McGill Law J* 32:336-358, (1987)

López de Zavalía, Fernando Técnicas de reproducción humana asistida y el Proyecto de Código. (2012).

López, Edgar Antonio Dignidad humana, diversidad cultural y calidad de vida. (2009).

Lorenzetti. Ricardo Luis Derecho a la protección de la personalidad, esfera íntima de la persona y la actividad médica.

Marks, S.P. Tying Prometheus Down: The International Law of Human Genetic Manipulation. *En Chicago Journal of International Law* 2002

Marshall, J Personal Freedom through Human Rights Law?: Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights, *En International Studies in Human Rights* Leiden: Martinus Nijhoff (2009)

Más Díaz. Jorge et al. Aspectos éticos y legales de la reproducción asistida. Disponible en [http://www.portalmedico.org.br/include/biblioteca\\_virtual/des\\_etic/16.htm](http://www.portalmedico.org.br/include/biblioteca_virtual/des_etic/16.htm)

Mehlman, Maxwell J. The Growing Impact of The Genetics on the Courts. *En American Judicature Society* (1999).

Mizrahi, Mauricio Luis. El niño y la reproducción humana asistida.

Munilla Lacasa, Hernán Embriones no implantados, una omisión que debe ser subsanada. (2012).

Murillas, Rodolfo J. Delitos Relativos a la Manipulación Genética. Un aporte para el futuro Código Penal de la Nación.

Neethling, J; J Potgieter, and P Visser, *Neethling's Law of Personality* Durban: Butterworths, (1996)

Nuno Gomes de Andrade, Norberto. Human genetic anipulation and the right to identity: the contradictions of human rights law in Regulating the human genome. Instituto de la Universidad Europea, Departamento de Derecho, Florencia, Italia, (2010)

Numo De Andrade, Right to Personal Identity: The Challenges of Ambient Intelligence and the Need for a New Legal Conceptualization en Gutwirth, Set y otros (eds.), *Privacy and Data Protection. An Element of Choice*. Dordrecht: Springer, (2011).

Ossorio, P The Human Genome as Common Heritage: Common Sense or Legal Nonsense? En 35/3 Journal of Law, Medicine & Ethics 425-439 (2007).

Peñaranda Quintero, Héctor Ramón y Quintero de Peñaranda Olga Impacto de las Altas Tecnologías en el Derecho a las Personas. (Universidad de Zulia, Venezuela).

Postigo Solana, Elena Transhumanismo y Posthumano, principios teóricos e implicaciones bioéticas. (2011) .

Prigogine, Ilya. El fin de las certidumbres. Editorial Andrés Bello. (1996)

Quintana, Eduardo Martín Investigación y experimentación en la reproducción humana artificial. Consideraciones jurídicas. (2012).

RabinovichBerkman, Ricardo D. Tutela de los embriones congelados (2005).

Requena Meana, Pablo Dignidad y autonomía en la bioética norteamericana. (2009).

Ricoeur, Oneself as Another (Chicago: University of Chicago Press, 1992).

Sambrizzi, Eduardo A. Cultura de la muerte. (2008).

Saux, Edgardo I. Varsi Rospigliosi, Enrique (comentaristas) Derecho genético. 4ª ed. (Ed. Grijley). Lima, Perú, 2001.

Serrão, D A UNESCO e o Genoma Humano (1996) 146/6 en Brotéria

Serrão, D Nota Sobre o Anteprojecto da Declaração da UNESCO Sobre o Genoma Humano, Lisboa: Conselho Nacional de Ética Para as Ciências da Vida, (1997)

Smith, S G Human Rights and Bioethics: Formulating a Universal Right to Health, Health Care, or Health Protection? En Vanderbilt Journal of Transnational Law 1295-1321 (2005).

Suarez Parada, Ana Lucia. Reproducción Humana Asistida y Filiación en el Derecho de Familia Colombiano.

Tarnas, Richard The pasión of the Western Mind, citado por Prigogine, Ilya. El fin de las certidumbres. Editorial Andrés Bello. 1996

Underkuffler, L. Human Genetics Studies: The Case for Group Rights Journal of Law, Medicine & Ethics 35/3 (2007) 383-395

Valente, Luis Alberto Bioética y derecho civil. (2004).

Vidal Martínez, Jaime Nuevas formas de reproducción humana estudio desde la perspectiva del Derecho Civil español. (1989).



Vidal Martínez. Aplicación de la inseminación artificial y otras técnicas genéticas en los seres humanos derechos argentino y español.

Webb, María Soledad En la fertilización asistida colisiona el derecho a procrear con la integridad de la vida en estado embrionario. (2010).

Zannoni, Eduardo A. Sambrizzi, Eduardo A. Filiación en la procreación asistida. Comentario (2001).

Zanon, Iris Ingeniería genética legislación, realidad social y problema moral. (1990).

## **7.2. Normativa**

Código Penal Español (Arts. 159 a 162).

Conclusiones del XIV Congreso Internacional del Consejo Latinoamericano de Estudiosos de Derecho Internacional y Comparado (2001).

Convencion sobre los Derechos del Niño de la O.N.U. (1989).

Convenio Relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina de a Unión Europea (Convención de Asturias 1996).

Convenio sobre Derechos Humanos y la Biomedicina de la Unión Europea (1997).

Declaracion de Helsinki de la Asamblea Médica Mundial s. la investigaciòn en seres humanos ( 1964).

Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Munfial s. Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos (2008).

Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos U.N.E.S.C.O (2005).

Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la U.N.E.S.CO. (1997).

Decreto del Poder Ejecutivo Nac. sobre Clonación Experimentos relacionados con seres humanos Prohibición (1997).

Estatuto del Centro Internacional de Ingeniería Genética y Biotecnología. La Ley 23.709 Nacional, (1989).

Ley de garantías del patrimonio genético humano C.A.B.A., (2001).

Ley Provincial de Córdoba sobre Inviolabilidad del genoma humano Establecimiento y garantización en la Provincia Prohibiciones y sanciones (2001).

Ley Provincial de Neuquén s. la Comisión Provincial Permanente de Fecundación Asistida e Investigación Genética Creación Funciones. (1998).

Pautas Éticas para la Investigación Biomédica en Seres Humanos de la C.I.O.M.S. (2002).

Protocolo Adicional a la Convención de Asturias de la Unión Europea (2005).

Protocolo de Cartagena s. Seguridad de la Biotecnología del Convenio s. la Diversidad Biológica (2000).

### **7.3. Jurisprudencia**

Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata (CFedMardelPlata) CFed. Mar del Plata ~ 20081229 ~ N.N. y otra c. I.O.M.A. y otra.

P., A. c. S., A. C. s/medidas precautorias (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J(CNCiv) (SalaJ) .

R.R.D. s.medidas precautorias. Tutela de embriones humanos C.A.B.A.



## LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA A LA LUZ DE LA LEY 12.403 DE 2011<sup>1</sup>

Ana Luiza Coutinho da Silva Leal<sup>2</sup>

### RESUMEN

Esta investigación trata de la reforma del Código de Proceso Penal con el apareamiento de la Ley n° 12.403/11 y tiene como objetivo general analizar los efectos de la teoría del Garantismo Penal sobre el derecho procesal penal brasileño y como algunos de los objetivos específicos, analizar la evolución histórica del derecho penal; estudiar e identificar la crisis del sistema carcelario brasileño y investigar las repercusiones de esa ley en la sociedad brasileña. La cuestión a la que pretendemos responder es: ¿cuáles son los efectos de la teoría del Garantismo Penal sobre la óptica del derecho procesal penal brasileño a través de la reforma del Código de Proceso Penal? La metodología utilizada consiste en la revisión bibliográfica y se constató que la ley en cuestión trajo beneficios al respetar preceptos de la Constitución Federal e instaurar un sistema punitivo que privilegia la dignidad de la persona humana.

**Palabras claves:** Garantismo Penal; Reforma de 2011; Ley 12.403/11.

### 1. INTRODUCCIÓN

Desde los inicios de la humanidad se hace la valoración, positiva o negativa, de las conductas sociales puesto que, para que se pueda convivir armónicamente en sociedad, es necesario crear reglas básicas de comportamiento.

Actualmente el acusado debería contar con amplias garantías reconocidas constitucionalmente que limitasen el poder punitivo del Estado para hacer que los derechos fundamentales de los individuos no sean transgredidos, puesto el Estado debería siempre preservar los derechos inherentes a la persona humana, principalmente el de la dignidad de la persona humana.

En ese contexto y con la intención de adecuar la legislación penal brasileña a los tiempos actuales, hubo recientemente una reforma del Código de Proceso Penal con la aprobación de la Ley n° 12.403, de 4 de mayo de 2011 que, entre otros cambios, coloca las medidas cautelares como alternativas a la prisión preventiva y a la prisión provisional y como mecanismos de flexibilización de la aplicación de la ley, con vistas a garantizar la efectividad del proceso penal.

Partiendo de esa concepción general, este trabajo tiene como objetivo general analizar los efectos de la teoría del Garantismo Penal, desarrollada por el jurista Luigi Ferrajoli, sobre la sistemática del

<sup>1</sup> Artículo para publicación en la Revista Superior de Justiça de la ESJUS – Escola Superior de Justiça.

<sup>2</sup> Abogada, Maestría en Educación por la Universidade da Amazônia y Doctorado en Educación por la Universidad Autónoma de Asunción.

derecho procesal penal brasileño a través de la reforma del Código de Proceso Penal realizada por la Ley nº 12.403/11.

Los objetivos específicos son: analizar la evolución histórica del derecho penal, la sanción penal y las teorías de la pena; estudiar los sistemas penitenciarios e identificar la crisis del sistema penitenciario brasileño; presentar los movimientos ideológicos, que son el abolicionismo, el Derecho Penal Máximo y el Derecho Penal Mínimo o Garantismo Penal y su importancia para el Derecho Penal; analizar las reformas legislativas con el advenimiento de la Ley nº 12.403/11 e investigar las repercusiones de esa ley en el Poder Judicial y en la sociedad brasileña.

Siguiendo en esa perspectiva, nuestro problema de pesquisa es investigar algunas cuestiones como ¿Cuáles son los efectos de la teoría del Garantismo Penal sobre la óptica del derecho procesal penal brasileño a través de la reforma del Código de Proceso Penal hecha por la Ley nº 12.403/11? ¿Cómo se dio la evolución histórica del Derecho Penal, de la sanción y de las teorías de la pena? ¿Cómo la evolución fue recibida y cómo se dio la crisis del sistema carcelario? ¿Qué son los movimientos ideológicos y cuál su importancia para el Derecho Penal? ¿Cuáles son las reformas y las repercusiones de la Ley nº 12.403/11 en el Poder Legislativo, en el Poder Judicial y en la sociedad brasileña?

La metodología de la investigación consiste en la revisión bibliográfica sobre el tema, así como en el análisis de los datos sobre el resultado de la ley en cuestión en el sistema carcelario brasileño actual y está fundamentada sobre la base de las teorías y concepciones de algunos autores que nos sirvieron de referenciales teóricos como Cesare Beccaria, Norberto Bobbio, Cézaro Roberto Bitencourt, Guilherme Nucci, Luigi Ferrajoli, Eugenio Raúl Zaffaroni y Rogério Greco, además de las contribuciones de otros autores brasileños y extranjeros.

## **2 LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL**

La historia de la pena y del Derecho Penal se confunden con la historia de la propia humanidad y, de acuerdo con Bitencourt (2012, p. 70), “la historia del Derecho Penal consiste en el análisis del derecho represivo de otros periodos de la civilización, comparándolo con el Derecho Penal vigente”.

De ese modo, en este apartado presentaremos la evolución histórica del Derecho Penal, la historia del Derecho Penal en Brasil y las Escuelas y tendencias penales.

### **2.1. El Derecho Penal en el mundo**

Empezaremos con el Derecho Penal de los pueblos primitivos, donde empezó el periodo de venganza y perduró hasta el siglo XVIII.

En la fase de la venganza privada, cuando sucedía un crimen ocurría la reacción de la víctima, de los familiares de la víctima e, incluso, del grupo social (tribu) al que pertenecía.

Es importante resaltar que con el crecimiento de la influencia decisiva de la religión en la vida de los pueblos antiguos, se inicia una nueva fase histórica del Derecho Penal, la llamada venganza divina. Bitencourt (2012, p. 71) afirma que, en esa fase, “el principio que domina la represión es la satisfacción de la divinidad, ofendida por el crimen”.

Con el inicio de los poblamientos y el surgimiento de ciudades-estado, se establece, en medio de las comunidades, la figura del monarca o jefe de la Asamblea, iniciando, de esa forma, el período de la venganza pública. En esa fase, los crímenes pasan a ser considerados contra el Estado y la sociedad y la pena gana el *status* de sanción impuesta en nombre de una autoridad pública, representativa de los intereses de la comunidad.

Los griegos también dieron importantes contribuciones en el campo del derecho, pues hicieron la primera separación normativa del derecho, pero no poseían un código penal, a ejemplo de los romanos. Pero tanto Aristóteles como Platón llegaron a hacer reflexiones sobre la materia.

De acuerdo con Nucci (2009, p. 69), en la Grecia antigua “la punición mantenía su carácter sacro y seguía con la tendencia expiatoria y de intimidación. En una primera fase, prevalecía la venganza de sangre, que terminó por ceder espacio al talión y a la composición”.

En el Derecho Penal romano se nota claramente la prevalencia de la venganza divina, y el poder de los magistrados, denominado poder *coercitivo*, era discrecional y limitado solamente por la apelación al pueblo, derecho exclusivo del ciudadano romano, excluidos los esclavos, los extranjeros y las mujeres.

De acuerdo con J. G. Silva (2003), los romanos poseían un código penal, pero con la fundación de Roma, alrededor de 730 a.C., prevalecía la idea de que la pena servía solo para minimizar la ira de los dioses. Los emperadores romanos eran considerados como sacerdotes, o eran tenidos como divinos, disponiendo de poder sobre la vida y la muerte. Por esa razón, podían hacer justicia “con las propias manos”.

En los pueblos germánicos, el sistema penal era predominantemente consuetudinario y objetivo, pues no se preocupaban con las particularidades subjetivas del delito, y el derecho aplicado tenía características de venganza privada.

Mirabete y Fabbrini (2008) afirman que en la Edad Media emergió el Derecho Penal Canónico, o Derecho Penal de la Iglesia, con la influencia decisiva del cristianismo en la legislación penal.

Zaffaroni y Pierangeli (2010, p. 168) complementan esa idea aseverando que “el derecho penal canónico se formó a partir de varias fuentes, tratando de sintetizar el concepto público de pena de los romanos y el privado de los germanos”.

El Periodo Humanitario del Derecho Penal se inicia en el transcurso del iluminismo<sup>3</sup> y pregona la reforma de las leyes y de la administración de la justicia penal a finales del siglo XVIII cuando el hombre moderno toma consciencia crítica del problema penal como problema filosófico

<sup>3</sup> Concepción filosófica que se caracterizó por ampliar el dominio de la razón a todas las áreas del conocimiento humano.

y jurídico, y “los temas acerca de los cuales se desarrolla la nueva ciencia son, sobretudo, los relacionados con el fundamento del derecho de punir y de la legitimidad de las penas” (MASSON, 2012, p. 19).

Es en esa fase que Cesare Bonesana, Marques de Beccaria y otros filósofos, anticipan las ideas posteriormente consagradas en la *Declaración universal de los derechos del hombre y del ciudadano*, de 1789, defendiendo la abolición de la pena de muerte.

## 2.2. El Derecho Penal en Brasil

Haremos ahora una síntesis de la evolución del Derecho Penal brasileño, que se rigió por la legislación portuguesa, en un primer momento, y que solo posteriormente se rige por una legislación genuinamente brasileña.

A partir de 1500 pasó a vigorar, en el Brasil colonial, el Derecho lusitano. En Portugal estaba en vigencia las Ordenanzas Afonsinas, publicadas en 1446, bajo el reinado de D. Afonso V, consideradas el primer código europeo completo y que en 1521 fueron sustituidas por las Ordenanzas Manuelinas, por determinación de D. Manuel I, que se mantuvieron vigentes hasta el advenimiento de la Compilación de Duarte Nunes de Leão, en 1569 y después pasó a vigorar las Ordenanzas Filipinas, promulgadas por Felipe II, en 1603, las cuales “orientaban en el sentido de la aplicación de severas sanciones” (BITENCOURT, 2012, p. 88).

Cuando se proclamó la independencia, la Constitución de 1824 determinó que se elaborase una nueva legislación penal y en 16 de diciembre de 1830, D. Pedro I sanciona el Código Criminal del Imperio<sup>4</sup> que a pesar de sus innegables avances, presentaba algunos defectos como la clara desigualdad en el trato de las personas, especialmente en relación a los esclavos, que eran considerados bienes semovientes y comparados a los animales.

La implantación de la República representó un nuevo momento en la historia brasileña en virtud de que la Constitución de 1891 abolió la pena de muerte y se sintió la necesidad de modificar el Código de 1890; no obstante, como no era posible transformarlo inmediatamente, varias leyes fueron editadas para arreglarlo lo que terminó por causar gran confusión en la aplicación de las normas y fue dentro de este contexto que se promulgó el Código Penal de 1940, que pasó a ser, de manera precaria, el Estatuto penal brasileño.

De acuerdo con Zaffaroni y Pierangeli (2010, p. 194), “es un código riguroso, rígido, autoritario en su cuño ideológico, impregnado de medidas de seguridad *postdelictivas*, que operaban a través del sistema del doble binario o de la doble vía”.

Después de eso, se hicieron varios intentos de cambio en nuestra legislación penal y en 1963, el Ministro Nelson Hungria, presentó un anteproyecto de su autoría que fue finalmente convertido en ley

<sup>4</sup> Único diploma penal básico que entró en vigencia en Brasil por iniciativa del Poder Legislativo y elaborado por el Parlamento.

por el Decreto-Ley nº 1.004, de 21 de octubre de 1969 pero la vigencia del Código de 1969 fue, no obstante, postergada sucesivas veces y fue revocado por la Ley nº 6.578, de 11 de octubre de 1978.

Concluimos este tópico afirmando que los diversos intentos de reforma de la legislación brasileña buscan insertar en nuestro ordenamiento jurídico la idea de un Derecho Penal Constitucional, pues el Derecho Penal debe estar en perfecta armonía con la norma constitucional, principalmente en relación con el principio de dignidad de la persona humana plasmado en las constituciones democráticas.

### 2.3. Escuelas y tendencias penales

Los siglos XIX y XX fueron marcados por el surgimiento de diversas corrientes de pensamiento estructuradas de acuerdo con determinados principios fundamentales y que son las llamadas escuelas penales, entre las cuales destacamos la Escuela Clásica, la Escuela Positiva, la Escuela Técnico-Jurídica, la Escuela Correccional y el Movimiento de Defensa Social.

La Escuela Clásica nació entre finales del siglo XVIII y la mitad del siglo XIX como oposición y contestación al absolutismo, y tuvo como su principal exponente a Cesare Bonecasa, el Marqués de Beccaria, que con su manifiesto *De los delitos y de las penas*, escrito en 1764, inició la lucha por los derechos y garantías individuales contra el poder absoluto, oponiéndose, de forma vehemente, a las penas crueles, a la tortura como forma de investigación, a la pena de muerte y a la prisión provisional inmotivada.

Barros (2004, p. 14) asegura que “de lo expuesto se desprende que los postulados de la Escuela Clásica conferirían al derecho penal el carácter de ciencia, e incluso hoy sigue influenciando la elaboración de las leyes penales”.

La Escuela Positiva surge en un momento histórico en que se manifestaba la necesidad de defensa de la sociedad y los estudios biológicos y sociológicos asumían gran importancia, con las teorías abolicionistas de Darwin y Lamarck y sociológicas de Comte y Spencer.

En esa Escuela se destacan los estudios de tres personajes exponentes, que son: Cesare Lombroso, con la “antropología criminal”, Enrico Ferri, con la *Sociología criminal* (1884), y Rafael Garofalo, en el campo jurídico, con la obra *Criminología* (1885).

Los críticos de esta escuela consideran que la principal objeción a ser hecha es al hecho de que, negando el libre albedrío, equipara los insanos mentales a las personas normales.

Como una reacción a la confusión metodológica criada por la Escuela Positiva, surge la Escuela Técnico-Jurídica<sup>5</sup>, que tuvo sus postulados presentados por Arturo Rocco, en una clase inaugural sobre “Il problema e il metodo della scienza del diritto penale”<sup>6</sup> en la Universidad de Sassari, en 1910.

<sup>5</sup> Algunos autores como Barros (2004) afirman que el tecnicismo jurídico no es propiamente una escuela penal, porque no se preocupa con las cuestiones referentes a la etnología del delito, a la naturaleza de la criminalidad y al funcionamiento de la responsabilidad penal, ni con el concepto de persona del delincuente.

<sup>6</sup> Publicado en *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 1, parte 1, p. 497-561, 1910.

Según esta escuela, el objeto del estudio del derecho penal debe ser solamente el derecho criminal vigente, excluyéndose, por tanto, toda carga de investigación filosófica y el objetivo más relevante es desarrollar la idea de que la ciencia penal es autónoma, con métodos y objetos propios, es decir, que ella no se mezcla con las demás ciencias.

Después surge la Escuela Correccionalista en Alemania, en 1839, con la publicación de la obra *Comentatio na poema malum esse debeat*, de Karl Roder, profesor de la Universidad de Heidelberg, cuyo fundamento era el sistema filosófico Krause, perteneciente al movimiento del idealismo romántico alemán, durante la primera mitad del siglo XIX.

En este contexto surgió el Movimiento de Defensa Social a finales del siglo XIX, inicio del siglo XX, con la revolución positivista, aunque sea posible encontrar antecedentes del movimiento *defensista* en la filosofía griega y en los canonistas medievales.

Nucci (2009, p. 75) afirma que “la nueva defensa social reconoce que la prisión es un mal necesario, aunque posea innumerables consecuencias negativas, debiéndose, no obstante, abolir la pena de muerte”.

Entre los seguidores de esa doctrina se destacan Germain, Vasalli, Herzog, Pinatel, Graven, Cornil, Versele, Barbero Santos, Novolone, Vernet, Kinberg, Besson y Araújo Júnior.

## 2.4. Sanción penal

Sanción penal es la medida con que el Estado reacciona contra la violación de la norma punitiva y para conceptuar la finalidad de la pena, estudiaremos las teorías, las especies y dosimetría de la pena y los sistemas penitenciarios.

### 2.4.1. Teorías de la pena

Las **teorías absolutas** de la pena son, de acuerdo con Zaffaroni y Pierangeli (2010, p. 108), aquellas que “sostienen que la pena encuentra en sí misma su justificación, sin que pueda ser considerada un medio para fines ulteriores”.

Para las teorías absolutas con finalidad retributiva, la pena se agota en la idea de mera retribución, es decir, responde al mal constitutivo del delito con otro mal que se impone al autor de ese delito, y considera que la exigencia de la pena se deriva de la idea de justicia.

La **teoría de la prevención general** tiene la finalidad de prevenir delitos incidiendo sobre los miembros de la colectividad; está direccionada a la generalidad de los ciudadanos y pretende controlar la violencia, en la medida en que busca disminuirla y evitarla y puede ser positiva o negativa.

Masson (2012, p. 544) considera que la prevención general negativa fue idealizada por J. P. Anselm Feuerbach con el propósito de crear en el espíritu de los potenciales criminales un contra-estímulo fuerte lo suficiente para alejarlo de la práctica del crimen, Por su vez, la prevención general positiva consiste en demostrar la eficiencia del Derecho Penal, con el fin de manifestar la vigencia de la ley penal.

La **teoría preventiva especial** está direccionada claramente a la persona del condenado, y se subdivide también en positiva y negativa.

Según Masson (2012, p. 545), “para la prevención especial negativa lo importante es intimidar al condenado para que este no vuelva a violar la ley penal. Busca, por tanto, evitar la reincidencia”.

La prevención especial positiva se preocupa con la resocialización del condenado, para que en el futuro él pueda regresar al convivio social preparado para respetar las reglas impuestas a todos los individuos.

Las **teorías mixtas o unificadoras** buscan agrupar en un concepto único los fines de la pena en un intento de recoger los aspectos más destacados de las teorías absolutas y relativas. De ese modo, la pena asume un triple aspecto: retribución, prevención general y prevención especial.

Esa fue la teoría adoptada por el derecho penal brasileño, tanto en el Código Penal como en otros muchos dispositivos, como en la Ley de Ejecución Penal.

#### 2.4.2. Especies y dosimetría de la pena

En el artículo 32 del Código Penal se establecen tres especies de pena: pena privativa de libertad, pena privativa de derechos y pena de multa.

Los tipos penales son la **reclusión**, donde el cumplimiento de la pena se da en un régimen cerrado, semi-abierto o abierto, excepto cuando haya la necesidad de transferencia al régimen cerrado; la **prisión simple**, cuando el cumplimiento de la pena se da en un régimen semi-abierto o abierto, solamente para los casos de contravención penal.

Las penas restrictivas de derechos tienen carácter sustitutivo, siendo aplicadas posteriormente a las penas privativas de libertad si están presentes los requisitos legales para tanto.

La **pena de multa** consiste en el pago al Fondo Penitenciario Nacional de la suma fijada en la sentencia y calculada en días-multa y para la fijación de ese valor, el juez deberá analizar la situación económica del condenado (Código Penal, art. 49).

La dosimetría (cálculo) de la pena es el momento en que el Estado, detentor del derecho de punir, imputa al individuo autor del crimen la sanción que refleje la reprobación estatal del crimen cometido, a través del poder judicial.



Hay dos sistemas principales para la aplicación del *quantum* de la pena: el criterio bifásico, defendido por Roberto Lyra y el criterio trifásico, defendido por Néelson Hungria.

En el Sistema bifásico en un primer momento, debe ser ponderada la pena base en conjunto con las circunstancias atenuantes y agravantes. En la segunda y última etapa, el juez deberá aplicar eventuales causas de aumento o de disminución de la pena.

El Sistema trifásico, establecido en el artículo 68 del Código Penal, atiende a tres fases: la fijación de la pena base; el análisis de las circunstancias atenuantes y agravantes; el análisis de las causas de disminución y de aumento.

Tras el análisis de las tres fases, la pena será calculada obedeciendo el criterio trifásico en el que el magistrado procederá, en primer lugar, a fijar la pena base, de acuerdo con los criterios del artículo 59 del Código Penal (circunstancias judiciales) y, en segundo lugar, aplicar las circunstancias atenuantes y agravantes y, finalmente, las causas de disminución y de aumento de la pena.

### 2.4.3. Sistemas penitenciarios

Los sistemas penitenciarios representan cuerpos de doctrinas que se realizan a través de formas políticas y sociales constitutivas de las prisiones y con respecto a las penas privativas de libertad, son tres los sistemas adoptados: el *filadélfico*, el *auburniano* y el progresivo.

Según afirma Prado (2010), el Sistema penitenciario *filadélfico* es el más antiguo y el más riguroso de los tres, y surgió en la prisión de Walnut Street, en Filadelfia, el año de 1790 y tenía como características el aislamiento celular de los intervalos, la obligación estricta del silencio, la meditación, la oración y la abstinencia de cualquier forma de vicio, pero, a pesar de representar un efectivo avance, los críticos de ese sistema objetan que la segregación y el silencio no proporcionaban la reinserción social del condenado. En palabras de Zaffaroni y Pierangeli (2010, p. 682) “sus consecuencias son nefastas, particularmente para la salud psíquica del imputado”.

El Sistema penitenciario *auburniano* adopta la regla del silencio absoluto<sup>7</sup>, es decir, los detenidos no podían hablar entre ellos sino en la presencia de los guardias, con permiso previo y en voz baja. Los críticos de ese sistema afirman que el punto vulnerable era la regla deshumana del silencio, y que el sistema *auburniano* no tenía en vista la recuperación del preso, sino su obediencia y ese sistema no atendería al carácter de resocialización del individuo y no posibilitaba su recuperación social.

En relación al Sistema progresivo (inglés o irlandés), Mirabete y Fabbrini (2008) afirman que el surgió en Inglaterra en el siglo XIX y la esencia de ese régimen consistía en distribuir el tiempo de duración de la condenación en periodos, ampliándose en cada uno de ellos los privilegios de los que el recluso podía disfrutar, de acuerdo con su buena conducta y del avance alcanzado por el tratamiento

<sup>7</sup> Una de las características de ese sistema es el silencio absoluto; por eso es que ese sistema es llamado de *silent system*, donde el preso no se comunicaba con nadie y tenía el trabajo como uno de sus pilares fundamentales.



reformador. Otro aspecto importante era el hecho de posibilitar al recluso reincorporarse a la sociedad antes del término de la condenación.

Es el sistema más blando entre los tres y la base del sistema brasileño es la del sistema progresivo irlandés.

### **3. MOVIMIENTOS IDEOLÓGICOS – ABOLICIONISMO, DERECHO PENAL MÁXIMO Y DERECHO PENAL MÍNIMO O GARANTISMO PENAL**

En este apartado recogeremos los principales discursos penales, que son el Abolicionismo, el Derecho Penal Máximo, también llamado Ley y Orden, y abordaremos el Derecho Penal Mínimo, también conocido como Derecho Penal del Equilibrio o Garantismo Penal.

El movimiento abolicionista postula el desaparecimiento del sistema penal y su sustitución por modelos alternativos de solución de conflictos, posición defendida por autores comprometidos con el principio de la dignidad de la persona humana y que consideran el sistema penal irracional.

Greco (2010) afirma que los adeptos del movimiento abolicionista defienden la sustitución del sistema penal por modelo de solución de conflictos alternativos, preferentemente informales.

En suma, para los abolicionistas, la prisión es un instrumento irracional, que no puede ser aplicado sin que se ofenda el principio de la dignidad de la persona humana.

El Derecho Penal Máximo es llamado también de movimiento de ley y orden y sus partidarios defienden la aplicación del derecho penal en su máxima expresión.

Según Greco (2010, p. 16), para los adeptos de ese movimiento, “las penas consideradas alternativas, que evitan el innecesario encarcelamiento del agente que practicó una infracción penal de poca o ninguna importancia, estimula el cometimiento de otros delitos”.

Aún en el ámbito del Derecho Penal Máximo, podemos destacar el Derecho Penal del Enemigo como uno de sus variantes más agresivas.

La terminología “derecho penal del enemigo” (*Feindstrafrecht*) fue introducida por Jakobs (2012) a mediados de los años ochenta.

Siguiendo el planteamiento de la teoría defendida por Jakobs,

el enemigo es considerado una fuente de peligro y como tal ha de ser tratado. Esta es la única manera de solucionar, a su juicio, el problema de los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana. (GONZÁLEZ CUSSAC, 2007, p. 55).

En la concepción equilibrada entre los dos movimientos ideológicos, que son el Abolicionismo y el Derecho Penal Máximo, está el Garantismo Penal o Derecho Penal Mínimo, cuyo discurso es considerado el más coherente con la actual realidad social, pues busca adecuar el derecho penal a los principios constitucionales, asegurando derechos y garantías, tanto al agente que haya cometido algún delito como a la sociedad, con vistas a evolucionar para un Estado Democrático de Derecho.

El jurista italiano Luigi Ferrajoli fue responsable por el desarrollo de una teoría general del garantismo, con su obra *Derecho y Razón* (1995) y él asegura que la Constitución es la ley suprema que no puede ser mitigada por la legislación inferior, porque ella nos garantiza una serie de derechos fundamentales que no pueden ser maculados.

La teoría del garantismo penal tiene el objetivo de asegurar que los bienes individuales, los derechos fundamentales de los individuos, sean protegidos frente al poder de las instituciones estatales e, incluso, frente a la acción de otros individuos.

En Brasil ese movimiento es defendido por Rogério Greco, quien lo denomina Derecho Penal del Equilibrio.

En la concepción garantista, la prisión no es un camino adecuado para la resocialización. La resocialización y la reinserción del individuo en la sociedad dependen de políticas públicas y programas educacionales serios. Depende de la implementación y puesta en práctica de medidas educativas que sean capaces de dar a la deficiencia carcelaria una respuesta con eficiencia educativa.

Analizaremos, en seguida, los cambios ocurridos en el Código de Proceso Penal brasileño con el advenimiento de la Ley nº 12.403 de 2011, y si con la entrada en vigencia de esa ley en Brasil hubo algún cambio en el número de delitos practicados y en el comportamiento de los delincuentes.

#### **4. LAS REFORMAS LEGISLATIVAS Y EL ADVENIMIENTO DE LA LEY Nº 12.403 DE 2011**

Para analizar los aspectos garantistas existentes en la Ley nº 12.403/11 examinaremos, en este tópico, las reformas procesales y las repercusiones en el ordenamiento brasileño.

##### **4.1. La reforma del Código de Proceso Penal brasileño**

Las modificaciones constantes en la nueva redacción del Código de Proceso Penal pueden ser consideradas un intento de adaptación de la legislación penal a la realidad actual, enfatizando, de modo especial, en las medidas cautelares que surgen como alternativas a las prisiones preventiva y provisional hasta entonces consideradas medidas de cautela para el buen desarrollo del proceso penal.

#### **4.2. La búsqueda de equilibrio en la aplicación de la ley penal: Ley nº 12.403/2011**

La aprobación de la Ley nº 12.403/11 es un avance en la dirección de la búsqueda de un equilibrio que permita penalizar adecuadamente los individuos que cometan crímenes contra la sociedad, imputándoles, a cada uno medidas cautelares que son alternativas a las prisiones preventiva y temporal, cuyo objetivo era garantizar la efectividad del proceso penal. Esas alternativas a la prisión se justifican sobre la base de que la libertad de los individuos es un derecho fundamental que debe ser asegurado, y para tanto el estado debe aportar los medios y alternativas que lo haga viable y están plasmadas en el artículo 319 del Código de Proceso Penal brasileño.

De acuerdo con el nuevo texto del Código de Proceso Penal, en su artículo 319, son medidas cautelares diversas de la prisión:

I – presentación periódica en juicio, en el plazo y en las condiciones fijadas por el juez, para informar y justificar actividades;

II – prohibición de acceso o frecuencia a determinados lugares cuando, por circunstancias relacionadas al hecho, deba el indiciado o acusado permanecer distante de esos lugares para evitar el riesgo de nuevas infracciones;

III – prohibición de mantener contacto con determinada persona cuando, por circunstancias relacionadas al hecho, deba el indiciado o acusado de ella permanecer distante;

IV – prohibición de ausentarse de la Comarca cuando la permanencia del acusado sea conveniente o necesaria para la investigación o instrucción;

V – detención domiciliaria en el periodo nocturno en los días libres cuando el investigado o acusado tenga residencia y trabajo fijos;

VI – suspensión del ejercicio de función pública o de actividad de naturaleza económica cuando haya justo recelo de su utilización para la práctica de infracciones penales;

VII – internación provisional del acusado en las hipótesis de crímenes practicados con violencia o grave amenaza, cuando los peritos concluyan ser inimputable o semi-imputable (art. 26 del Código Penal) y haya riesgo de reincidencia;

VIII – fianza, en las infracciones que la admitan, para asegurar la asistencia a actos del proceso, evitar la obstrucción de su desarrollo o en caso de resistencia injustificada a la orden judicial;

IX – monitoreo electrónico.



Esas medidas cautelares aplicables en el transcurso de la investigación policial o del proceso penal tienen cuatro características que se sobresalen: provisionalidad, revocabilidad, substitutividad y excepcionalidad.

## **5. LA LEY N° 12.403/2011 Y LAS REPERCUSIONES EN BRASIL - LA RECEPTIVIDAD EN EL PODER JUDICIAL Y EN LA SOCIEDAD**

En este apartado abordaremos el tema de la receptividad de la Ley n° 12.403/11, averiguando si el poder judicial y la sociedad están preparados para aplicar la nueva legislación como deberían; si hay herramientas y personal suficientes para hacer la supervisión del cumplimiento de las medidas cautelares impuestas por el Estado.

### **5.1. El Poder judicial y la aplicación de la Ley n° 12.403/2011**

La Ley n° 12.403/11 aparece como un intento de solucionar el problema de superpoblación carcelaria, estableciendo que solo se recurra a la privación de la libertad del individuo en caso de real necesidad.

No obstante, la aplicación de la Ley n° 12.403/11 por los jueces criminales se enfrenta a dificultades, especialmente en lo que toca al uso del principio de necesidad, del principio de proporcionalidad y de la adecuación, que sirven como elementos orientadores para la aplicación de las medidas cautelares, además de la supervisión del cumplimiento de esas medidas y la conversión fundamentada de la prisión en flagrante en prisión preventiva. Es posible observar la dificultad de los magistrados para aplicar los principios de necesidad y de adecuación al aplicar las medidas cautelares.

De acuerdo con W. I. C. Cruz (2012), otro punto relevante que debe ser destacado es el hecho de que:

La ley no es tajante en categorizar los crímenes y decir cuál medida cautelar es más adecuada a determinado crimen, sino que es el juez, en el caso específico, quien evaluará y optará por la sanción que le parezca adecuada al crimen. (CRUZ, 2012, p. 38).

De esa forma, al magistrado se le exige una mayor responsabilidad, puesto que, en esas situaciones, son colocados a prueba su imparcialidad y su conocimiento profundo a la hora de fundamentar sus decisiones.

## 5.2. La Ley nº 12.403/2011 y las repercusiones en la sociedad

Tras un corto periodo de vigencia de la Ley nº 12.403/11, las opiniones todavía divergen y provocan discusiones acaloradas en la sociedad y en los órganos públicos involucrados. Presentaremos, en este apartado, las opiniones destacadas de algunas personas referentes al asunto en cuestión.

El abogado criminalista Ricardo Henrique Araújo Pinheiro<sup>8</sup>, en su artículo “¿Dónde está la racionalización de la Ley nº 12.403/11?”<sup>9</sup>, considera que el tema de la prisión llama la atención de todos, puesto que afecta directamente el uso de la libertad de ir y venir de los individuos.

Los criminales contumaces, que todavía no tienen contra sí sentencias condenatorias determinadas en juicio, ciertamente serán beneficiados por la norma. Crímenes de repercusión nacional, aunque cometidos con grave amenaza a la persona, quedarán casi impunes a los ojos de la sociedad. En líneas generales, los cambios precipitados en el Código de Proceso Penal no aportarán nada para el mejoramiento de la justicia criminal, más aún cuando la propia sociedad no entiende cómo el criminal contumaz (aunque técnicamente primario) pueda librarse de la prisión, dado que no tendrá contra sí una sentencia condenatoria determinada en juicio. (Véase nota 9 de pie de página).

El abogado cree que, con esos breves comentarios, los lectores podrán comprender que, al contrario de lo que los medios de comunicación han publicado, la prisión preventiva solo podrá ser decretada de forma secundaria, en caso de que el criminal sea reincidente en la práctica de crímenes graves y si las medidas cautelares diversas de la prisión sean declaradas frustradas.

De opinión semejante a la del abogado criminalista, el Fiscal de la Comarca de Monte Sião, Marco Antonio Meiken, en carta ampliamente divulgada en *Internet*, manifestó su desacuerdo con los cambios promovidos en la Ley nº 12.403/11<sup>10</sup>.

De acuerdo con Meiken, la aplicación de medidas cautelares en detrimento de las prisiones es una medida equivocada y que pone en evidencia la falta de estructura en la seguridad pública, pues “la estructura estatal en el ámbito de la seguridad sigue siendo la misma, caótica y obsoleta, de forma que la efectividad de las medidas cautelares nació ya comprometida ante la ausencia de mecanismos de supervisión”. Indignado, el fiscal ironizó las nuevas reglas atribuidas a la referida ley, evaluando las alteraciones, según su propio punto de vista, como un “disparate”.

A continuación describiremos las opiniones de algunos seguimientos de la sociedad sobre la ley en cuestión.

<sup>8</sup> Abogado Criminalista; Estudiante de Doctorado en Derecho por la Universidad Nacional de la Plata – UNLP.

<sup>9</sup> El título original “Onde está a racionalização da Lei nº 12.403/11?” (2011, 15 septiembre). Disponible en: <<http://atualidadesdodireito.com.br/ricardopinheiro/2011/09/15/onde-esta-a-racionalizacao-da-lei-n%C2%BA-12-40311/>>. Obtenido en 22 mayo, 2013.

<sup>10</sup> En “Alteraciones de la Ley 12.403/11 generan discusiones acaloradas en la sociedad” (2011, 27 julio). Título original “Alterações da Lei 12.403/11 geram discussões acaloradas na sociedade. Disponible en: <<http://www.portalmogiguacu.com.br/portal/index.php/cidades/3992-alteracoes-da-lei-12403-geram-discussoes-acaloradas-na-sociedade.html>>. Obtenido en 22 mayo, 2013.

– “La Ley 12.403/11 está en total consonancia con la Constitución Federal y, ciertamente, ayudará a desahogar nuestro sistema carcelario, repleto de presos provisionales, muchos de los cuales presos por crímenes de bagatela.” (Esio Feitosa, en 09.07.2011)<sup>11</sup>.

– “Para algunos abogados, ese cambio representa una verdadera maravilla (o avance). En contrapartida, ¡que se arruine el ciudadano común!” (Juvêncio Juvenal, en 09.07.2011)<sup>12</sup>.

Observamos, analizando las diferentes opiniones sobre el asunto, que algunos consideran que la ley será la afirmación de la impunidad en Brasil, mientras otros dicen que la ley es el ideal del garantismo penal y la solución para el respeto al principio de la inocencia, tan irrespetado en el pasado por el procedimiento de la prisión provisional.

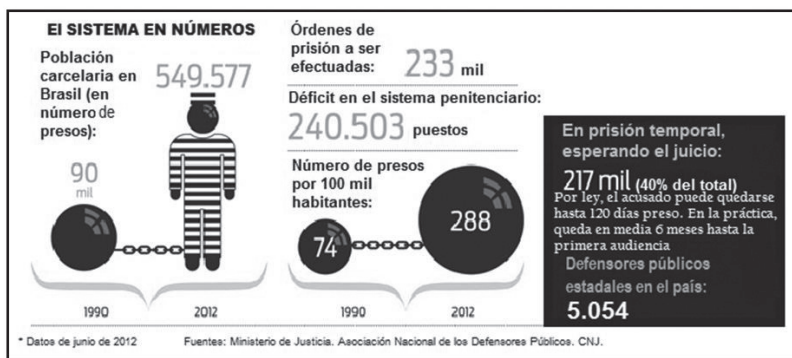
No obstante, a pesar de las opiniones divergentes sobre la referida ley, no podemos negar que ella tiene el objetivo de atender el derecho fundamental del individuo, y también pretende desahogar el sistema carcelario brasileño; pero para que esa ley tenga éxito es necesario que el Estado haga la supervisión del cumplimiento de las medidas cautelares.

### 5.3. Algunos resultados sobre la aplicación de la Ley nº 12.403/2011 en Brasil y en Pará

El Estado brasileño reconoce que es necesario reformar el sistema carcelario en el intento de minimizar el problema de las prisiones provisionales y con eso disminuir la superpoblación carcelaria.

Con cerca de 500 mil presos, Brasil tiene la cuarta población carcelaria del mundo<sup>13</sup>, un sistema carcelario abarrotado y un déficit de cerca de 200 mil puestos en las prisiones.

Figura 1 – El sistema carcelario en números



Fuente: Ministerio de Justicia

<sup>11</sup> Obtenido desde <<http://blog.opovo.com.br/blogdoeliomar>>.

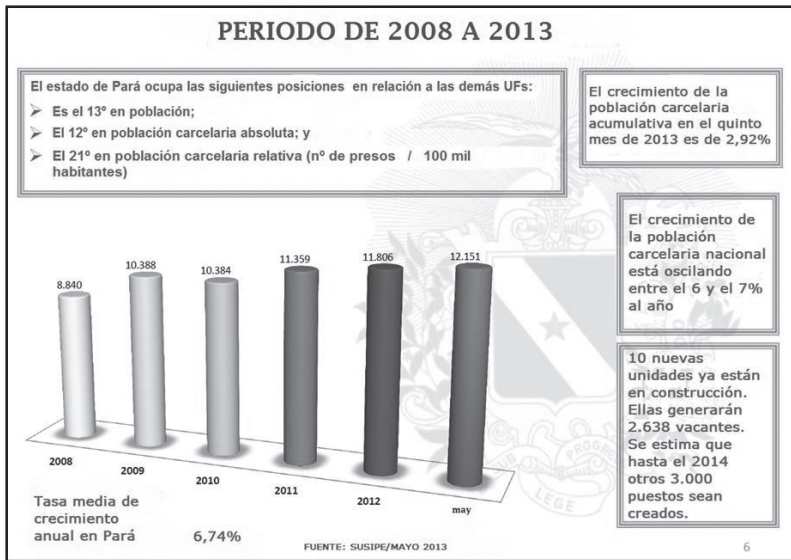
<sup>12</sup> Obtenido desde <<http://blog.opovo.com.br/blogdoeliomar>>.

<sup>13</sup> Según la Organización no gubernamental Centro Internacional de Estudios Carcelarios (ICPS, sigla en inglés), Brasil solo pierde, en número de presos, para Estados Unidos (2,2 millones), China (1,6 millones) y Rusia (740 mil). Obtenido desde <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120529\\_presos\\_onu\\_1k.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120529_presos_onu_1k.shtml)>.

Al analizar la figura, concluimos que, en Brasil, 40% de la población carcelaria es formada por presos provisionales que todavía no han recibido una sentencia, y muchos de esos presos, que son, en realidad, inocentes, quedan con secuelas irreversibles, puesto que fueron víctimas al ser detenidos arbitrariamente. Es posible notar en Brasil el uso excesivo de privación de la libertad y la falta de asistencia jurídica gratuita, diferentemente de lo que se practica en otras partes del mundo.

En relación a la aplicación de la Ley 12.403/2011 en Pará, estudiamos la situación de la población carcelaria del Estado de Pará no periodo de 2008 a 2013, de acuerdo con datos del CNJ<sup>14</sup> y de la SUSIPE<sup>15</sup>.

**Gráfico 1 – Crecimiento de la población carcelaria de 2008 a 2013**



Fuente: SUSIPE, Relatório/Mayo 2013. Obtenido desde <[http://issuu.com/acssusipe/docs/relat\\_\\_rio\\_susipe\\_maio\\_2013](http://issuu.com/acssusipe/docs/relat__rio_susipe_maio_2013)>

El Coronel André Luiz de Almeida e Cunha, Superintendente del Sistema Penal del Estado de Pará, considera preocupante la situación del sistema carcelario de Pará, y afirma que Pará es un reflejo de la realidad del país.

No hay, en Brasil, interés en mejorar el sistema penal. Ya hay en el país más de 549 mil presos en 1420 cárceles, es decir, 288,14 presos por 100 mil habitantes. Eso es un problema grave que el país no ha podido solucionar.<sup>16</sup>

Aún de acuerdo con el superintendente, la población carcelaria creció inversamente proporcional al aumento de la población del estado. No obstante, el estado de Pará terminó el año de 2012 con menos de 12 mil presos, y eso, según él, evitó el colapso del sistema.

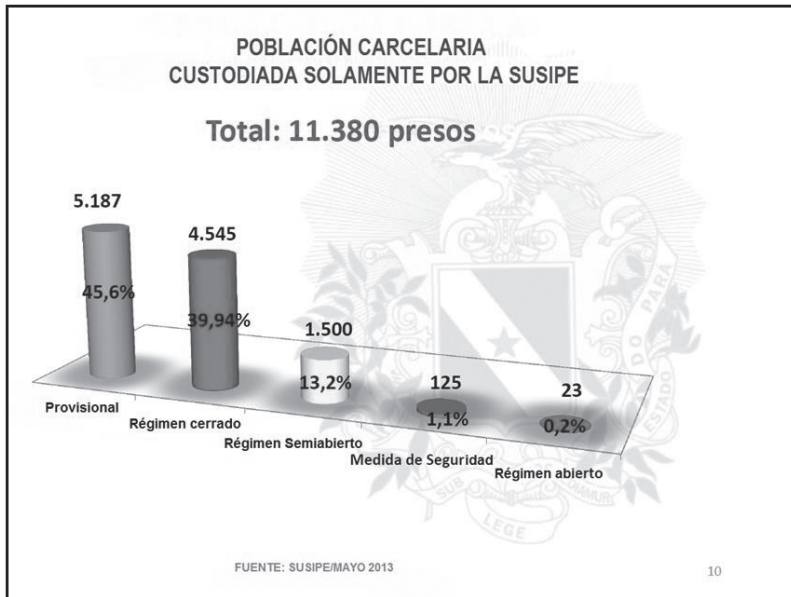
<sup>14</sup> Consejo Nacional de Justicia.

<sup>15</sup> Superintendencia del Sistema Penitenciario de Pará.

<sup>16</sup> Obtenido desde

<[http://www.oabpa.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=3090:susipe&catid=30:noticias&Itemid=110](http://www.oabpa.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3090:susipe&catid=30:noticias&Itemid=110)>

**Gráfico 2 – Población carcelaria custodiada por la SUSIPE en 2013**



Fuente: SUSIPE, Relatório/Mayo 2013. Obtenido desde <[http://issuu.com/acssusipe/docs/relat\\_rio\\_susipe\\_maio\\_2013](http://issuu.com/acssusipe/docs/relat_rio_susipe_maio_2013)>.

Según datos del CNJ, casi la mitad de los presos del Estado de Pará están en situación provisional, es decir, es mantenida encarcelada sin el juicio definitivo. Esos datos han causado preocupación al CNJ que considera que hay, en el Estado de Pará, una “cultura del encarcelamiento”, pues gran parte de esos casos es de crímenes practicados por individuos encarcelados que no ofrecen grave amenaza a la sociedad, y ese elevado número de presos provisionales es desproporcional, lo que dificulta la corrección en el sistema carcelario paraense.

#### 5.4. Análisis de los resultados

En este apartado veremos que algunos puntos de la reforma del Código de Proceso Penal, que fueron puestos en evidencia tras la publicación de la Ley 12.403/11, suscitaron algunas polémicas, tanto en la sociedad en general como en el círculo de los operadores del Derecho, que notaron vacíos jurídicos en las nuevas disposiciones legales. Vamos a analizar ahora algunas de ellos.

La Ley 12.403/11 creó medidas cautelares con el objetivo de combatir la banalización de la prisión provisional en el país, no obstante, tras dos años de vigencia todavía no ha cumplido su principal misión, puesto que el número de presos a espera de juicio sigue aumentando y la población carcelaria está siendo compuesta cada día más por personas más pobres.

Eso es una contradicción con la Ley 12.403/11 y su carácter garantista que asegura que:



La libertad provisional es la materialización de los postulados de dos principios constitucionales garantistas de gran importancia: la preferencia por el derecho a la libertad (art. 5º, LXVI, CF) y presunción de la no culpabilidad (art. 5º, LVII, CF). Funciona como una paradoja a la prisión cautelar, permitiendo que el acusado o reo permanezca en libertad mientras se resuelve el trámite de la investigación y acción penal o, incluso, transforma la propia prisión provisional en libertad. (SILVA, D. M. 2011, s. p.).

Datos del DEPEN<sup>17</sup> del Ministerio de Justicia muestran que la ley todavía no ha resultado en una disminución de la población carcelaria brasileña, pues aunque el número de prisiones provisionales haya crecido menos (el aumento en 2011 fue de 1%, frente a 2,9% en 2010), el total de presos provisionales llegó a 217 mil en diciembre de 2011, último número disponible, con lo cual es posible constatar que el problema de la superpoblación carcelaria sigue debido al déficit de puestos en las cárceles, y eso causa graves problemas ya que muchas veces no hay espacio en las cárceles ni para que los presos duerman; además de eso, aumenta el riesgo de proliferación de enfermedades contagiosas entre ellos.

Un aspecto que dificulta la aplicación de la ley tiene relación con el hecho de que ha sido difícil aplicar las medidas cautelares satisfactoriamente, dada la dificultad en supervisar dicha aplicación, es decir, es inviable la fiscalización de si el reo se mantuvo realmente alejado de determinada persona, si frecuentó o no ciertos lugares o si se recogió por la noche en el horario determinado, por ejemplo.

Algunos fiscales fiscalizan también la falta de estructura y de instrumentos para la efectiva aplicación de la ley, como el monitoreo electrónico, que posibilita a las autoridades el control de los movimientos de los detenidos, asegurando la supervisión del cumplimiento de las medidas impuestas por el juez.

Concluimos este apartado infiriendo que la referida ley afectó a la sociedad, inspirando inúmeras críticas, principalmente en lo que se refiere a la prisión preventiva, que pasa a ser medida subsidiaria. En contrapartida, la ley en cuestión pasó a enfatizar importantes principios constitucionales, como la presunción de la inocencia, la dignidad de la persona humana y el debido proceso legal, entre otros.

## **6. CONSIDERACIONES FINALES**

La presente investigación pretendió analizar los efectos de la teoría garantista sobre el ordenamiento jurídico penal brasileño tras el advenimiento de la Ley nº 12.403/11, y permitió comprender que la historia del crimen y de la forma de punir a los criminales ha sufrido cambios, pasando de la barbarie a la búsqueda de la justicia.

<sup>17</sup>

Departamento Penitenciario Nacional



El modelo garantista defiende garantías que componen su sistema y en ese aspecto, se concluye que el garantismo penal es un modelo de sistema penal fundado en el Estado Democrático de Derecho y que busca el respeto a los derechos y a las garantías fundamentales del ciudadano en la aplicación de las leyes penales y procesales penales, frente al autoritarismo del Estado.

Es en ese contexto nacional que fue promulgada la Ley nº 12.403/11, que tiene nítidos aspectos garantistas y que modernizó el escenario jurídico penal brasileño reformando el Código de Proceso Penal y que, acertadamente, especificó presupuestos a ser adoptados en la determinación de las medidas cautelares, aplicables solo cuando sean necesarias y adecuadas al caso específico y, ante la nueva ley, ahora durante el proceso penal, la única especie de prisión cautelar posible es la prisión preventiva.

En ese sentido, cabe destacar que la referida ley establece criterios más rígidos para la determinación de la prisión preventiva, con vistas a evitar el encarcelamiento, salvo en los casos en que se muestre extremadamente necesaria para el orden público y privilegiando el principio de la no culpabilidad, con el objetivo de disminuir la superpoblación en las cárceles.

Sin embargo, se observa que, a pesar de la ley estar en vigencia hace ya dos años, todavía existen algunos obstáculos que impiden su correcta aplicación. Uno de ellos se refiere al hecho de que algunos magistrados insisten en irrespetarla, aplicando la prisión como primera alternativa, en absoluta discordancia con lo que determina la ley y la Constitución Federal que resguarda la libertad y la dignidad humanas como derechos humanos fundamentales e indisponibles.

Las reformas introducidas en el Código de Proceso Penal por la ley en cuestión son importantes para que sea instaurado un sistema punitivo cada vez más garantizador de los derechos humanos fundamentales teniendo en vista la teoría del garantismo penal que defiende la ampliación de la libertad del ciudadano y la restricción al mínimo del poder punitivo del Estado, es decir, la doctrina garantista rechaza el abuso de la intervención punitiva del Estado en defensa de la garantía de la observancia de los derechos y garantías individuales y colectivas.

Por fin, ante todo lo expuesto, creemos que en general la Ley nº 12.403/11 constituye un buen instrumento del movimiento de reforma del Código de Proceso Penal en el intento de actualizar todo el Código y adecuarlo a las nuevas disposiciones constitucionales. Sabemos que los efectos del garantismo penal contenidos en la ley en análisis fueron varios, importantes y positivos en la reforma de nuestra legislación penal procesal.

Por tanto, concluimos por una posición favorable al garantismo penal, aunque entendemos que el sistema propuesto por Ferrajoli debería ser adecuado a la legislación nacional.

Así siendo, cabe a los operadores del derecho y a la sociedad en general analizar mejor el tema para que se pueda exigir el cumplimiento de la referida ley, pues se constata que ella trajo beneficios al respetar preceptos de la Constitución Federal e instaurar un sistema punitivo que privilegia la dignidad de la persona humana, punto central del Estado Democrático de Derecho.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS, F. A. M. de. **Direito penal**: parte geral, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: EDIPRO, 2003.
- BITENCOURT, C. R. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal**: parte geral, vol. 1. 17. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOBBIO, N. **El tiempo de los derechos**. Madrid: Editorial Sistema, 1991.
- \_\_\_\_\_. **Teoría general de la política**. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- \_\_\_\_\_. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Igualdade e liberdade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.
- BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Seção I, p. 23.911. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>.
- BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Seção I, p. 19.699. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>.
- BRASIL. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, ... **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 maio 2011. Seção I, p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm)>.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional [DEPEN]. Sistema prisional. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen>>.
- BRASIL. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. **Anteprojeto**. Brasília, DF: Senado Federal: Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2009.
- CRUZ, W. I. C. **Lei 12.403/2011 e seus reflexos nos órgãos que compõem o sistema de justiça criminal**. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, Barbacena, MG, 2012.

FERRAJOLI, L. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madrid: Editora Trotta, 1995.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo. **Revista Penal**, n.19, p. 52-69, 2007. Disponible en: <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/index>>. Obtenido el agosto, 2012.

GRECO, R. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal: parte geral**, vol. 1. 15. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

JAKOBS, G. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

MASSON, C. **Direito penal: parte geral**, vol. 1. São Paulo: Editora Método, 2012. MIRABETE, J.; FABBRINI, R. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, G. de S. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.

SILVA, D. M. **Prisão e liberdade na Lei nº 12.403/2011**. 2011. Disponible en: <[www.mpba.mp.br/atuacao/criminal/material/prisao\\_e\\_liberdade\\_na\\_lei\\_n\\_12\\_403\\_2011\\_David\\_Medina\\_da\\_Silva\\_.pdf](http://www.mpba.mp.br/atuacao/criminal/material/prisao_e_liberdade_na_lei_n_12_403_2011_David_Medina_da_Silva_.pdf)>. Obtenido en 14 de octubre de 2013.

SILVA, J. G. **Teoria do crime**. São Paulo: Millennium, 2003.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

**TRANSICIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE MENORES DE EDAD EN BRASIL  
INFLUENCIA SOCIO-JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN SOBRE  
LOS DERECHOS DEL NIÑO**

**Ângelo Mendes Ferreira<sup>1</sup>**

**RESUMEN**

Este artículo científico destaca el periodo de transición de la Legislación de menores de edad brasileña – Código de Menores de 1979 para la creación del Estatuto del Niño y del Adolescente (*Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA*) 1990. En este contexto, el Código de Menores actuaba en relación con el menor, en el momento de la situación irregular. A su vez, el derecho infanto-juvenil sufre la influencia de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que trae la idea de la protección integral del menor. Por ello, la legislación brasileña sufre un impacto y alteraciones circunstanciales, implantando la teoría de la protección integral del niño, revocando la legislación de menores de edad e instituyendo el Estatuto del Niño y del Adolescente, con nuevas reglas y los cambios adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

**Palabras clave:** Código de Menores. ECA. Protección integral. Niño. Declaración de los Derechos del Niño. Brasil.

**RESUMEN:** I. Introducción. II. Código Del Menor – Disposiciones Preliminares. III. Derechos Infanto-Juvenil en el Contexto Internacional. IV. Doctrina de la Protección Integral – Estatuto Del Niño y Del Adolescente. V. Consideraciones Finales. Bibliografía.

**I. INTRODUCCIÓN**

Este artículo científico demuestra un enfoque de los aspectos históricos y de la construcción de ideas fundamentales para garantizar los derechos de los niños.

Inicialmente, constituye en el siglo XIX el predominio dado a la ley como fuente del Derecho y el concepto del orden jurídico como un sistema normativo (*Hans KELSEN, Theorie Puredu Droit. Neuchatel: Editions de la Baconnière, 1953*). Así, la evolución de las teorías del Derecho garantizaba un desarrollo político-jurídico de los Estados soberanos (SILVA PEREIRA, 1996).

Según Henri Capitant (*apud* SILVA PEREIRA, 1996, p. 11), el Derecho Positivo “é um conjunto

<sup>1</sup> Abogado debidamente inscrito en el Colegio de Abogados del Brasil – Seccional en Minas Gerais. Especialista en Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de Damásio de Jesús. Especialista en Derecho Electoral y Procesal Electoral por el Centro Universitario Claretiano. Aluno Regular de la Modalid Intensiva de Doctorado en Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires - UBA.

de princípios que pautam a vida social de determinado povo em determinada época”<sup>2</sup>. Por lo tanto, en este momento de un sistema jurídico integrado, se introduce el Derecho del Niño y del Adolescente, respaldando en reglas públicas y privadas y orientadas por principios constitucionales.

Las cuestiones existentes en torno al menor constituyen un problema social, en el que la sociedad debe contar con un análisis primoroso y sereno sobre los derechos y deberes inherentes a ellas. En vista de eso, Nogueira (1988, p. 09) considera que, “*o problema do menor requer mais atenção, pois não basta dispor sobre assistência, proteção e vigilância, quando, na prática, não se dão condições satisfatórias para a sua solução*”<sup>3</sup>.

En la sociedad brasileña, las cuestiones relacionadas al menor sufren una desconexión enorme entre las leyes promulgadas y el contexto social brasileño. Así que, es necesario un análisis amplio de las cuestiones del Derecho del Niño y del Adolescente con el fin de buscar un cambio social positivo.

Delante de estas aspiraciones, es necesario un análisis circunstancial del período de transición del derecho del menor para la doctrina de protección integral, establecida por el Estatuto del Niño y del Adolescente, con las influencias de la Declaración de los Derechos del Niño, presentada en las Naciones Unidas, de modo que introduce el Derecho del Niño en una de las ramas de los nuevos derechos fundamentales.

En el contexto histórico, añade PINHEIRO (2004, p. 345) sobre cuatro representaciones sociales importantes con respecto al niño y al adolescente:

“[...] objeto de proteção social; objeto de controle e de disciplinamento; objeto de repressão social; e sujeitos de direitos. Cada uma delas emerge em cenário sócio-histórico específico, respectivamente: Brasil-Colônia; início do Brasil-República; meados do século XX; e décadas de 70 e 80 do mesmo século. À medida que vão emergindo e se consolidando, verifica-se a coexistência de duas ou mais delas, marcada pelo embate simbólico”<sup>4</sup> (PINHEIRO, 2004, p. 345)

En ese aspecto, la doctrina de menores de edad, con el enfoque de la situación irregular prevaleció en gran parte de la historia de Brasil, por lo que Brasil convivió por diversos lapsos temporales con tales preceptos.

Por consiguiente, con la evolución de las ideas y principios sobre los derechos del niño y de la doctrina de la protección integral presentada por la Organización de las Naciones Unidas, se derogó la

<sup>2</sup> **Libre traducción del texto original:** “*es un conjunto de principios que guían la vida social de un determinado pueblo en un determinado momento*”.

<sup>3</sup> **Libre traducción del texto original:** “*el problema del menor requiere más atención, pues no es suficiente proveer asistencia, protección y vigilancia que, en la práctica, no se deja condiciones satisfactorias para su solución*”.

<sup>4</sup> **Libre traducción del texto original:** “objeto de protección social; objeto de control y disciplina; objeto de represión social; y sujetos de derechos. Cada una de ellas se manifiesta en escenario socio-histórico específico, respectivamente: Brasil-Colonial; comienzo del Brasil-República; a mediados del siglo XX; y décadas de los 70 y 80 del mismo siglo. A la medida en que van surgiendo y consolidándose, se nota la coexistencia de dos o más de ellas, marcada por el enfrentamiento simbólico”.

doctrina de la situación irregular del menor, instaurando el Estatuto del Niño y Adolescente, ofreciendo una serie de derechos y deberes a los niños, adolescentes, adultos, instituciones de protección, así como la reglamentación de normas y preceptos internos por el Estatuto de Brasil y de la observancia de los derechos constitucionales presentados en el ámbito internacional.

## II. CÓDIGO DEL MENOR - DISPOSICIONES PRELIMINARES

El Derecho del Menor nació con la propuesta del primer Código de Menores de 1927 - Decreto nº. 17.943/27, conocido como Código de Mello Mattos. Este código tuvo respaldo en las ideas que surgieron en Europa en este período, por lo que Brasil necesitaba establecer directrices para las prácticas psicopedagógicas del análisis para el tratamiento del niño, de manera que observase la condición mental, física y moral, así como la situación social y económica de la familia (SILVA PEREIRA, 1996).

Con la evolución histórica, surge en 1940 el Código Penal Brasileño, estableciendo la responsabilidad penal de menores de dieciocho años, de modo que produjo, de forma exigente, las alteraciones circunstanciales del Código de Menores de 1927. Luego, surge a través de la motivación del contexto social la reforma del Código de Menores en 1979.

El Código del Menor incluye los aspectos legales para la aplicación del derecho del menor, que consiste en el “conjunto de normas jurídicas relativas à definição da situação irregular do menor, seu tratamento e prevenção”<sup>5</sup> (CAVALLIERI, 1978, p. 09). El autor agrega, aún, que la expresión situación irregular “foi escolhida por nós para abranger os estados que caracterizam o destinatário das normas de Direito do Menor”<sup>6</sup> (CAVALLIERI, 1978, p. 27). En ese paso, dicho código se instauró con dos libros en que en el primero explica sobre los tratados de derecho sustantivo y en el segundo sobre las normas de derecho adjetivo.

En ese sentido, el Código de Menores de 1979 - Ley n. 6.697/79 adopta las normas de protección del Menor en Situación Irregular, apoyando, así, el Derecho del Menor. (SILVA PEREIRA, 1996). De este modo, dicho código presentaba en su artículo 1º la siguiente disposición:

Art. 1º. Este Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores:

I – até dezoito anos de idade, que se encontre em situação irregular;

II – entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei;

Parágrafo único. As medidas de caráter preventivo aplicam-se a todo menor de dezoito anos, independentemente de sua situação.<sup>7</sup> (BRASIL, 1979).

<sup>5</sup> **Libre traducción del texto original:** “conjunto de normas jurídicas relativas a la definición de la situación irregular del menor, su tratamiento y prevención”.

<sup>6</sup> **Libre traducción del texto original:** “fue elegida por nosotros para cubrir los estados que caracterizan el destinatario de las normas del Derecho del Menor”.

<sup>7</sup> **Libre traducción del texto original:** “Art. 1º. Este Código delibera sobre asistencia, protección y supervisión de los menores: I – hasta los dieciocho años de edad, que este em situación irregular; II – entre dieciocho y veintiún años, em los casos previstos por la ley; Parágrafo único. Las medidas de carácter preventivo se aplican a todos los menores de dieciocho años, cualquiera que sea su situación”.

**Disponible en:** BRASIL, Lei n. 6.697, de 10 de Outubro de 1979. **Código de Menores.** Site: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6697.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm) Acceso en: 25/09/13.

En este contexto, se nota que el término «*situación irregular*» fue traído de la Organización de los Estados Americanos, a través del instituto relacionado al niño, que presenta diversas formas al menor: abandonado, infractor, delincuente, asistido, conducta antisocial, entre otros.

De acuerdo con CAVALIERI (1978, p. 280) el Código de menores de 1979 es una «*ley de conflictos aplicado a los efectos*», de manera que “*a prevenção de primeiro grau atinente às causas profundas da anomia social não cabe nem à legislação nem aos órgãos judiciários*”.<sup>8</sup>

Para corroborar este contexto social, Liborni SIQUEIRA (*apud* SILVA PEREIRA, 1996, p. 21) define la doctrina del Derecho del Menor como la “*ciência jurídica que estuda os fatos sociais morfológicos e sociológicos que influem na integração da unidade e harmonia biopsicossocial do menor, objetivando suas necessidades afetivas e estruturais*”.<sup>9</sup>

Para CAVALIERI (1978), esta expresión llamada de situación irregular expuesta en la época, concretizaba las fases del destinatario principal. Así que, se consideraba el menor en situación irregular conforme mencionado en la legislación, transcripta abajo:

Art. 2º. Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I – privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II – vítima de maus-tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável.

III – em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV – privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável.

V – com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptación familiar ou comunitária.

VI – autor de infração penal.<sup>10</sup> (BRASIL, 1979)

<sup>8</sup> **Libre traducción del texto original:** “*la prevenção de primer grado perteneciente a las causas profundas de la anomia social no compete ni a la legislação ni a los órganos judiciales*”.

<sup>9</sup> **Libre traducción del texto original:** “*ciencia jurídica que estuda los hechos sociales morfológicos y sociológicos que influyen en la integración de la unidad y armonía biopsicossocial del menor, apuntando sus necesidades afectivas y estructurales*”.

<sup>10</sup> **Libre traducción del texto original:** “*Art. 2º. A los efectos de este Código, se considera em situação irregular el menor: I – privado de condiciones esenciales para su subsistencia, salud e instrucción obligatoria, aunque casualmente, em razão de: a) falta, acción u omisión de los padres o tutor; b) clara imposibilidad de los padres o tutor para proveerlas; II – víctima de malos tratos o castigos imoderados impuestos por los padres o tutor. III – em peligro moral, debido a: a) encontrarse, habitualmente, em un ambiente contrario a las buenas costumbres; b) exploración en actividad contraria a las buenas costumbres; IV – privado de representación o asistencia legal, por la falta eventual de los padres o tutor. V – mala conducta, a causa de grave inadaptación familiar o comunitaria. VI – autor de um delito penal*”.

**Disponível em:** BRASIL, Lei n. 6.697, de 10 de Outubro de 1979. **Código de Menores.** Site: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6697.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm) Acceso en: 25/09/13.



En el contexto sociocultural, se verifica que el menor en situación irregular tiene una realidad sufrida y anómala, ya que la legislación de la época vincula al orden familiar, así como patologías sociales y consecuentemente por el estado de pobreza. La autoridad judicial - juez de menores se adjuntó a la norma legal, y no puede apartarse de la realidad impuesta (Machado, 1986).

De esta suerte, la aplicación de la norma estaba sujeta a los aspectos sociales y económicos de la vida del menor infractor, por lo que el juez no podía aplicar parámetros de la sociedad en general, sino sólo al contexto social familiar de este menor sometido a análisis (NOGUEIRA, 1988).

En este punto de vista, añade Emilio GARCIA MENDEZ (*apud* SILVA PEREIRA, 1996, p. 22), que el papel del juez era “*como un padre de familia*” cuando “*la discrecionalidad es la primera característica del derecho de menores*” Por otra parte, en relación con el papel conjunto del juez - carácter tutelar y carácter penal - afirma que la función del magistrado era reducir los conflictos en el entorno social, así como la reducción de los conflictos jurídicos.

Así, advierte Paula GOMIDE (*apud* SILVA PEREIRA, 1996, p. 19) que tal período muestra que “*o Estado assumiu a tutela do menor abandonado ou infrator e a política passou a ter um caráter assistencialista, cuja principal ação foi abrigar e alimentar as crianças e adolescentes abandonados do país*”.<sup>11</sup> Incluso, en la opinión de la autora, el asistencialismo “*implica uma ação política de manutenção do status quo do atendido, pois, certamente, esta ação não tem a preocupação de alterar as condições em que o miserável vive*”.<sup>12</sup>

Esta doctrina de menores de edad se consolidó durante un extenso lapso temporal en el Estado Brasileño. No obstante, con la llegada de influencias internacional, se percibe que Brasil comienza un cambio radical en el pensamiento sobre el niño - ahora terminológicamente, niños y adolescentes.

### III. DERECHOS INFANTO-JUVENIL EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

A nivel internacional, el derecho infanto-juvenil se somete a un proceso gradual en varios períodos de la historia, con el fin de llevar a cabo los derechos y garantías fundamentales del niño y del adolescente.

La organización de las Naciones Unidas, antes conocida como Liga de las Naciones, introdujo a nivel internacional la Declaración de los Derechos del Niño, en 1924, en la ciudad de Ginebra, en que formula a los Estados soberanos el cuidado y observancia en la protección efectiva de los derechos infanto-juveniles.

Dicho instrumento normativo acoge la expresión “*Derechos del Niño*”, y se da a conocer como la “*Declaración de Ginebra*”. De acuerdo con GUERRA (2009), este documento expresaba que,

<sup>11</sup> **Libre traducción del texto original:** “*el Estado ha asumido la tutela del menor abandonado o infractor y la política adquirió un carácter asistencialista, cuya principal acción fue para acoger y alimentar a los niños y adolescentes abandonados del país*”.

<sup>12</sup> **Libre traducción del texto original:** “*implica una acción política de mantener el status quo del asistido, pues, seguramente, esta acción no se preocupa de cambiar las condiciones en que vive el pobre*”.

“a criança deve ser protegida independentemente de qualquer consideração de raça, nacionalidade ou crença, deve ser auxiliada, respeitando-se a integridade da família, e deve ser colocada em condições de se desenvolver de maneira normal, quer material, quer moral, quer espiritualmente”<sup>13</sup> (GUERRA, 2009, p. 13)

En 1948, en Bogotá, las Naciones Unidas emite la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, de modo que eleva derechos civiles y políticos, así como aspectos sociales, económicos y culturales. En esta declaración, se expresa en el artículo XXX, la obligación de la asistencia, educación, amparo y alimentación a los hijos menores de edad (TAVARES, 2001). Al mismo tiempo, esta declaración, deja claro en el artículo XXV, n° 2 que “*a maternidade e a infância tem direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social*”<sup>14</sup> (GUERRA, 2009, p.14).

El derecho internacional continuó su proceso evolutivo y en 1950, aparece la Convención de Roma que estableció que la restricción del menor era válida solamente si el objetivo principal era la primacía de la educación. A su vez, en 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas promulga la denominada “*Declaración de los Derechos del Niño*” (TAVARES, 2001). Este instrumento fue fundamental para el establecimiento de los derechos civiles del niño, estableciendo que “*que a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada antes e depois do nascimento*”<sup>15</sup> (CHAVES, 1994, p. 95).

En ese marco, la Organización de las Naciones Unidas se ve en la obligación de que los Estados signatarios efectúen y moldeen sus legislaciones en relación con los cambios sociales y legales sobre las nuevas orientaciones de los derechos del niño.

El Pacto de San José de Costa Rica, denominado por Convención Americana sobre Derechos Humanos, fechado en 1969 y ratificado por el Brasil establece en su artículo 4° sobre el respeto por la vida humana; tratamiento diferencial de los menores - artículo 5°, punto 5; la protección de los niños o adolescentes están relacionados con la familia, la sociedad y al Estado - artículo 19° (TAVARES, 2001).

Los años pasan y la Convención sobre los Derechos del Niño constituye el instrumento jurídico importante por reconocer al niño como sujeto de derechos y la valoración de la familia en su proceso evolutivo. Por ello, dicha garantía se ve en el propio preámbulo de la referida Convención, conforme transcrito:

“a família, elemento natural e fundamental da sociedade, e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias para

<sup>13</sup> **Libre traducción del texto original:** “El niño debe ser protegido independentemente de cualquier consideración de raza, nacionalidad o religión, debe ser ayudado, respetando la integridad de la familia, y debe tener la oportunidad de desarrollarse de manera normal, ya sea material, moral o espiritualmente”.

<sup>14</sup> **Libre traducción del texto original:** “*La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos dentro o fuera del matrimonio, tienen derecho a igual protección social*”.

<sup>15</sup> **Libre traducción del texto original:** “*el niño, por consecuencia de su inmadurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, antes y después del nacimiento*”.

desempenhar plenamente o seu papel na comunidade”<sup>16</sup> (GUERRA, 2009, p. 15).

La Convención sobre los Derechos del Niño se guía por cuatro principios básicos, y, el *principio de no discriminación* - artículo 2º; el *principio del interés superior del menor* - artículo 3º; el *principio de que el niño tiene derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo* - artículo 6º y el *principio de respeto a las opiniones del niño* – artículo 12º (GUERRA, 2009, p. 16/17).

En el caso del Estado Brasileño, se verifica que la Declaración sobre los Derechos del Niño fue la base principal para la transición de la doctrina del menor en situación irregular para la consagración de la llamada doctrina de la protección integral. Es a través de la evolución internacional que el Brasil renueva su instrumento jurídico relacionado con el derecho de la infancia y la juventud, al momento de la llegada del Estatuto del niño y del adolescente y de la de reglamentación de los principios pertenecientes al niño.

En este contexto, se evidencia que el valor del derecho del niño y del adolescente ha experimentado cambios a lo largo del tiempo, de manera que incorpora y aplica a esta rama particular del Derecho, las nuevas garantías y derechos inherentes, delante de la nueva esfera jurídica y social.

#### IV. DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL - ESTATUTO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE

La evolución histórica de los derechos del niño y del adolescente surge a partir de la década de los 80, cuando el Estado brasileño se ve en la obligación de cumplir con los textos internacionales y con los nuevos preceptos sobre los derechos del infante-juvenil, con base en las garantías de los derechos humanos. Así, esos derechos se introducen en el medio jurídico brasileño como instrumento de innovaciones y la rotura de paradigmas, hasta entonces, consolidados en la época.

La doctrina de la protección integral consiste en el instrumento básico para la construcción de una nueva rama del derecho en el Estado brasileño - derecho del niño y del adolescente. La Ley nº. 8.069/90 moderniza el derecho infante-juvenil, adoptando esta doctrina, para que el niño tenga una visión diferente e integral (LIBERATI, 1991).

De acuerdo con CHAVES (1994), el código derogado consistía en un “*código penal del menor*”, por cuanto sus medidas representaban sanciones penales, a diferencia de las medidas de protección. Este código representaba la situación irregular del menor, privando el niño y el adolescente de la libertad de sus derechos.

La base sólida y fundamental para la teoría de la protección integral fue la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en que el Brasil adoptó por completo sus parámetros, garantizando

<sup>16</sup> **Libre traducción del texto original:** “la familia, unidad natural y fundamental de la sociedad, y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder desempeñar plenamente su papel en la comunidad”.

el desarrollo del niño y estableciendo directrices necesarias para su convivencia en el entorno social (LIBERATI, 1991). Así que, el Estatuto del niño y del adolescente enseña en su artículo 2º que “*considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade*”<sup>17</sup> (Ley n.º. 8.069/90 - artículo 2º).

En este contexto, advierte SILVA PEREIRA (1996) sobre la Convención:

*“a convenção consagra a doutrina da proteção integral, ou seja, que os direitos inerentes a todos as crianças e adolescentes possuem características específicas devido à peculiar condição de pessoas em vias de desenvolvimento em que se encontram e que as políticas básicas voltadas para a juventude devem agir de forma integrada entre a família, a sociedade e o Estado”*<sup>18</sup> (SILVA PEREIRA, 1996, p. 25/26).

Por consiguiente, surge una nueva especialidad en las ciencias jurídicas, a fin de orientar el derecho del niño y del adolescente. La Constitución Federal de 1988 y el Estatuto del Niño y del Adolescente - Ley n.º. 8.069/90 registran paradigmas esenciales para la nueva imagen en el derecho infanto-juvenil: *sujetos de los derechos fundamentales; personas en condición peculiar de desarrollo; prioridad absoluta constitucional* (SILVA PEREIRA, 1996, p. 28).

Con respecto a la doctrina de la protección integral, explica Antônio Fernando do AMARAL E SILVA (*apud* SILVA PEREIRA, 1996, p. 27),

*“que este direito especializado não deve se dirigir apenas a um tipo de jovem, mas sim, a toda a juventude e a toda a infância, e suas medidas de caráter geral devem ser aplicáveis a todos. Como medida de proteção deve abranger os direitos essenciais que fundamentam a Declaração Universal dos Direitos Humanos e outros documentos emanados das Nações Unidas”*<sup>19</sup>

A partir del análisis realizado del Estatuto del Niño y del Adolescente - Ley n.º. 8.069/90 se comprueba que la protección integral fue aplicada y la inclusión de los parámetros de los derechos humanos fundamentales fue observada, conforme transcrito en uno de sus artículos:

*Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata a lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas*

<sup>17</sup> **Libre traducción del texto original:** “*se considera niño, a los efectos de esta ley, la persona hasta la edad de doce años incompletos y adolescentes entre doce y dieciocho años de edad*”.

<sup>18</sup> **Libre traducción del texto original:** “*la Convención consagra la doctrina de la protección integral, o sea, que los derechos inherentes a todos los niños y adolescentes tienen características específicas debido a la condición peculiar de personas en momento de desarrollo en que se encuentran y que las políticas básicas destinadas a la juventud deben actuar integrando la familia, la sociedad y el Estado*”.

<sup>19</sup> **Libre traducción del texto original:** “*este derecho especializado no debe destinarse sólo a un tipo de juventud, pero a toda la juventud y niñez, y sus medidas de carácter general debe aplicarse a todos. Como medida de protección debe cubrir los derechos esenciales que fundamentan la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros documentos emanados de las Naciones Unidas*”.

*as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.*<sup>20</sup> (BRASIL, 1990).

En ese paso, los derechos fundamentales de los niños y adolescentes son elevados a la primacía constitucional, en la medida en que garantiza todos los derechos de la persona humana, consagrados en la Constitución Federal de Brasil - artículo 5º y reafirmados en la norma infralegal – Ley n.º. 8.069/90.

En ese panorama, nos olvidamos de la prevalencia de la Declaración de los Derechos del Niño como fuente basilar y precursora en la proclamación y garantías de los derechos infanto-juveniles, respetando todos los principios inherentes a la persona humana. Por lo tanto, es evidente que la protección del niño se extiende a todo el entorno social, a fin de fomentar el cumplimiento de sus derechos (CHAVES, 1994).

Por ello, los niños y adolescentes “*passam a serem sujeitos de direitos e deixam de ser objeto de medidas judiciais e procedimentos policiais, quando expostos aos efeitos da marginalização social decorrente da omissão da sociedade e do Poder Público*”<sup>21</sup> (LIBERATI, 1991, p. 17).

De este modo, se observa una evolución y éxito en la búsqueda de los derechos del niño y del adolescente, a través de una ruptura de un modelo represivo del menor prevalencia de los derechos y garantías fundamentales expresado en un modelo preventivo del niño. Hubo un gran avance en el cambio de la legislación infanto-juvenil y en el sistema político brasileño, sin embargo, tenemos que primorear constantemente la gama de garantías y priorizar y estimular, principalmente, la educación y la capacitación de estos niños para el convivio social.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

La evolución histórica del Derecho del Niño y del Adolescente implicó en un cambio radical en las ideas vigentes en Brasil, en las últimas décadas. El Estado brasileño rompe los conceptos de la doctrina de la situación irregular – derecho del menor, para la observancia de un nuevo concepto de niños y la garantía de plena protección de esta clase.

La Declaración sobre los Derechos del Niño, presentada por la Organización de las Naciones Unidas consistió en un marco fundamental para ese rompimiento de paradigma y la introducción de la doctrina de la protección integral, con el fin de asegurar los derechos y garantías esenciales a los niños. Asimismo, tal documento jurídico fue importante para el predominio de la protección integral de la

<sup>20</sup> **Libre traducción del texto original:** “Art. 3º. *El niño y el adolescente gozan de todos los derechos fundamentales inherentes a la persona humana, sin perjuicio de la protección integral de la que trata la ley, garantizándoles por ley o por otros medios, todas las oportunidades y facilidades, a fin de proporcionarles el desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social en condiciones de libertad y dignidad*”.

**Disponible en:** BRASIL, Lei n. 8.069/90, de 13 de Julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Site: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm) Acceso en: 28/09/13.

<sup>21</sup> **Libre traducción del texto original:** “*se convierten en sujetos de derechos y dejan de ser objeto de medidas judiciales y de procedimientos policiales, cuando se exponen a los efectos de la exclusión social como consecuencia del incumplimiento de la sociedad y del Poder Público*”.

niñez, el reconocimiento del niño como sujeto de derechos, garantía en la calidad de desarrollo en el convivio social, ensanche de la responsabilidad en la protección del niño y del adolescente, entre otros conceptos.

En este contexto, Brasil deroga la legislación de menores de edad y adecúa el nuevo orden constitucional que surgió en el contexto internacional, aplicando principios en la Carta Magna de 1988 e implantando el Estatuto del Niño y del Adolescente - Ley n°. 8.069/90, con concepciones circunstanciales en la protección de la clase infanto-juvenil.

No obstante, a pesar del amparo legal en la predominancia de efectuar los derechos del niño y del adolescente, está claro que el contexto jurídico debe ser actualizado y perfeccionado constantemente, de modo que asegure de forma plena y concreta la protección de esta clase especial - niños y adolescentes.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Lei n. 6.697, de 10 de Outubro de 1979. **Código de Menores**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6697.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm) Acesso em: 25/09/13.

BRASIL, Lei n. 8.069/90, de 13 de Julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm) Acesso em: 28/09/13.

CAVALIERI, Alyrio. **Direito do Menor**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

CHAVES, Antônio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1994.

GUERRA, Paulo; BOLIEIRO, Helena. **A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s)**. *Visão Prática dos Principais Instrumentos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*. Belo Horizonte: Coimbra, 2009.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1991.

MACHADO, Antonio Luiz Ribeiro. **Código de Menores Comentado**. São Paulo: Saraiva, 1986.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários ao Código de Menores**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

PINHEIRO, Ângela de Alencar Araripe. **A criança e o adolescente, representações sociais e o processo constituinte**, *Psicologia em Estudo*. Maringá, Set-Dec, 2004, vol.9, n. 03.

SILVA PEREIRA, Tânia da. **Direito da Criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

TAVARES, José de Farias. **Direito da Infância e da Juventude**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.





**A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO  
POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS:  
o caso Ximenes Lopes vs. Brazil na Corte Interamericana de Direitos Humanos**

**Edimar Carmo da Silva<sup>1</sup>**

**RESUMO:** Os tratados e as convenções internacionais preveem a responsabilidade internacional do Estado por fato ilícito violador de direitos humanos. No âmbito dos Estados americanos, por meio da OEA, o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O preâmbulo e vários artigos dessa Convenção estabelecem uma obrigação de respeito, observância e garantia dos direitos à vida, à integridade corporal e, em caso de violação, a devida apuração e a responsabilização dos respectivos culpados. A violação desses direitos implica obrigação ao Estado para adotar as devidas medidas para o esclarecimento do fato. Diante do desrespeito a esses direitos, no âmbito da OEA, pode a Corte Interamericana impor sanções ao respectivo Estado demandado. Essa responsabilidade é fruto de uma conquista histórica do direito internacional. No caso sob exame a CIDH reconheceu a negligência do Estado demandado (Brasil) por violação aos direitos fundamentais de Ximenes Lopes.

**Palavras-chave:** Estado. Responsabilidade Internacional. Violação. Direitos Humanos.

**Sumário:** 1 Introdução; 2 A Responsabilidade Internacional do Estado; 2.1 A natureza jurídica da responsabilidade internacional do Estado; 2.2 Documentos que amparam a responsabilidade internacional do Estado; 2.3 Atos ilícitos contra os direitos humanos e causadores da responsabilidade internacional do Estado; 3 A Admissibilidade da Petição na Comissão Interamericana de Direitos Humanos; 3.1 Os fatos objetos do caso Ximenes Lopes vs. Brasil; 4 A Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH); 4.1 Da preliminar de não esgotamento dos recursos internos da jurisdição do Estado demandado; 4.2 O mérito da decisão; 5 Conclusão; Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo foi elaborado como requisito de avaliação na disciplina Teoria General del Derecho Internacional, no curso na modalidade intensiva para doutorado da Universidade de Buenos Aires (UBA).

Pretende-se analisar o tema responsabilidade internacional do Estado, especificamente na hipótese de assumir compromisso (obrigação) internacional de respeito e garantia aos direitos humanos, tais como a vida, a integridade corporal e a responsabilização interna dos responsáveis em caso de violação desses direitos.

<sup>1</sup> Aluno do Curso Modalidade Intensiva de Doutorado (direito constitucional) da Universidade de Buenos Aires (UBA). Mestre em Ciências Criminais (PUC/RS). Especialista em Sistema de Justiça Criminal (UFSC). Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Será tomado em consideração o caso em que o Estado Parte, Brasil, foi demandado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). O Estado brasileiro foi acusado de violação, por comissão ou por omissão, aos direitos da vida, da integridade corporal, por negligência na apuração e na responsabilidade dos culpados, no fato que desencadeou na morte de Damião Ximenes Lopez.

Tem como objetivo analisar o Estado enquanto sujeito de direitos e obrigações internacionais perante a comunidade internacional em caso de reconhecimento da violação de alguma obrigação pertinente aos direitos humanos.

De início, serão analisados os principais documentos jurídicos internacionais que admitem a responsabilidade dos Estados nas Cortes oriundas da Organização das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Será levada em consideração a natureza jurídica da responsabilidade internacional do Estado, bem como nos documentos internacionais que amparam essa responsabilidade. Também será abordado em que consistem os atos dos quais resulta a ilicitude geradora da responsabilidade internacional do Estado. Por fim, será analisada a situação de fato e seu trâmite de apreciação e julgamento na CIDH.

## **2. A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO**

O termo Estado é considerado, no presente artigo, como a pessoa jurídica, “sujeito de direito, isto é, aquele que tem direitos e deveres perante a ordem jurídica internacional” (MELLO, 1995, p. 9).

Para Varella, o Estado é o principal sujeito do direito internacional. Invocando a Convenção de Montevideu sobre Direitos e Deveres do Estado, de 1933, Varella pontua que essa Convenção, seguindo um padrão internacional, prevê que para o reconhecimento do Estado deve haver os seguintes requisitos: “população permanente, território determinado, governo e capacidade de entrar em relações com outros Estados” (VARELLA, 2012, p. 171).

De igual modo é o posicionamento de Paolillo. Esse autor ressalta que, para os termos da referida Convenção de Montevideu sobre Direitos e Deveres do Estado, de 1933, a independência total não se constitui em requisito indispensável para que uma entidade seja reconhecida como Estado. Para Paolillo, apoiado na mencionada Convenção de 1933, “un Estado debe poseer los requisitos siguientes: a) territorio definido; b) población permanente; c) gobierno, y c) capacidad de relacionarse con otros Estados” (PAOLILLO, 1996, p. 19).

Esses elementos, ou requisitos, são passivamente admitidos na doutrina como essenciais ao reconhecimento do Estado: povo, território e governo próprio ou organização política (ACCIOLY, 1991, p. 16).

A responsabilidade internacional do Estado, considerada no presente estudo, não se confunde com a responsabilidade penal, muito embora possa decorrer da prática de algum ilícito penal. Nesse

caso, a prática do fato tutelado penalmente deve ser atribuída, ainda que apenas para efeito de responsabilidade civil e internacional, ao Estado que assumiu o compromisso de garantia dos direitos humanos fundamentais.

Não por outra razão Celso Mello aponta a responsabilidade internacional com a característica e natureza de responsabilidade civil. Pontua, ainda, que a responsabilidade penal internacional é medida excepcional que ocorre no caso de criminosos de guerra ou nos crimes contra a paz e a humanidade (MELLO, 1995, p. 38).

Pondere-se ser necessário, no momento, deixar assentado que o termo responsabilidade é compreendido como um princípio geral do direito no sentido de que, na lição de Celso Mello, a “todo dano causado, deve ser reparado por quem o causou” (MELLO, 1995, p. 6).

No mesmo sentido, registre-se o magistério de Gonzalez Napolitano no sentido de que “Todo hecho intencionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional, de acuerdo con un principio reconocido tanto por la jurisprudencia internacional como por la doctrina de los juristas de mayor prestigio internacional” (GONZALES NAPOLITANO, 2013, p. 1).

Sem embargo, a responsabilidade objeto do presente estudo não se trata daquela decorrente de danos provocados por um Estado contra o outro Estado. Diz respeito à proteção insuficiente dos direitos humanos em face de compromissos assumidos perante a comunidade internacional, seja decorrente de tratados ou de convenções.

Para esses fins foram instituídos pelas comunidades internacionais, destacadamente em sistemas de integração regional. Tem-se como exemplos a União Europeia, que instituiu a Corte Europeia de Direitos Humanos, bem como a Organização dos Estados Americanos, que instituiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Considerada de modo especial como fonte do presente estudo, será visto com destaque a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme os pontos seguintes.

## **2.1. A natureza jurídica da responsabilidade internacional do Estado**

Dentre as teorias da responsabilidade, segundo Mazzuoli, preponderam as correntes subjetivista - teoria da culpa - e a objetivista - teoria do risco (MAZZUOLI, 2010, p. 518).

Para a doutrina subjetivista, também conhecida por teoria da culpa, a responsabilidade jurídica internacional do Estado deriva de um ato culposo (*stricto sensu*) ou de um ato doloso. Assim, para essa teoria, não basta que ocorra um fato ilícito objetivamente constatado internacionalmente, mas também que o Estado o tenha praticado com culpa (imprudência, negligência ou imperícia) ou dolo intencional.

Conforme a doutrina objetivista, ou teoria do risco, é possível atribuir a responsabilidade a um Estado pelo simples fato de ter ele violado uma norma internacional que deveria respeitar, não

interessando quais foram os motivos que o levaram ao fato ilícito (MAZZUOLI, 2010, p. 519). Exemplo clássico de ilícito abarcado pela teoria do risco diz respeito aos acidentes resultantes da exploração cósmica ou da energia nuclear.

No caso da responsabilidade internacional do Estado por atentado contra os direitos humanos, como se verá mais adiante, a situação mais evidenciada tem sido a modalidade da responsabilidade amparada na teoria subjetivista.

## **2.2. Documentos que amparam a responsabilidade internacional do Estado**

Tomados pelos exemplos de casos de conflitos armados entre diversos Estados, tais como as duas sucessivas guerras mundiais, que expõe a risco a incolumidade física e a vida das pessoas, seja nacionais ou internacionais, surgiu a Organização das Nações Unidas (ONU).

A Carta das Nações foi assinada em 26 de junho de 1945, na cidade de São Francisco, elaborada por ocasião da reunião de cinquenta (50) países na Conferência sobre a Organização Internacional. Dentre outros, nesse documento maior da ordem jurídica internacional teve e tem por propósito e princípio, consignado no seu artigo primeiro, que:

Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião (ONU, 1945).

Na mesma Carta das Nações está previsto um “Sistema Internacional de Tutela” por meio do qual as nações estabelecem, sob a autoridade das Nações Unidas, um sistema internacional de tutela, administração e fiscalização dos territórios em vista de futuros acordos individuais. Para fins desse sistema, foi estabelecido como objetivo básico, dentre outros: “estimular o respeito aos direitos do homem e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião, e favorecer o reconhecimento da interdependência de todos os povos” (ONU, 1945).

Nesse contexto foi que a Assembléia Geral das Organização das Nações Unidas, por meio da Resolução 217 A (III), de 10 de dezembro de 1948, proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), como norma comum a ser seguida por todas as nações. Para fins do presente estudo, cumpre destacar as seguintes disposições consignadas, respectivamente nos artigos III e V, da DUDH assim: “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”; “Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

Ainda no âmbito da ONU a Comissão de Direito Internacional (doravante, CDI) elaborou um Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional do Estado por Fatos Ilícitos (doravante nominado de Projeto de Artigos da CDI), em cujo artigo primeiro, quando trata dos princípios gerais

acerca da responsabilidade internacional do Estado, pontua que: “Todo fato internacionalmente ilícito do Estado reclama sua responsabilidade internacional” (ONU, 2001).

Mencionado artigo primeiro (1) do Projeto de Artigos da CDI constitui-se, portanto, no princípio básico de que toda a violação de uma obrigação internacional ocasiona a responsabilidade do Estado. Preconizando a importância desse dispositivo, a professora González Napolitano, tratando do assunto em questão, enfatiza que:

El artículo 1 del Proyecto de la CDI enuncia el principio básico de que toda violación de una obligación internacional en vigor genera responsabilidad internacional al Estado. En la jurisprudencia de los tres tribunales relevados — que tienen competencia con relación a casos de violaciones de derechos humanos— se observa la confirmación de la regla general que propone el Proyecto de la CDI.<sup>2</sup> (GONZALEZ NAPOLITANO, 2013, p. 5).

Na direção adotada pelas Nações Unidas, também proclamando os direitos fundamentais da pessoa humana como um dos princípios, está a Organização dos Estados Americanos (OEA). Nesse sentido é o disposto na alínea *j* do artigo 3º da Carta da OEA: “Os Estados Americanos proclamam os direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção da raça, nacionalidade, credo ou sexo” (OEA, 1948).

Ainda seguindo em atenção à melhor concretização dos direitos humanos, a mesma Carta da OEA, em seu artigo 112, estabeleceu que uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabeleceria a competência e as normas para a promoção, o respeito e a defesa desses direitos.

Nesse sentido, em 22 de novembro de 1969, os Estados Americanos aprovaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. Essa Convenção entrou em vigor na data 18 de julho de 1978 (CIDH, 1969).

Por meio dessa Convenção (CADH) os Estados Americanos ratificadores, assumiram uma obrigação internacional de zelar e de respeitar os direitos essenciais da pessoa humana. Essa obrigação não se esgota na adoção de medidas de caráter positivo, vale dizer, no sentido de implementar as medidas internas em cada Estado para assegurar as condições básicas do pleno desenvolvimento das pessoas nacionais. Dessa Convenção adveio, para cada país que a assinou e a ratificou, a obrigação de criar as estruturas estatais basilares para, nos casos internos, conferir, a cada pessoa lesada em seus direitos fundamentais, de se socorrer das instituições locais para o esclarecimento de fatos, assegurando-se a utilização dos mecanismos e recursos judiciais necessários.

Para os propósitos e princípios estabelecidos na CADH foi instituída a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada de Corte ou CIDH), bem como a Comissão

<sup>2</sup> Tradução do autor: “O artigo 1 do Projeto da CDI enuncia o princípio básico de que toda violação de uma obrigação internacional em vigor gera responsabilidade internacional do Estado. Na jurisprudência de destacados tribunais – que têm competência com relação a casos de violações de direitos humanos – observa-se a confirmação da regra geral que propõe o Projeto da CDI”.

Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada de Comissão). A Corte foi instituída a partir do antes mencionado Pacto de São José da Costa Rica, em 1969. A primeira reunião da Corte ocorreu em junho de 1979 na primeira sede na cidade de Washington (EE.UU). Somente, a partir de setembro de 1979 a sede da Corte foi estabelecida e fixada, em definitivo, na cidade de São José da Costa Rica (CIDH, 1979).

Sem embargo, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, criada em 1959, iniciou suas funções em 1960, quando o Conselho da Organização dos Estados Americanos elaborou seu Estatuto e elegeu seus primeiros membros (CIDH, 1948).

### **2.3. Atos ilícitos contra os direitos humanos e causadores da responsabilidade internacional do Estado**

Registre-se que o ato ou fato juridicamente internacional, que possa ensejar a responsabilidade jurídica do Estado, deve estar previsto em algum documento jurídico, seja tratado ou convenção, em face do qual o Estado possa assumir uma obrigação internacional.

Nesse sentido, esse fato ou ato não necessita de ter relação com a ordem jurídica interna, mas sim que esteja amparado em documento jurídico internacional pelo qual o Estado assumiu uma obrigação de cumprimento.

Não por outra razão que o Projeto de Artigos da CDI, acima mencionado, consigna no seu artigo 3º em que consiste o fato internacionalmente ilícito. Assim preconiza o mencionado dispositivo: “A qualificação do fato de Estado como internacionalmente ilícito deriva do direito internacional. Uma tal qualificação não é afetada do mesmo fato como ilícito para o direito interno” (ONU, 2001).

Nesse sentido, o fato juridicamente ilícito na ordem jurídica internacional não guarda relação direta com algum fato ilícito na ordem interna. Resulta, portanto, da obrigação assumida pelo Estado perante a comunidade internacional.

No tocante à responsabilidade internacional do Estado por violação a direitos humanos, como ponderado por Varella (2012, p 402), é um tema recente que diz respeito à proteção insuficiente aos direitos humanos, especialmente nos sistemas de integração regional, como exemplo a União Europeia com a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e a Organização dos Estados Americanos (OEA) com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte ou CIDH).

Essa proteção insuficiente, que pode dar causa à responsabilidade internacional do Estado por fatos ilícitos, pode ser verificada, segundo a classificação de Mazzuoli (2010, p. 518), nas seguintes modalidades:

- a) responsabilidade direta (principal) e indireta (subsidiária);
- b) responsabilidade por comissão ou por omissão;
- c) responsabilidade convencional e delituosa.

Ocorrerá a responsabilidade direta (ou principal) sempre que algum ato ilícito seja praticado pelo próprio Estado, assim representado por um órgão governamental, por funcionários ou por uma coletividade que age em nome do Estado. Como exemplos dessa modalidade são: atentado contra chefe de Estado quando não se emprega a necessária diligência para prevenir tal ato; os insultos à bandeira ou outros símbolos do Estado etc.

A responsabilidade indireta (subsidiária) pode ocorrer quando o ilícito for praticado por algum particular. Embora o particular não pratique atos tipicamente estatais, cabe ao Estado advertir ou punir seus particulares pelos atos praticados, caso em que possa ser ele (o Estado) internacionalmente responsável pelos ilícitos.

No que mais interessa ao presente estudo, ter-se-á a responsabilidade por comissão quando o ilícito internacional decorrer de uma ação positiva do Estado ou de seus agentes (funcionários).

De outro ponto, ocorrerá a responsabilidade por omissão quando o Estado e seus agentes (funcionários) se omitirem ou deixarem de praticar um ato reclamado pela ordem jurídica internacional, em relação ao qual ele (Estado) assumiu, perante a comunidade internacional, a obrigação de praticar.

Nesse particular, vale dizer, acerca dos elementos do fato internacionalmente ilícito do Estado, destaca-se o artigo segundo do Projeto de Artigos da CDI que assim dispõe: “Há fato internacionalmente ilícito do Estado quando um comportamento consistente em uma ação ou uma omissão: a) é atribuível em virtude do direito internacional; e b) Constitui uma violação de uma obrigação internacional do Estado” (ONU, 2001).

De outro modo, a responsabilidade será convencional quando resultar do descumprimento ou da violação de um tratado ou de uma convenção de que seja parte, em relação ao qual ficou juridicamente obrigado a assumir determinadas ações. No tocante à responsabilidade por violação, ocorrerá quando o Estado o ato ilícito resultar da violação de uma norma proveniente do direito costumeiro internacional (MAZZUOLI, 2010, p. 518-519).

Sem embargo, merece registrar que, para González Napolitano (2013, p. 02-03), o fato ilícito do qual resulte na responsabilidade internacional do Estado possui os seguintes elementos:

a) elemento objetivo: significa a violação ou o descumprimento de uma obrigação internacional em vigor, estabelecida em uma “norma primária” (a norma decorrente de tratado internacional ou consuetudinária do direito internacional);

b) elemento subjetivo: que a violação ou o descumprimento da obrigação internacional seja atribuída ao Estado.

Destaca ainda González Napolitano (2013, p. 03) que a inclusão do dano como elemento necessário do ato internacionalmente ilícito, para alguns autores, não tem sido considerado relevante pela CDI, vez que, em seu Projeto de Artigos, o dano ganha relevância somente para fins da reparação.

Ainda acerca dos elementos essenciais constituidores da responsabilidade internacional do Estado,

González Napolitano (2013, p. 03-04), em igual sentido, com apoio nos Comentários do Projeto de Artigos da CDI, que a “culpa” (o dolo) não constitui um elemento necessário do fato internacionalmente ilícito.

No tocante aos direitos humanos, como asseverado por Mazzuoli, os Estados têm a obrigação de “controlar os seus órgãos e agentes internos a fim de evitar violações sucessivas às obrigações contraídas em sede convencional, sob pena de responsabilidade internacional” (2010, p. 520).

No caso específico da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH ou Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, a responsabilidade internacional do Estado, no tocante aos direitos humanos, resultará da violação da norma primária constante do artigo 1.1, cujo conteúdo merece ser consignado:

### **Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos**

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. (CIDH, 1969).<sup>3</sup>

Exatamente apoiada nessa norma primária, bem como no conteúdo do preâmbulo desse Pacto de São José da Costa Rica, a CIDH, desde a sentença de mérito no caso *Velásquez Vs. Honduras*, de 29.7.1988, firmou a jurisprudência no seguinte sentido:

[...].

169. Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter publico lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo”. (CIDH, 1988).<sup>4</sup>

Pelo teor das normas internacionais acima referidas, notadamente no tocante à CADH e a jurisprudência da CIDH, prescrevendo que os Estados partes da Convenção assumem a obrigação de respeitar os direitos e as liberdades nela contidos, qualquer atentado contra algum desses direitos poderá ser reconhecido como fato ilícito e, dele, redundar a responsabilidade internacional do Estado.

<sup>3</sup> Tradução do autor: “**Artigo 1. Obrigação de Respeitar os Direitos**

1. Os Estados Partes desta Convenção se comprometem a respeitar os direitos e as liberdades nela reconhecidos e garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra índole, nacionalidade ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”. (CIDH, 1969)

<sup>4</sup> Tradução do autor: “169. Conforme o artigo 1.1 é ilícita toda forma de exercício do poder público que viole os direitos reconhecidos por esta Convenção. Nesse sentido, em toda circunstância na qual algum órgão ou funcionário do Estado ou de uma instituição de caráter público lesione indevidamente um desses direitos, estará diante de uma inobservância do dever de respeito consagrado neste artigo”. (CIDH, 1988)



Diante dessas premissas, passa-se, a seguir, à análise dos fatos que deram origem e motivaram a provocação da CIDH.

### **3. A ADMISSIBILIDADE DA PETIÇÃO NA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Conforme estabelecido no artigo 61.1 da Convenção (Pacto de São José da Costa Rica), somente os Estados Partes e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão) podem submeter um caso perante a CIDH. Desse modo, fica estabelecida a legitimidade ativa perante a mencionada Corte.

A Comissão, consoante disposto nos artigos 33 e 41, ambos da referida Convenção, juntamente com a CIDH, é um dos órgãos competentes para conhecer dos assuntos relacionados ao cumprimento das obrigações dos Estados Partes da Convenção. Sua principal função é promover a defesa e a observância dos direitos humanos.

Considerando que o presente estudo não diz respeito a questões procedimentais, far-se-á apenas um breve registro no sentido de que, no caso sob exame, a notícia do fato foi levado à Comissão que, por seu turno, vislumbrando satisfeitos os requisitos de admissibilidade, submeteu a conhecimento da CIDH (CIDH, 2004). A mencionada Corte, por sua vez, admitiu e reconheceu sua competência para o julgamento do caso adiante descrito.

#### **3.1. Os fatos objetos do caso Ximenes Lopes vs. Brasil**

No dia 22 de novembro de 1999 a irmã de Ximenes Lopes apresentou perante a Comissão (Comissão Interamericana de Direitos Humanos) uma petição denunciando a República Federativa do Brasil (Brasil) por violação dos artigos 4, 5, 11 e 25, todos da Convenção. Tais dispositivos, respectivamente, dizem respeito sobre o direito à vida, direito à integridade pessoal, proteção da honra e dignidade e direito à recurso judicial, todos em conexão com o dever do Estado de respeitar e garantir os direitos consagrados na Convenção.

Para uma complete verificação dos fatos objetos do caso sob análise, recomenda-se consulta da ficha técnica disponibilizada pela CIDH (CIDH, 2006). Contudo, seguem as principais informações dos fatos.

Os fatos submetidos a exame da CIDH podem assim ser sintetizados:

- o senhor Damião Ximenes Lopes tinha 30 anos de idade e vivia com sua mãe na cidade de Varjota, município de Sobral-CE, Brasil. Consta que na sua juventude Damião Ximenes Lopes desenvolveu uma incapacidade mental orgânica proveniente de alterações no funcionamento de seu cérebro.

- no dia 01 de outubro de 1999 Damião Ximenes Lopes foi admitido para internação na Casa de Repouso

Guararapes, na cidade de Sobral, como paciente do Sistema Único de Saúde (SUS), em perfeito estado físico, não apresentando qualquer sinal de lesão corporal externa.

- no dia 03 de outubro de 1999 o senhor Damião Ximenes Lopes teve uma crise de agressividade e estava desorientado. Consta que o senhor Damião Ximenes Lopes entrou em um banheiro e se recusava a sair, daí porque teria sido dominado e retirado a força por um auxiliar de enfermagem e outros pacientes. Consta que na noite da mesma data o senhor Damião Ximenes Lopes teve um episódio de agressividade e foi submetido a contenção física de domingo até a manhã de segunda-feira.

- no dia 04 de outubro de 1999 a mãe do senhor Damião Ximenes Lopes chegou à mencionada Clínica de Repouso Guararapes para visitá-lo e o encontrou sangrando, com a roupa rasgada, suja, com cheiro de excremento, com as mãos amarradas para trás com dificuldade para respirar, agonizando, gritando e pedindo auxílio à polícia. Durante a visita o senhor Damião Ximenes Lopes seguia submetido a contenção física e apresentava escoriações corporais e feridas. Nesse mesmo dia o senhor Damião Ximenes Lopes faleceu, assim ocorrido duas horas após ter sido medicado pelo diretor clínico do hospital e sem ser assistido por médico algum no momento de sua morte.

- seus familiares procuraram ajuda e uma série de recursos, mas não foram realizadas maiores e eficazes investigações para apuração dos responsáveis.

#### **4. A DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH)**

##### **4.1. Da preliminar de não esgotamento dos recursos internos da jurisdição do estado demandado**

Quando a Corte decidiu a referida preliminar, assentou que a interpretação do artigo 46.1.a da Convenção é concebida sob a ótica dos princípios do direito internacional. Assim, firmou que pode haver renúncia expressa ou tácita pelo Estado demandado. Firmou ainda que o momento oportuno de se invocar o não esgotamento dos recursos internos deve ser feito quando da admissibilidade da petição perante a Comissão, antes da análise de mérito, o que não foi feito pelo Estado demandado.

Assim, a Corte, reiterando sua jurisprudência, entendeu que houve renúncia tácita à arguição perante a Comissão (CIDH, 2005).

##### **4.2. O mérito da decisão**

A Corte fez uma análise pormenorizada das provas apresentadas pela Comissão e pelo Estado demandado (Brasil), deixando expresso que as provas admitidas são aquelas obtidas mediante contraditório, tal como previsto no artigo 44 do antigo Regulamento da Corte.<sup>5</sup>

Foram apresentadas provas testemunhais pelas partes, dentre elas: um ex-interno em instituição psiquiátrica no Brasil; um médico psiquiatra; um médico e ex-coordenador de Saúde Mental do

<sup>5</sup> Esse artigo 44 refere-se ao Regulamento da CIDH de 2003. Atualmente o princípio do contraditório está previsto no artigo 57 do novo Regulamento da CIDH, do ano 2009.

Ministério da Saúde do Brasil; a irmã do senhor Damião Ximenes Lopes; dentre outros. Também foi admitida prova pericial e de documentos autenticados.

Registre-se que por ocasião da audiência pública realizada em 30 de novembro de 2005 o Estado demandado (Brasil) admitiu a demanda no tocante à violação do direito à vida, à integridade corporal relacionados à morte do senhor Damião Ximenes Lopes, bem como reconhece a falta de providências (fiscalizar a Casa de Repouso Guararapes) a prevenir os maus-tratos contra a referida vítima (artigos 4 e 5 da Convenção). Contudo, mencionado Estado não reconheceu o pedido relacionado à reparação, nem reconheceu que houvesse negado falha na apuração da verdade dos fatos, nem que houvesse falta de proteção judicial na responsabilização de eventuais culpados (artigos 8 e 25 da Convenção).

Assim, a Corte, de imediato, reconheceu a responsabilidade internacional do Estado demandado (Brasil) no tocante à violação do direito à vida (artigo 4), à integridade corporal (artigo 5), em conexão com a obrigação de respeitar esses direitos previstos na Convenção (artigo 1.1) em prejuízo do senhor Damião Ximenes Lopes.

No caso sob exame, o senhor Damião Ximenes Lopes foi admitido para internação na Casa de Repouso Guararapes. Contudo, mesmo como entidade privada, a Casa de Repouso Guararapes prestava serviço em convênio com o Sistema Único de Saúde, do Ministério da Saúde do Estado demandado (Brasil). A Corte ponderou que tanto o artigo 199 da Constituição Federal brasileira, quanto o artigo 4º da Lei n. 8.080/1990, admitem as entidades privadas na prestação de serviço público de saúde.

Nessa hipótese, a Corte firmou que “la acción de toda entidad, pública o privada, que está autorizada a actuar con capacidad estatal, se encuadra en el supuesto de responsabilidad por hechos directamente imputables al Estado, tal como ocurre cuando se prestan servicios en nombre del Estado” (CIDH, 2006). A Corte assinalou também que a condição do senhor Damião Ximenes Lopes sofrer de incapacidade mental tornava-o mais vulnerável, merecedor, portanto, de maior atenção e proteção do Estado.

A Corte aceitou como provado falha e deficiência na apuração do fato. Em primeiro, o laudo de exame do corpo do senhor Damião Ximenes Lopes o então médico e diretor da Casa de Repouso Guararapes não assinalou lesão corporal externa e concluiu a causa da morte como “parada cardio-respiratória”. A família da referida vítima solicitou autópsia no Instituto Médico Legal de Fortaleza, onde o mesmo médico trabalhava, resultando no laudo de autópsia consignando lesões externas no corpo de Damião Ximenes Lopes, mas consignando tratar-se de morte de “causa indeterminada”.

Ademais, a investigação policial não foi a contento e, mesmo com acusação formalizada pelo Ministério Público em 27 de março de 2000, com aditamento para incluir outros acusados em 22 de setembro de 2003, não houve decisão de mérito no processo penal até a data da sentença da Corte.

Em suma, a Corte entendeu como provada a situação de fato no sentido de que o Estado demandado (Brasil) descumpriu não somente as obrigações assumidas nos artigos 4 e 5, mas também os artigos 8 e 25, combinadas com o artigo 1.1, todos da Convenção.



## **5. CONCLUSÃO**

Em vista dos catastróficos fatos voltados contra os elementares direitos da pessoa humana as nações mundiais, inicialmente por meio da ONU e em seguida pelas Organizações regionais, firmaram tratados e convenções internacionais buscando a tutela dos direitos humanos.

Dentre esses documentos internacionais, na tutela dos direitos humanos na comunidade internacional do continente americano, destaca-se a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a qual serviu de parâmetro normativo pela CIDH no caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*.

A CIDH deixou assentado, no caso sob exame, tomado pelo artigo 1.1 da Convenção, que todos os países ratificadores dessa Convenção assumem a obrigação de prevenir, respeitar e tutelar os direitos fundamentais da pessoa nela contemplados. Constatada a violação, pode a mencionada Corte conhecer e julgar a situação de fato, por iniciativa de qualquer Estado ou da Comissão.

Na situação de fato pertinente à circunstância em que se deu a morte de Damião Ximenes Lopes, por ação violenta, quando internado na Casa de Repouso Guarapes, acrescido da deficiente investigação e da inexistência de punição criminal dos responsáveis, resultou na condenação do Estado demandado (Brasil) pelo descumprimento das obrigações assumidas com a adesão à mencionada Convenção.

Decidiu ainda, a CIDH, pela condenação do Estado demandado (Brasil) a reparar os danos materiais aos familiares de Damião Ximenes Lopes. Deixou assentado a necessidade de o Estado demandado assumir o compromisso de não repetição e para adotar as providências no sentido de aprimoramento do zelo em relação aos direitos fundamentais de pessoas com doença mental.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 11. ed. 8. tiragem, São Paulo: Saraiva, 1991. 401 p.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Contenciosos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf)>. Acesso em: 12 mar. 2014.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Historia. Disponível em: <<http://corteidh.or.cr>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Instrumentos. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/instrumentos>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Jurisprudencia. Caso Ximenes Lopes Vs. República Federativa del Brasil. Sentencia de 30 de noviembre de 2005 (Excepción Preliminar). Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Jurisprudencia. Ficha técnica: Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/ximeneslopes.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2014.

CIDH. COMISSÃO. Comissão Interamericana de Derechos Humanos. Relatório n. 38/02. Admissibilidade. Petição 12.237. Disponível em: <[www.cidh.oas.org/annualrep/2002port/Brasil12237.html-Brasil12237](http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002port/Brasil12237.html-Brasil12237)>. Acesso em: 02 mar. 2014.

GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S.; et. al. **La Responsabilidad Internacional del Estado por Violación de los Derechos Humanos**: sus particularidades frente al derecho internacional general. Avellaneda: SGN Editora, 2013, p. 5. Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/357420772.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

GONZALEZ NAPOLITANO, Silvina S. **Responsabilidad Internacional del Estado por Actos Ilícitos**. In.: UBA-Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Académica. Portal Académico. Cátedra. Buenos Aires, 2013. Disponível em: <[http://portalacademico.derecho.uba.ar/archivos/catedras75/sgnapolitano\\_responsabilidad.pdf](http://portalacademico.derecho.uba.ar/archivos/catedras75/sgnapolitano_responsabilidad.pdf)>. Acesso em: 10 mar. 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 4. ed., rev. atual. ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 990 p.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Responsabilidade Internacional do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. 215 p.

OEA. Organização dos Estados Americanos. Documentos. Carta da Organização dos Estados Americanos. Disponível em: <[www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)>. Acesso em: 04 mar. 2014.

ONU. Organização das Nações Unidas. Comissão de Direito Internacional (CDI). Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade do Estado por Fatos Internacionalmente Ilícitos. Artigo Primeiro: “Tout fait internationalement illicite de l’Etat engage sa responsabilité internationale». Disponível em: [www.un.org/law/ilc/index.html](http://www.un.org/law/ilc/index.html)-InternationalLawComission Acesso em: 09 mar. 2014.

ONU. Organização das Nações Unidas. Documentos. Carta das Nações Unidas. Propósitos e Princípios. Artigo 1, item 3. Disponível em: <[www.onu.org.br](http://www.onu.org.br)>. Acesso em: 04 mar. 2014.

PAOLILLO, Felipe. Los Sujetos del Derecho Internacional. In.: JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo (Dir.). **Derecho Internacional Público**. Tomo II, 2. ed., Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996, p. 17-44.

VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2012. 561 p.

**EL INICIO, EL PRESENTE Y EL FUTURO DE LA ESCUELA EN BRASIL  
O INICIO, O PRESENTE E O FUTURO DAS ESCOLAS NO BRASIL  
THE START, THE PRESENT AND THE FUTURE OF SCHOOLS IN BRAZIL**

**Emilio Michele Cirillo<sup>1</sup>**

**RESUMEN**

Este trabajo tiene como objetivo hacer un análisis de la educación en Brasil desde el año 1549 hasta el año 2013, ya que estaba mostrando su evolución por periodos, mostrando sus comienzos, su posición actual y cómo su futuro, ya que el mundo está pasando por una gran transformación la globalización y la educación también sufre este reflejo.

**Palabras clave:** Educación, docentes y formación

**RESUMO**

Este trabalho tem como objetivo fazer uma análise da educação no Brasil desde o ano de 1549 até 2013, mostrando como foi sua evolução por períodos, mostrando seu início, sua posição atual e como seu futuro, uma vez que o mundo passa por grande transformação por sua globalização, e a educação também sofre esse reflexo.

**Palavras chave:** Educação, docentes e formação

**ABSTRACT**

This work aims to make an analysis of education in Brazil since the year 1549 until 2013, was showing how their evolution for periods, showing its beginning, its current position and how your future, since the world is going through a great transformation their globalization, and education also suffers this reflex.

**Keywords:** Education, teachers and forming

---

<sup>1</sup> Doctorando en Educación, Maestría en Liderazgo, MBA en Liderazgo y estrategia organizacional, Administrador de Empresas. Profesor en Universidad de Chile

## INTRODUCCIÓN

Uno de los principales instrumentos de la transformación social y el desarrollo de cualquier país es la educación. No solamente escuelas para todos, mas también hay que garantizar la calidad de la educación, maestros calificados, servicios y las condiciones adecuadas para la mejora de los alumnos.

La historia de la educación brasileña no es una historia difícil de ser estudiada y comprendida. Su evolución tuvo momentos llamativos y fáciles de observar.

El primer gran éxito fue con la llegada de los portugueses. No podemos negar que los ellos trajeron un nivel de educación en la propia Europa, lo que no quiere decir que la gente que vivía aquí no tenían las propias características de hacer educación. Es de destacar que la educación se practica entre las poblaciones indígenas y no tenían marcas modelo educativo europeo represivo.

### Historia

#### Época (1549 - 1759)

Venida de los jesuitas en 1549 y Padre Manoel de Nóbrega, luego construyó la primera escuela primaria en Brasil, en Salvador, y dedicado en dos tareas principales: la predicación de la fe católica y el trabajo de educación, e incluso enseñó las primeras letras y la gramática latina, la doctrina y la moral católica europeos también trajeron métodos pedagógicos de enseñanza.

En el ámbito de la educación escolar, los jesuitas han construido su hegemonía. No sólo organizó una gran “red” de las escuelas primarias y colegios, como lo hicieron muy bien organizado y confiando en un uniforme de proyecto pedagógicos educativo y bien planificada, y la *Ratio Studiorum* su máxima expresión. (Sangenis, 2004, p.93)

La *Ratio Studiorum* o plan de estudio - el método de enseñanza de los jesuitas, publicado en 1599 se basó en la experiencia en la enseñanza sistemática, que se inició en la Universidad de Messina, en Sicilia primera escuela abrió sus puertas en 1548.

La expresión más acabada de esta tendencia está dada por la corriente del tomismo, que consiste en una relación entre la filosofía de Aristóteles y la tradición cristiana, como el trabajo de sistematización fue realizada por el filósofo medieval y teólogo Tomás de Aquino [...] Y es precisamente tomismo que es la base de la *Ratio Studiorum* [...] (SAVIANI, 2004, p. 127)

“La Compañía de Jesús fue una de las víctimas más evidentes de los hechos puestos en marcha por las pretensiones imperiales del gobierno de Pombal y los intentos de nacionalizar los sectores del sistema de comercio luso-brasileña.” (Maxwell, 1995, p.42)

Luego siguieron las siguientes épocas:

#### Epoca (1760 - 1808) Pombalino





### **Epoca (1808 - 1821) Joanino**

### **Epoca (1822 - 1889) Imperial**

Venida la familia Real portuguesa en Brasil (1808), desde el punto de vista de Costa, el regreso a la tierra de los lusos soberanos y la posterior independencia de Brasil en 1822, se trataron aspectos fundamentales para la organización del Imperio del Brasil:

La primera tarea de los hombres que tomaron el poder después de la independencia de las instituciones coloniales fue reemplazado por más apropiado para una nación independiente. No era hombres sin experiencia que enfrentan primeros problemas con la política y la administración. En su mayoría eran hombres de más de cincuenta años, con distinguidas carreras de los funcionarios públicos, que tenían diversas funciones en el servicio de la Corona portuguesa durante el período colonial y, por lo tanto, estaban bien preparados para cumplir su misión. (COSTA, 1999, p. 131).

La Carta Constitucional de 1824 otorgado por Don Pedro I, entre otras cosas, trató el tema de la enseñanza sólo en el artículo 179, que se limita a establecer la gratuidad de la educación primaria a todos los ciudadanos, sin embargo, no fue incluido en el medidas para la creación de escuelas. Estas medidas sólo aparecieron en forma de ley en 1827, se crea la fundación “escuela de primeras letras en todas las ciudades, pueblos y lugares poblados del Imperio.” (Niskier, 1995, p. 101-102)

Fundada en 1856 y inaugurado en 1858, la Escuela Liceu de Artes y Oficios de Río de Janeiro, institución Propagador mantenida por la Sociedad de Bellas Artes. Fue el primer establecimiento para ofrecer formación profesional en horas de la tarde, recibió incluso los inmigrantes. El Emperador Don Pedro II, de acuerdo con una declaración atribuida a él, que se define brevemente el papel que la institución educativa: “La universidad no es sólo un educador, es también moralizador”. Todo indica que la función ha superado educador moralizante (MURASSE, 2001).

### **Época del inicio de la República (1889 - 1930)**

El 15 de noviembre de 1889, después de un golpe militar, Brasil decretó el final del Imperio y la inauguración del régimen republicano.

La Constitución de 1891 estableció el sistema federal de gobierno y estableció la descentralización política y administrativa. Los Estados, que se rige por sus propios estatutos ahora tienen autonomía para elegir a sus gobernantes, realizar transacciones financieras organizar sus propias fuerzas policiales exteriores y legislar sobre cuestiones fundamentales como la educación.

En la Primera República, la evolución de las ideas pedagógicas se caracteriza por dos movimientos ideológicos: “El entusiasmo por la educación” y de “optimismo pedagógico”<sup>1</sup>

Los Estados, autónomos, ahora legislan y organizan su red educativa en términos de métodos de la estructura, la organización y la enseñanza. En la práctica, la descentralización administrativa, que era para la Unión para crear y administrar la educación superior en todo el país, así como crear y controlar la educación secundaria y la enseñanza en todos los niveles en el Distrito Federal. Los Estados, que

fue la de crear y controlar la educación primaria y profesional, incluidos AI escuelas normales para las niñas y las escuelas técnicas para los niños. A pesar de las leyes sobre la educación secundaria, los estados están subordinados a las determinaciones de la Unión, responsables de la educación superior.

La “pasión por la educación” nace y luego aparece el contenido de la desconexión educativa del gobierno, poniendo de relieve la necesidad de expansión de la alfabetización de la escuela primaria. Pasado los primeros años de aplicación del régimen republicano, el fervor de las discusiones fue reducido. En los primeros quince años de este siglo, “entusiasmo por la educación” ha sido sofocado por oligárquica cafetera potencia hegemónica política en el gobierno.

El optimismo pedagógico vendrá a partir de 1927, cuando, de forma sistemática, las ideas de la Escuela Nueva y la disputa entre la Escuela Tradicional y la Nueva Escuela se convirtió en abierto. Las discusiones están ahora dentro de la escuela. Nuevos valores y principios apoyarán la nueva escuela, con el alumno como el centro, la organización escolar, la relación profesor-alumno, el nuevo sentido de las materias, disciplinas y métodos

### **Época de la República (1930 - 1937)**

La Revolución del 30 tuvo la iniciativa de crear el Ministerio de Educación y las Secretarías de Educación de los Estados y tuvo tres objetivos:

1. Ampliar el rango de participación en el desarrollo de la educación nacional;
2. Desarrollar los instrumentos de unificación, la disciplina y proporcionar la coordinación y la integración de sistemas;
3. Establecer mecanismos para promover la relación federal con los distintos sistemas.

El desarrollo estuvo marcado por la inmigración laboral y salarial que comenzó a desarrollarse, debido a los cambios cualitativos sufridos por el mercado interno.

Creación de la educación secundaria a través de Decretos que se conoció como “Reforma Francisco Campos,” donde el único objetivo no es ser la matrícula en la educación superior, sino que debe ser la formación de los hombres de todos los sectores de actividad Nacional.

La educación superior se inició con la firma del Decreto N ° 19.854 del 14 de abril 1931 a partir de ahí comenzaron a crearse y, funcionan las universidades, y en 25 de enero de 1934, el entonces gobernador del estado de São Paulo, el Interventor Federal Armando de Salles Oliveira se creó la Universidad de São Paulo, la primera que se organiza de acuerdo con las normas del Estatuto de Universidades Brasileñas 1931.

La nueva política de educación

1. Establecimiento de un sistema complejo de la enseñanza con la estructura organizativa, de acuerdo a las necesidades brasileñas:

---

Analizamos el trabajo de Nagle, Jorge, Educación y Sociedad en la Primera República. Rio de Janeiro, E.P.U. 1974, 1976 reimpresión.

- a) La educación es considerada en todos sus grados como una función social y de servicio público.
  - b) Organizar, financiar y desarrollar la instrucción en todos los grados.
  - c) El sistema escolar debe establecerse sobre la base de una educación integral.
- Organização da escola secundária de 6 anos em tipo flexível, com finalidade social, escola para o povo.
2. Desarrollo de la educación técnica profesional, secundaria y educación superior.
- 2-1 Organización de medidas e instituciones psicotécnicas y orientación profesional.
  - 2-2 Creación de Universidades para el ejercicio:
    - a) la investigación científica y la cultura libre y desinteresada.
    - b) La formación de los profesores de primaria, secundaria, profesional y superior.
    - c) la formación de profesionales en todas las profesiones con base científica.
    - d) Popularización científica, literaria y artística por todos los medios de extensión universitaria.
3. Creación de fondos escolares para el mantenimiento y desarrollo de la educación en todos los niveles.
4. La supervisión de todas las instituciones educativas privadas que cooperan con el Estado en la obra de la enseñanza y la cultura.
5. El desarrollo de las instituciones educativas y de asistencia física y psicológica a los niños en edad preescolar.
6. Reorganización de la administración escolar y de servicios técnicos de enseñanza, en todos los departamentos.
7. La reconstrucción del sistema educativo en las bases que pueden contribuir a la formación de la sociedad humana más justa.

### **Época del Estado Nuevo (1937 - 1945)**

En 1937 se otorgó una nueva Constitución que hace hincapié en pre-vocacional y profesional, e incluso propone que el arte, la ciencia y la educación tienen la libertad de iniciativa individual y la asociación o personas jurídicas de derecho público y las personas, sacando del Estado el deber de la educación.

El 22 de enero de 1942, por decreto 4048 del presidente Getúlio Vargas, fue creado SENAI - Servicio Nacional de la Industria con el fin de satisfacer una necesidad apremiante: la formación de profesionales cualificados para la industria de base.

### **Época de la Nueva República (1945 - 1964)**

En 1946 entra en vigor una nueva Constitución liberal y democrática, en el área de Educación, determina la obligación de cumplir con la primaria y faculta a la Unión para legislar sobre las directrices

y bases de la educación nacional. Además, la nueva Constitución ha devuelto el precepto de que la educación es un derecho para todos.

El Decreto-Ley N ° 8621 de 01 1946 crea Senac - Servicio Nacional de Aprendizaje Comercial, dirigida a las empresas comerciales emplear a menores y se inscriben en las escuelas de enseñanza Senac. En 1961 se creó la Ley de Directrices y Bases de la Educación Nacional, el primero que abarca todos los niveles y modalidades de educación.

### **Época del Régimen Militar (1964 - 1985)**

El régimen militar en la educación refleja el carácter antidemocrático de su gobierno ideológica propuesta: docentes fueron detenidos y despedidos, las universidades fueron invadidos, los estudiantes fueron detenidos, heridos en enfrentamiento con la policía, y algunos murieron, los estudiantes estaban en silencio y Unión Nacional de Estudiantes prohibidos en marcha, el Decreto -Ley 477 callar a los estudiantes y profesores, el Ministro de Justicia declaró que “los estudiantes tienen que estudiar “no puede hacer disturbios”. Esta era la práctica del régimen, en este período fue la gran expansión de las universidades en Brasil. y para terminar el “excedente” (los que tomaron notas suficientes para ser aprobado, pero no pudo localizar al estudio), se creó la clasificación bucal. Para erradicar el analfabetismo creó el Movimiento Brasileño de Alfabetización - MOBREAL aprovechando, en la enseñanza, en Paulo Freire Método de borrado, MOBREAL propuso erradicar el analfabetismo en Brasil... no podía. Y entre acusaciones de corrupción... se extinguió. O modelo político econômico tinha como característica fundamental um projeto desenvolvimentista que busca acelerar o crescimento socioeconômico do país. A educação desempenhava importante papel na preparação adequada de recursos humanos necessários à incrementação do crescimento econômico e tecnológico da sociedade de acordo com a concepção economicista de educação (VEIGA, 1989, p.34).

Según Pellanda (1986), como una fórmula de “limitar” las ciencias humanas, se extrae el objetivo principal a través de la inflexibilidad del censo y el desarrollo crítico de la relación profesor / alumno. La enseñanza debe estar orientada al desarrollo científico y tecnológico, que culminaron en el llamado científicismo, que provocado una visión restringida, limitada y reducida, de acuerdo con la cual la ciencia (exacta) es el único conocimiento válido.

La educación pública debe ser reestructurada para contribuir, así, ya que es responsable del progreso científico y técnico, para el trabajo productivo y el desarrollo económico. La afirmación universal de la mejora de las condiciones de vida, con todas sus implicaciones económicas, sociales y políticas, puede ser insensible o más o menos indiferente a la educación de todos los grados, si tal o cual sector, tales como el grado medio de enseñanza y, especialmente, el entrenador, la precaria situación que sigue siendo la educación está relacionada con el grado de desarrollo económico e industrial, o en otras palabras, si esto depende de sus estudios previos, es legítimo preguntarse en qué medida el sentido de la educación en general y, en particular, la preparación, científica y técnica que puede o debe

contribuir en el diseño económico del país . La gente ha demostrado que “ su poder y su riqueza dependen cada vez más de su preparación para su consecución [ ... ] ( GHIRALDELLI , 2000 , p.155 ).

Educación en Brasil se centró en la formación mano de obra calificada en corto período de tiempo, con destino a la expansión del mercado. Por lo tanto, el estudiante se convirtió en el objetivo principal del gobierno para satisfacer las necesidades relacionadas con las perspectivas de la economía brasileña (GHIRALDELLI, 2000).

La mayoría de las escuelas del estado, después de 64 fueron centros de formación profesional a los hijos de la clase obrera y trabajó en la formación de estos instrumentos como país económica. Convertirse, de esta manera, los establecimientos educativos segunda clase que tendría que remitir “tecnicismo educación” - una tarea que no requiere conocimientos habilidades sólo prácticos y manuales (Pellanda, 1986).

### **Época de la Apertura Política (1986 - 2003)**

En el 1986 aparece la propuesta de integración educativa. La enseñanza de los alumnos con necesidades educativas especiales se podría lograr en el contexto de la escuela regular. Cardoso (2003, p.19-20) explica que,

[...] Este nuevo diseño no niega que los estudiantes tienen problemas en su desarrollo. No obstante, el énfasis es proporcionar al estudiante una mediación. El objetivo principal es analizar el potencial de aprendizaje, como un sujeto integrado en un sistema educativo ordinario, mientras evaluando los recursos que necesita para su progreso es satisfactorio. El concepto se refiere a las necesidades educativas especiales y dificultades de aprendizaje también a los recursos educativos necesarios para satisfacer esas necesidades y evitar dificultades.

La Ley de Directrices y Bases de la Educación Nacional (LDB) más reciente ley. 9394 (Brasil, 1996), define y orienta el enfoque inclusivo de los sistemas educativos ordinarios destacando, en el Capítulo V, especialmente en la Educación Especial. Referencia en el artículo 59, que “[...] Los sistemas escolares para asegurar que los estudiantes con necesidades especiales: Curriculares, métodos, técnicas, recursos educativos y la organización específica, para satisfacer sus necesidades”.

La educación inclusiva, la mediación adquiere un carácter de gran importancia, ya que abarca tres cuestiones esenciales para el proceso de construcción del conocimiento “, el estudiante, como el tipo que aprende, el docente como mediador, la cultura, los signos como instrumentos a emplear. Principio que regula la dinámica implícita en este argumento es la interacción social conceptual “(Vygotsky, 1987, p. 161). Este es un modelo relevante en tiempos de la educación inclusiva, donde la interacción es un proceso esencial.

A lo largo del proceso de desarrollo, el ser humano deja de necesitar los signos exteriores y



“comenzó a utilizar los signos internos, es decir, representaciones mentales, que sustituyen a los objetos del mundo real” (Oliveira, 2001, p. 35).

En realidad, las personas con necesidades educativas especiales no se pueden describir en términos de una mejor y / o peor, bueno o malo, alto o bajo, minoritaria o mayoritaria, entre otras consideraciones. El hecho de señalar algunas necesidades especiales como las diferencias a la posición que estas marcas, estas identidades como oponerse a la idea de, a continuación, lo que se piensa y fabricado como correcto, positivo, el mejor (RODRIGUES estándar, normal 2006).

### **La educación actual**

Nuevo modelo pedagógico viene con la sociedad de la información y el conocimiento debe centrarse en el aprendizaje mediado por la tecnología, a través de múltiples recursos, tales como la Internet son: web, correo electrónico, foros, salas de chat, videoconferencia y otros.

La empresa ha utilizado las nuevas tecnologías a gran escala en todos los niveles, trayendo cambios profundos en diferentes ramas de la ciencia.

Dichos cambios alteran intensamente concepciones del desarrollo individuo cognitivo. Los estados cognitivos de los seres humanos se han desarrollado manteniendo una estrecha relación con los avances en inteligencia artificial, que se comparan a menudo con un sistema informático: *“La inteligencia y la cognición son el resultado de una compleja red”* (Lévy, 1994, 135).

### **Cambios**

Es esencial entender que la simple adopción de los recursos tecnológicos, en actividades educativas, no significa que la ocurrencia de cambios o interrupciones con las formas convencionales de la enseñanza y el aprendizaje. Aclarar conceptos erróneos surgen de la promesa de la modernización de las organizaciones a través de la adopción de tecnologías de la información y la comunicación, dice Morais (2000, p 132.):

No es suficiente para adquirir la televisión, videograbadoras, computadoras, sin un cambio fundamental en la actitud del educador. Se necesita algo más. La comunicación se debe establecer, según sea necesario, conquistado. Es necesario entender que el estudiante como un histórico, activo y, como tal, la atención no puede centrarse únicamente en el instrumento y la técnica [...]. Debe tener en cuenta necesariamente la influencia de imágenes en la escuela todos los días. Por otra parte, hay que señalar que la influencia reflejo de entender la realidad en su percepción, sensorial y cognitiva [...] multidimensional.

El uso de las nuevas tecnologías ha hecho posible el intercambio de información a través de la participación en listas de correo, correo electrónico o el chat, lo que permite la conversación por computadora. Se puede observar el desarrollo de programas de educación a distancia, en línea, en



donde, a través de las computadoras, la comunicación se produce con el profesor y el estudiante, la clase virtual resultante formar cada vez más los estudiantes que asisten a ellas.

La capacidad para producir sonidos, imágenes, textos y animaciones por computadora también contribuye a la calidad de la enseñanza, la redefinición del papel de la educación. La facilidad de acceso a las redes y los avances en las telecomunicaciones cambiar los conceptos de la presencia y la distancia de la enseñanza, el desarrollo de razonamiento, la creatividad y la nitidez de la inteligencia y la coordinación. Imágenes animadas ejercen una fascinación similar al cine, video y televisión. Lugares menos atractivo visualmente por lo general a la izquierda en el fondo, lo que provoca a veces la pérdida de información valiosa (Moran, 1998). En este sentido, el aprendizaje es la reorganización de las estructuras del conocimiento, interactuando estilos de pensar y conocer la conducta, que se produce en un proceso dialógico intersubjetivo, subjetivo y también con el universo en el que están inmersos y contextualizados. Por lo tanto, el Internet tiene grandes dimensiones y con un gran potencial y variedades, que se produce a menudo una falta de estructura, orientación y educación a sus miembros. Por lo tanto, su uso y desarrollo en la educación promueve la interacción entre profesor y estudiante de computadora, y se puede comprobar y organizar mejor este sistema, respondiendo a las preguntas y los estudiantes que dirigen a pensar y aprender a aprender.

Por lo tanto, tener la educación como un elemento clave en la construcción de una sociedad basada en la información, el conocimiento y el aprendizaje, el gobierno ha creado varios proyectos y asociaciones estimulantes que impliquen la informatización de la educación, la formación docente y la práctica de la enseñanza distancia. El MEC creó el 9 de abril de 1997, mediante Decreto. 522, el Programa Nacional de informática en la educación (ProInfo), con el objetivo de introducir las nuevas tecnologías de información y comunicación en las escuelas públicas de primaria y secundaria. El programa ha sido desarrollado por el Departamento de Educación a Distancia (SEED), el MEC, en colaboración con los gobiernos estatales y algunos municipios (Moran, 1998).

No podemos seguir produciendo una educación donde la gente es incapaz de pensar y construir su conocimiento. En la nueva escuela, el conocimiento es producto una construcción constante, de las interacciones y el enriquecimiento mutuo de los estudiantes y los profesores (Morais, 2000).

### **La era digital**

Las nuevas formas de pensamiento y de vida se están desarrollando en el mundo de las telecomunicaciones y la informática. Según Levy (1993), las relaciones entre los hombres, el trabajo y la inteligencia propia dependen en realidad, de la metamorfosis constante de los dispositivos de información de todo tipo. Ya no podemos concebir la investigación científica sin un complejo aparato que redistribuye las viejas divisiones entre la experiencia y la teoría. Con el desarrollo y el uso creciente de las redes electrónicas de información y comunicación, se observa la aparición de nuevas categorías de conocimiento, el aprendizaje y racionalidades. Lévy (1993) clasifica el conocimiento en tres formas distintas: oral, escrita y digital. Actualmente, parece que las tres categorías coexisten, pero se convierte en fácil ver que el modo digital crece y se disemina caracterizar fuertemente la era digital. El acceso

generalizado a la información y el conocimiento y aumentar la velocidad de las comunicaciones digitales hace que este sin duda uno a través del agente potenciador de las interacciones sociales, mientras que la nueva dinámica ecológicas cognitivas.

Según Kensky (1998, p 61.): Lo estilo engendra digitales, necesariamente, no sólo el uso de nuevos equipos para la producción y adquisición de conocimientos, sino también el aprendizaje de nuevas conductas, nuevos fundamentos, nuevos estímulos perceptuales. Su rápida propagación y multiplicación de nuevos productos y en nuevas áreas, nos obliga a seguir ignorando su presencia e importancia. En el ámbito académico, se ha incrementado el uso de Internet por los profesores y estudiantes, produciendo cambios e impactos en los modos convencionales de enseñanza y aprendizaje. Es innegable que la dinámica social en entornos virtuales son muy distintas de las que se producen en entornos reales tradicionalmente. Valdría la pena mencionar que es clara división o brecha que comúnmente construido por los actores sociales actuales que interactúan en entornos reales y virtuales. En referencia a este aspecto, Palazzo (. 2000, p 47) explica: Debe tenerse en cuenta que la comunidad virtual no sustituye real o parte de ella. Más bien, real y virtual se amalgaman en la evolución del total de la comunidad y la incorporación de virtual no ocupa el espacio de lo real, sino que se expande.

Por tanto, la evolución del espacio virtual debe sobresalir en los reales y vice versa, la mejora de los procesos de aprendizaje, la comunicación, la calidad de la investigación y contribuir al desarrollo de la comunidad en su conjunto y al mismo tiempo, cada uno de sus miembros individualmente.

Esta categorización de los procesos de conocimiento y el aprendizaje insertos digitales pedagógica capaz de movilizar las habilidades relacionadas con la construcción individual y colectiva del conocimiento. Con la difusión del acceso a Internet prolifera la formación de grupos de interés, o las comunidades virtuales.

### **Nuevas tecnologías para la enseñanza**

En la sociedad de la información, las nuevas tecnologías tienen que ofrecer en toda la escuela el espacio enriquecedor, con varias herramientas de información, dejándonos un aprendizaje más amplio. Según Muñoz (2002, p. 49), *“los medios de comunicación no deben ser usados como simples herramientas tecnológicas. Pueden servir como un medio para estimular y despertar el deseo de la investigación y la participación, por lo que el ambiente de aprendizaje colaborativo”*. La educación orientada a las nuevas tecnologías tiene que ser una educación colaborativa y participativa (MUNHOZ, 2002), debido a que los entornos de red que los estudiantes utilizan para desarrollar su conocimiento les proporcionará información variada mientras se hace el aprendizaje interactivo que se produzca, autónomos, creativos y la construcción colectiva del conocimiento.

Machado (2004, p. 99) también señala que: No parece haber ninguna duda sobre las inmensas posibilidades de la tecnología en el aula. Recursos para la acción del profesor, los diferentes niveles de educación, son cada vez más numerosos. Las computadoras son grandes para la acumulación de datos, [...]. Computadoras impregnan la comunicación de tal manera que, caprichosamente, en la actualidad, es más esencial [...]





Prevenir la aparición de un mero conocimiento superficial de los datos o información adquirida depende sólo de los intereses de los estudiantes y el fomento del profesor en hacer esto más allá, en busca de más reciente información para resolver tus dudas, tómelo en el aula para discutir con todos los miembros de las cuestiones, preguntas y tener en cuenta todas las reflexiones, profundizar en posiciones probados científicamente acerca de los temas, porque el conocimiento no es estático, ya que siempre está en constante cambio (MUNHOZ, 2002).

Muñoz (2002, p.39) dice: “*el uso de estos recursos debe animar a los estudiantes a una mayor participación en los proyectos de trabajo en la construcción de individuo del conocimiento*”. El profesor debe tener en cuenta es que un consejero en lugar de un titular de los conocimientos, debe asumir la postura de que la educación no es un acto neutral y sí, muy política (Freire, 1982). Asumiendo una actitud así, debería, junto con sus alumnos, que se define como los medios de comunicación les ayudará a desarrollar el contenido propuesto, haciendo que alcanzar sus metas.

Esta nueva forma de educación y, al mismo tiempo, aprender a lidiar con estas situaciones está presente en el día a día de cada uno. El educador debe señalarse que no puede permanecer indiferente ante esta situación, ya que está presente en todas partes y en todas las áreas, lo que contribuye, y mucho, para la enseñanza, tanto dentro como fuera del aula (Morais, 2000) . El profesor y el alumno sólo tiene que saber cómo utilizar las tecnologías, convirtiéndolos en la educación, ya que no son ni a favor ni en contra de la educación, pero se pueden dirigir a hacerlo, con lo que numerosos beneficios. El uso de la tecnología en la educación, se refiere a todo lo que el hombre ha inventado hasta ahora, no es sólo los ordenadores, pero todos los elementos físicos, como los métodos y técnicas utilizadas por todos los seres humanos de hoy, que han contribuir para el desarrollo más reciente del ser humano en todas sus potencialidades.

### **El perfil del educador enfocado en la educación de colaboración**

Todo el avance enfrentado al largo de los años en la sociedad resulto en una transformación general, rompiendo paradigmas o patrones. Estos cambios también trajo cambios en el educador, empieza a reflexionar, preparar y preguntar acerca de su propia práctica y sobre el desarrollo de su papel en la nueva sociedad de la información.

Nóvoa (Apud MUNHOZ, 2002, p. 51), dice: No me gusta la futurología. Creo que esta tierra llena de trampas y tópicos. Pasión por el futuro de esto a menudo significa *déficit*. Por lo tanto, hablo de una cosa: este siglo, debido a la complejidad del fenómeno de la educación, la diversidad de los niños que estudian y los dilemas morales y culturales que se hará efectiva en la cara, tenemos que repensar el horizonte ético de la profesión. Creo que los próximos años estarán marcados por la inestabilidad y la incertidumbre.

El comportamiento ético no sólo depende de cada uno de nosotros, pero la posibilidad de un intercambio efectivo con sus colegas. Tenemos que reconocer, con humildad, que hay muchos dilemas para los que las respuestas del pasado ya no sirven a la presente y todavía no existen. Para mi, ser un maestro en el siglo XXI es reinventar el sentido de la escuela, tanto ética y culturalmente. O que o



escritor e pensador coloca é que o educador deve repensar no seu papel quanto a valores e conceitos como pessoa e profissional, e adotar uma medida mais colaborativa, especialmente na prática docente, para que todos juntos possam educar para um futuro mais digno diante da sociedade da informação.

El nuevo profesor debe estar abierto a nuevos descubrimientos, se enfrentan a las nuevas tecnologías como ayuda en su desarrollo educativo, ya través de estos dispositivos que forman parte del día a día de su estudiante, llamar la atención sobre el uso de estos medios de comunicación en la educación. El profesor necesita saber para manejar los medios de comunicación, interactuar y crear en sus alumnos el amor por la investigación con el uso de las nuevas características. En este sentido, la comunidad virtual proporciona tanto al estudiante como al profesor un aprendizaje colaborativo (MUNHOZ, 2002), por lo tanto, al hablar de ciertos temas propios profundizar sus conocimientos y tratar de encontrar soluciones. Debe señalarse que estos medios de comunicación todos podemos relacionar ciertos problemas de la vida cotidiana de cada uno, que su opinión ponderada, negociar y llegar a acuerdos. En resumen, el contenido será desarrollado por el profesor-supervisor debe tener en cuenta la realidad que vive el estudiante. Educación orientada a la tecnología destinada a la apropiación colectiva del conocimiento, proporcionando un aprendizaje interactivo.

### **Las nuevas tecnologías para los niños**

El niño sufrió un importante desarrollo cultural a través de los siglos, llegó a tener un gran valor en la sociedad actual y la influencia, tanto directa como indirectamente, los avances tecnológicos inventado por el hombre.

Mientras tanto, los valores socio-culturales de los niños cambia cada momento. Un ejemplo claro es que el juego se llama tradicional: casi no se ve a más niños jugando tamiz rueda, top, zapatos, saltar la cuerda, entre otros, para el universo en el que opera hoy en día está lleno de nuevas tendencias. Se inserta en la sociedad del conocimiento y la información, donde proliferaron los medios de comunicación (Kensky, 1998), que tiene contacto directo con los medios de comunicación a través de los medios de comunicación, especialmente la televisión, internet y radio.

Cabe señalar en este punto, la importancia que el medio ambiente tiene en el desarrollo intelectual de los niños, ya que gran parte del aprendizaje se produce a través de las interacciones con el entorno social, como la teoría de la evolución socio-histórica de Vygotsky (Sternberg, 2000). Es decir, su teoría se basa en el desarrollo de la persona como resultado de un proceso histórico-social, haciendo hincapié en el papel del lenguaje y el aprendizaje en este desarrollo. En su teoría, podemos destacar dos ideas principales: la internalización y la zona de desarrollo próximo (ZDP). La internalización es la construcción del conocimiento, mientras que la ZDP es la diferencia entre el nivel de habilidad de la capacidad observable, que es el rendimiento de un niño, y la capacidad latente, que es la capacidad (Sternberg, 2000). La psicología de Vygotsky juega un papel clave en la ciencia cognitiva. Su trabajo no es una explicación de la “externa”, sino una teoría de la internalización, es decir, una relación entre el “externo” e “interno”. Sobre ella, Sternberg (2000, p. 384): (...) Enfatiza el papel del medio ambiente en el desarrollo intelectual de los niños. Postula que el desarrollo procede en gran medida desde el exterior

en, la internalización - la absorción del conocimiento del contexto. Por lo tanto, las influencias sociales, más que biológica, son fundamentales en su teoría. La “era de la informática” para los niños trajo muchos instrumentos que pueden particularmente atractivo por el simple hecho de producir efectos especiales, ser como las formas reales y tienen colores brillantes e incluso el poder introducirlos en un mundo mágico donde el espectador es en sí mismo.

Por lo tanto, los niños se presentan hoy tan fascinado por medios electrónicos, cuales son las nuevas formas de juego, poniéndolos en contacto con una amplia gama de información y contribuir a su desarrollo global e integral infantil, a medida que desarrollan su creatividad y habilidades para desarrollarse cognitivamente y socialmente, la preparación para el futuro.

### Los datos del Brasil 3

Población: 190.755.799 (2010)

Población en edad escolar:: 45.364.276 (2010)

PIB (R\$ 1.000,00): R\$ 3.674.964.382,00 (2010) Ingreso promedio (R\$): R\$ 668,00 (2010)

Tasa de analfabetismo:

10 a 14 años: 1,9%

15 o más: 8.6% Fuente:IBGE-2012

## 5 Metas

### Meta 1: Atendimento

	<b>4 a 6 anos</b>	<b>7 a 14 anos</b>	<b>15 a 17 anos</b>	<b>4 a 17 anos</b>	<b>4 e 5 anos</b>	<b>6 a 14 anos</b>
Brasil (2011)	--	--	80,60%	92,00%	81,70%	98,20%
Região Norte (2011)	--	--	80,90%	89,70%	71,30%	96,70%
Região Nordeste (2011)	--	--	80,30%	92,50%	87,20%	97,90%
Região Sudeste (2011)	--	--	81,10%	93,10%	85,60%	98,70%
Região Sul (2011)	--	--	78,70%	90,20%	71,40%	98,20%
Região Centro-oeste (2011)	--	--	82,00%	91,30%	71,80%	98,40%

Fuente: IBGE/Pnad

Datos referentes a 2010 proveen de los resultados del Censo Demográfico 2010 (Sidra/IBGE) y se refieren a los estados, regiones e Brasil.

Datos referentes a los otros años son provenientes de Pesquisa Nacional por Mosteo de Domicilios (Pnad), que por no ser censitaria fornece apenas resultados de la Meta 1 para unidades da federación, para las regiones y para el Brasil.

### Meta 2: Alfabetización

	<b>2º/3º EF - Escrita</b>	<b>2º/3º EF - Lectura</b>	<b>2º/3º EF - Matemática</b>
Brasil (2011)	53,30%	56,10%	42,80%
Região Norte (2011)	39,20%	43,60%	28,30%
Região Nordeste (2011)	30,30%	42,50%	32,40%
Região Sudeste (2011)	65,60%	62,80%	47,90%
Região Sul (2011)	60,80%	64,60%	55,70%
Região Centro-oeste (2011)	61,00%	64,10%	50,30%

Fuente: TPE, Inst. Paulo Montenegro/IBOPE, Fund. Cesgranrio, Inep

### Meta 3: Desempenho

	<b>4º/5º EF - Port.</b>	<b>4º/5º EF - Mat.</b>	<b>8º/9º EF - Port.</b>	<b>8º/9º EF - Mat.</b>	<b>3ª EM - Port.</b>	<b>3ª EM - Mat.</b>
Brasil (2011)	40,00%	36,30%	27,00%	16,90%	29,20%	10,30%
Região Norte (2011)	30,10%	22,70%	20,50%	10,10%	23,40%	4,60%
Região Nordeste (2011)	29,20%	23,50%	19,60%	11,80%	20,20%	6,50%
Região Sudeste (2011)	50,30%	48,00%	33,80%	21,80%	35,90%	13,20%
Região Sul (2011)	48,70%	46,20%	30,90%	20,40%	34,20%	14,20%
Região Centro-oeste (2011)	47,20%	41,70%	28,60%	17,20%	30,00%	10,10%

Fuente: SAEB/INEP

### Meta 4: Conclusão

	<b>Jovenes de 16 años que completaran EF</b>	<b>Jovenes de 19 años que completaran el EM</b>
Brasil (2011)	64,90%	51,10%
Região Norte (2011)	52,70%	35,10%
Região Nordeste (2011)	53,60%	41,40%
Região Sudeste (2011)	74,10%	59,10%
Região Sul (2011)	69,90%	55,80%
Região Centro-oeste (2011)	74,30%	58,40%

Fuente: IBGE/Pnad



**Meta 5: Inversión Directa en Ed. Básica (% del PIB)**

	<b>Educación de primera infancia</b>	<b>EF - años iniciales</b>	<b>EF - años finales</b>	<b>Escuela</b>	<b>Total 4 a 17 años</b>
Brasil (2010)	0,40%	1,60%	1,50%	0,80%	4,30%

Fuente: Deed/Inep/MEC  
 Datos 2000-2010 liberados por Inep el 19/01/12.

**Perfil del profesor**

**Los profesores con Licenciatura**

	<b>Creche</b>	<b>Jardín de la infancia</b>	<b>Ens. Fundamental - años iniciales</b>	<b>Ensino Fundamental - años finales</b>	<b>Escuela</b>
Brasil (2010)	48,50%	51,80%	62,40%	79,20%	91,00%
Região Norte (2010)	34,40%	34,30%	46,60%	61,80%	92,60%
Região Nordeste (2010)	29,20%	31,10%	42,20%	61,10%	80,30%
Região Sudeste (2010)	55,60%	64,50%	73,30%	93,00%	95,70%
Região Sul (2010)	47,60%	63,60%	76,90%	90,80%	93,90%
Região Centro-oeste (2010)	57,50%	67,50%	76,90%	87,50%	91,80%

Fuente: MEC/INEP/DTDIE

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARDOSO, M. Aspectos históricos da educação especial: da exclusão à inclusão: uma longa caminhada. In: MOSQUERA, J. M.; STOBAÛS, C. (Org.). *Educação especial: em direção à educação inclusiva*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.
- COSTA, Emília Viotti da. Da monarquia à república: momentos decisivos. 7. ed. São Paulo: Unesp, 1999.
- FREIRE, Paulo. *A importância do ato de ler*. São Paulo: Cortez, 1982.
- GHIRALDELLI, Paulo. História da Educação. São Paulo: Cortes, 2000.
- KENSKY, Vani Moreira. Novas Tecnologias. O redimensionamento do espaço e do tempo e os impactos no trabalho docente. In: *Revista Brasileira de Educação n° 7*. Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Educação, jan.-abr., 1998.
- LÉVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática*. Rio de janeiro: 1994.
- MACHADO, Nilson José. *Conhecimento e Valor*. São Paulo: Moderna, 2004.
- MAXWELL, Kenneth. A Devassa da Devassa - a Inconfidência Mineira: Brasil e
- MORAIS, M.C. *O paradigma educacional emergente*. São Paulo: Papyrus, 2000.
- MORAN, J.M. *Mudanças na comunicação pessoal: gerenciamento integrado da comunicação pessoal, social e tecnológica*. São Paulo: Paulinas, 1998.
- MUNHOZ, Siemsen Antonio. Tecnologias aplicadas à educação, educação e tecnologia na sociedade da informação. Curitiba: IBPEX, 2002.
- MURASSE, Celina Midori. A educação para a ordem e o progresso do Brasil: o Liceu de Artes e Ofícios do Rio de Janeiro (1856-1888). 184f. Tese (Doutorado em Educação)-Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, 2001.
- NISKIER, Arnaldo. Educação brasileira: 500 anos de história, 1500-2000. 2. ed. Rio de Janeiro: Consultor, 1996.
- OLIVEIRA, M. K. *Vygotsky: aprendizado e desenvolvimento: o processo sócio-histórico*. São Paulo: Scipione, 2001.
- Portugal- 1750-1808. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1995.
- PALAZZO, L.A.M. *Modelos proativos para hipermidia adaptativa*. Tese de Doutorado. PGCC da UFRGS, janeiro de 2000.
- PELLANDA, Nize Campos. Ideologia e educação & Repressão no Brasil Pós 64. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1986.



RODRIGUES, D. *Educação e diferença: valores e práticas para uma educação inclusiva*. Porto: Porto Ed., 2006.

SANGENIS, Luiz Fernando Conde. Franciscanos na Educação Brasileira. In: SAVIANI, Dermeval. *Educação e Colonização: as ideias pedagógicas no Brasil*. In: STERNBERG, Robert. *Psicologia Cognitiva*. Porto Alegre: ARTMED, 2000.1

STEPHANOU, Maria; BASTOS, Maria Helena Câmara. *Histórias e Memórias da Educação no Brasil – Vol. I – Séculos XVI-XVIII*. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

VEIGA, Ilma Passos (coord.). *Repensando a Didática*. Campinas: Papirus, 1989.

VYGOTSKY, L. S. *A formação social da mente*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.





## RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR POR ACIDENTES DO TRABALHO

Fátima Nancy Andrighi

Ministra do Superior Tribunal de Justiça

### 1. RESPONSABILIDADE CIVIL E SUAS TEORIAS. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

De início, vale tecer breves considerações acerca da responsabilidade civil, cujo estudo remonta ao Código de Hamurabi (1870 a.C.), alicerçado no princípio de talião – resumida no brocardo “olho por olho, dente por dente” – sendo que foi apenas no direito romano que o instituto ganhou os contornos que possui hoje, sustentando a moderna acepção de responsabilidade civil.

A responsabilidade civil é matéria extremamente dinâmica, que constantemente se renova de sorte que, a cada momento, surgem novas teses jurídicas a fim de atender às necessidades sociais emergentes. Entretanto, o conceito básico em torno da qual orbitam essas teses se mantém inalterado, estando relacionado à concepção de não prejudicar outrem.

Na vida em sociedade coexistem diversos interesses, que muitas vezes se revelam divergentes. Quando alguém, para satisfação de um interesse particular, comete um ato lesivo a bem juridicamente tutelado de outrem, comete ato ilícito, fazendo nascer a obrigação de reparar o dano.

Nessa ordem de ideias, a responsabilidade pode ser definida como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano causado a terceiro em razão de sua ação ou omissão. Conforme anota Rui Stoco, a noção de responsabilidade surge da “imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos” que, segundo ele “ traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado”, revelando-se “como algo inarredável da natureza humana”<sup>1</sup>.

#### 1.1. Responsabilidade civil contratual e extracontratual

No que tange ao fato gerador, a responsabilidade civil pode ser: (ii) contratual, em que há desobediência a uma regra estabelecida em acordo de vontades celebrado pelas partes; ou (ii) extracontratual, na qual inexistente vínculo anterior das partes, ligando-as justamente pela prática, por uma delas, de um ato ilícito.

A responsabilidade contratual se origina da inexecução contratual, derivada de um negócio jurídico bilateral ou unilateral. Resulta, portanto, de ilícito contratual, isto é, de falta de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação. É uma infração a um dever especial estabelecido pela

<sup>1</sup> STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 114.

vontade dos contratantes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente e pressupõe capacidade para contratar. A responsabilidade contratual é o resultado da violação de uma obrigação prévia, logo, para que exista é imprescindível a existência de uma obrigação anterior.

A responsabilidade extracontratual, por sua vez, também chamada de aquiliana, resulta do inadimplemento normativo, ou seja, da prática de um ato ilícito ou da violação de um dever fundado em algum princípio geral de direito, visto que não há vínculo antecedente entre as partes, que não estão ligadas por uma relação obrigacional. A fonte desta inobservância é a lei, a lesão a um direito sem que entre o ofensor e o ofendido preexista qualquer relação jurídica.

## 1.2. Responsabilidade civil subjetiva e objetiva

Sob a ótica da culpa, a responsabilidade civil se divide em subjetiva e objetiva.

Denomina-se responsabilidade civil subjetiva aquela causada por conduta culposa *lato sensu*, que compreende a culpa *stricto sensu* e o dolo. A culpa *stricto sensu* caracteriza-se quando o agente causador do dano praticar o ato com negligencia ou imprudência. Já o dolo é a vontade conscientemente dirigida à produção do resultado ilícito.

Até determinado momento da história a responsabilidade civil subjetiva se mostrou satisfatória para a resolução das controvérsias decorrentes da prática de atos ilícitos. De acordo com a teoria clássica da culpa, não basta que o indivíduo sofra um dano injusto à sua pessoa ou ao seu patrimônio para que o autor da ofensa esteja obrigado a reparar o prejuízo; é preciso, ademais, que o dano provenha de um fato doloso ou culposo, sem o que não há de se falar em responsabilidade civil.

Todavia, a chegada da revolução industrial em meados do século XVIII, possibilitou a transformação do modelo industrial e a expansão da economia, mediante a exploração comercial em larga escala de diversas atividades produtivas e da mão de obra, dando azo a relações jurídicas em que desponta claramente a hipossuficiência de uma das partes.

A partir daí, o modelo de responsabilidade civil baseado na culpa passou a ser insuficiente para solucionar todos os casos de indenização por ato ilícito. Rui Stoco observa que “a necessidade de maior proteção a vítima fez nascer a culpa presumida, de sorte a inverter o ônus da prova e solucionar a grande dificuldade daquele que sofreu um dano demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão. O próximo passo foi desconsiderar a culpa como elemento indispensável, nos casos expressos em lei.”<sup>2</sup>.

Foi inserido nesse contexto histórico que a responsabilidade civil objetiva tomou forma, quando o homem foi levado a uma situação de permanente risco com o seu trabalho, fruto do exponencial crescimento industrial, sujeitando-o aos riscos, sem que pudesse obter a reparação merecida, por não serem adequados os meios legais para sua proteção.

A reação contra esse estado de coisas manifestou-se através de quatro processos, assim definidos

<sup>2</sup> Op. cit., p. 157.



pelo jurista francês Louis Josserand<sup>3</sup>: (i) maior flexibilidade na admissão da existência da culpa; (ii) a aceitação da presunção de culpa; (iii) a substituição da culpa pelo risco na determinação da responsabilidade; e (iv) a colocação da vítima numa situação mais favorável quanto ao ônus da prova.

Com base nessas diretrizes, o movimento, chamado de revisionista, suscitando a frequência dos acidentes em razão do progresso mecânico na técnica de produção, tomou a direção mais extrema, no sentido da eliminação da culpa.

Após diversas teorias para justificar a responsabilidade objetiva<sup>4</sup>, o instituto ganhou sua conformação atual, fundada na causalidade extrínseca, ignorando o desígnio do agente e partindo da premissa de que aquele que obtém vantagens pelos riscos criados deve responder pelas consequências da atividade exercida, cuja periculosidade é a ela inerente ou fixada em lei.

Trata-se da denominada teoria do risco, concebida na França no final do século XIX, que hoje serve de base para a responsabilidade civil objetiva, sendo resumida por Sergio Cavalieri como o prejuízo a ser “reparado por quem o causou independente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de nexó de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa”<sup>5</sup>.

Em complemento a esse raciocínio, Orlando Gomes observa que a obrigação de indenizar sem culpa nasce por ministério da lei, para certos casos, por duas razões fundamentais: a primeira seria a constatação de que certas atividades do homem criam um risco especial para os outros; e a segunda a consideração de que o exercício de determinados direitos implica obrigação de ressarcir os danos que origina<sup>6</sup>.

No caso específico do Brasil, o Código Civil de 1916 era essencialmente subjetivista. Contudo, sensível à nova realidade, o legislador passou a incorporar ao nosso ordenamento jurídico a responsabilidade objetiva, havendo hoje diversos exemplos dessa prática, entre os quais se destaca o Código de Defesa do Consumidor e o próprio Código Civil de 2002 que, apesar de manter como regra a responsabilidade subjetiva, adotou como exceção a teoria do risco.

## 2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR

Como visto, a evolução da indústria e da tecnologia transformou sensivelmente a relação de trabalho, tornando as atividades laborais cada vez mais complexas, extenuantes e muitas vezes arriscadas para a saúde e a segurança do trabalhador.

Paralelamente, também houve grande avanço no campo dos direitos do trabalhador, reconhecendo-se não apenas a sua vulnerabilidade frente ao empregador, como a necessidade de se conferir uma tutela

<sup>3</sup> JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil, in Revista Forense, vol. 86, abr/1941, p.p. 548-559.

<sup>4</sup> Martinho Garcez Neto relata que as teorias da responsabilidade objetiva começaram a ser esboçadas em 1888, por Mataja, na Alemanha, e Orlando, na Itália, em 1894. Porém, foi a partir dos estudos dos franceses Saleilles (*Les Accident de Travail et la Responsabilité Civile*) e Josserand (*La responsabilité de fait des choses inanimées*), em 1897, que a nova teoria ganha dimensão e adeptos.

<sup>5</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 137.

<sup>6</sup> GOMES, Orlando. Obrigações, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 307.

específica para as relações envolvendo a força de trabalho, principal meio de sobrevivência do ser humano, por meio do qual alcança diversos dos seus direitos fundamentais, sobretudo a dignidade.

Grande parte desses direitos sociais foi conquistada durante o século XX, em épocas que se mostraram propícias às lutas do movimento operário. O momento mais expressivo, neste particular, foi o pós 2ª Guerra Mundial, quando a economia capitalista esteve em situação de pleno emprego por cerca de três décadas.

Durante este período, a democracia política vigorou na maioria dos países do 1º Mundo e em muitos do 3º Mundo e o movimento sindical alcançou grande influência, resultando nas conquistas que originaram o estado de bem-estar social.

Na hipótese específica do Brasil, a responsabilidade civil do empregador somente veio a ser regulamentada com a edição do Decreto nº 7.036/44, que estabeleceu o dever de indenizar por acidentes de trabalho derivados de comportamento doloso.

Dali em diante, porém, caminhamos a passos firmes no sentido de ampliar o dever de indenizar em decorrência de acidente do trabalho, consolidando a responsabilidade subjetiva ampla do empregador.

Nesse aspecto, foi aos poucos sendo reconhecida a responsabilidade também na atuação culposa. Inicialmente, pacificou-se o entendimento pelo dever de indenizar nos casos de culpa grave, nos termos do enunciado nº 229 da Súmula/STF, entendimento esse que, dada as dificuldades de diferenciação entre culpa grave, média e leve, acabou sendo mitigado para se estender a todas as modalidades de culpa.

Atento a essa construção jurisprudencial, o constituinte de 1988 consignou expressamente no art. 7º, XXVIII, o direito do trabalhador à indenização por acidente decorrente de dolo ou culpa do empregador.

O tema, no entanto, ganhou novos contornos a partir da edição do Código Civil de 2002, cujo art. 927, § único, preconiza a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco.

A partir de uma interpretação estanque e literal dessa norma, muitos sustentam estar o legislador ordinário impossibilitado de operar qualquer ampliação ou modificação na responsabilidade do empregador, que deve sempre ser subjetiva.

Em matéria de interpretação constitucional, porém, vige o princípio da unidade, segundo o qual os dispositivos constitucionais não devem ser encarados isoladamente, mas como preceitos integrantes de um sistema único de regras e princípios fixados pela própria Constituição.

Some-se a isso o fato de que nosso texto constitucional contém normas de caráter aberto; regras que se apresentam como uma petição de princípios, sem conteúdo preciso ou delimitado.

Diante disso, o hermeneuta deve transpor a mera literalidade das normas constitucionais, realizando um cotejo sistemático e teleológico, à luz não apenas da própria Constituição, mas do ordenamento



jurídico como um todo, com vistas à harmonização do sistema, inclusive para viabilizar a constante releitura da ordem jurídica, como fenômeno cultural que é, atendendo aos novos anseios sociais.

É eivado desse espírito que se deve interpretar o art. 7º da Constituição Federal, o qual, salvo melhor juízo, pode ser caracterizado quase como uma norma programática, que, conforme leciona Jorge Miranda, “mais do que comandos-regras, explicitam comandos-valores; conferem elasticidade ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora não o único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia”<sup>7</sup>.

Nesse contexto, a redação do *caput* do art. 7º da Constituição Federal permite inferir que os direitos ali enumerados não são taxativos, na medida em que se prevê a existência de “outros [direitos] que visem à melhoria de sua [do trabalhador] condição social”. Em outras palavras, o art. 7º da Constituição Federal se limita a assegurar garantias mínimas ao trabalhador, o que não obsta a instituição de novos direitos – ou a melhoria daqueles já existentes – pelo legislador ordinário, com base em um juízo de oportunidade, objetivando a manutenção da eficácia social da norma através do tempo, que, como anota Tercio Sampaio Ferraz Jr., “depende da evolução das situações de fato”<sup>8</sup>.

Dessa forma, a remissão feita pelo art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, à culpa ou dolo do empregador como requisito para sua responsabilização por acidentes do trabalho, não pode ser encarada como uma regra intransponível, já que o próprio *caput* do artigo confere elementos para criação e alteração dos direitos inseridos naquela norma, objetivando a melhoria da condição social do trabalhador.

Conforme anota Arnaldo Süssekind, os direitos relacionados no art. 7º da Constituição Federal de 1988 são meramente exemplificativos, admitindo complementação<sup>9</sup>.

Ademais, o princípio da máxima efetividade – enumerado por José Gomes Canotilho e Vital Moreira como regra exegética constitucional e citado por Alexandre de Moraes<sup>10</sup> – exige que se atribua à norma constitucional o sentido que maior eficácia lhe conceda, o que, no particular, somente pode ser entendido como a possibilidade de ampliação da responsabilidade do empregador.

Assim, por ser mais benéfica ao trabalhador, a responsabilidade objetiva não há de ser de logo refutada, sob o pretexto de ser inconstitucional. Uma análise cuidadosa do inciso XXVIII, com base nas ferramentas de interpretação supra mencionadas, evidencia apenas que o legislador constituinte originário autorizou a cumulação da indenização paga pela entidade autárquica da Seguridade Social com aquela imputada ao empregador, mas não que tenha imposto, como regra insuperável, a responsabilidade subjetiva deste.

Admitida, pois, a possibilidade de ampliação dos direitos contidos no art. 7º da Constituição Federal, é possível estender o alcance do art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002 – que prevê a responsabilidade objetiva quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para terceiros – aos acidentes de trabalho.

<sup>7</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, t. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 218.

<sup>8</sup> FERRAZ Junior, Tércio Sampaio. Interpretação e estudos da Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1990, p. 19.

<sup>9</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito constitucional do trabalho, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 93.

<sup>10</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 10.

Tal entendimento, inclusive, era compartilhado por Miguel Reale, supervisor da comissão elaboradora do próprio Código Civil de 2002, para quem “quando a estrutura ou natureza de um negócio jurídico como o de transporte ou de trabalho, só para lembrar os exemplos mais conhecidos, implica a existência de riscos inerentes à atividade desenvolvida, impõe-se a responsabilidade objetiva de quem dela tira proveito, haja ou não culpa”<sup>11</sup>.

Nessa mesma linha de raciocínio, trilham renomados doutrinadores, como Carlos Roberto Gonçalves<sup>12</sup>, Rui Stoco<sup>13</sup> e Maria Helena Diniz<sup>14</sup>.

No mesmo sentido, ainda, a conclusão alcançada na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, resultando na edição do Enunciado 377, segundo o qual “o art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal não é impedimento para a aplicação do disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil quando se tratar de atividade de risco”.

A própria Justiça do Trabalho – a quem, a partir da Emenda Constitucional nº 45/04, foi conferida competência para processar e julgar ações indenizatórias envolvendo acidente do trabalho – por seu órgão máximo, tem reconhecido que “os danos sofridos pelo trabalhador, decorrentes de acidente do trabalho, conduzem à responsabilidade objetiva do empregador”<sup>15</sup>.

Inclusive, durante a I Jornada de Direito e Processo do Trabalho, promovida pelo Tribunal Superior do Trabalho e pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, foi aprovado o Enunciado nº 37, dispondo que “se aplica o art. 927, parágrafo único, do Código Civil nos acidentes do trabalho. O art. 7º, XXVIII, da Constituição da República, não constitui óbice à aplicação desse dispositivo legal, visto que seu caput garante a inclusão de outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores”.

Induvidoso, portanto, que não há incompatibilidade na aplicação, no âmbito dos acidentes de trabalho, da regra inscrita no art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002.

Note-se, no entanto, que a responsabilidade objetiva não se aplica a todo e qualquer acidente de trabalho, mas apenas àqueles oriundos de “atividades de risco”.

Roger Silva Aguiar bem observa que “o princípio geral firmado no art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002 inicia-se com a conjunção quando, denotando que o legislador acolheu o entendimento de que nem toda atividade humana importa em ‘perigo’ para terceiros com o caráter que lhe foi dado na terceira parte do parágrafo”<sup>16</sup>.

Ocorre que o conceito de “atividade de risco” não possui definição legal, ficando sujeito à construção doutrinária e jurisprudencial. A atividade de risco tem, pela sua característica, uma

<sup>11</sup> REALE, Miguel. História do novo código civil. São Paulo: RT, 2005, p. 235.

<sup>12</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 509-510.

<sup>13</sup> Op. cit., p. 639.

<sup>14</sup> DINIZ, Maria Helena Diniz. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil, vol. 07. São Paulo: LTr, 2007, p. 12-13.

<sup>15</sup> TST, RR 22/2004-011-05-00, 1ª Turma, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DJ de 20.03.2009. No mesmo sentido: TST, RR 946/2006-025-12-00, 1ª Turma, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, DJ de 20.02.2009.

<sup>16</sup> AGUIAR, Roger Silva. Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade. São Paulo: Atlas, 2007, p. 50.

particularidade que desde logo pressupõe a ocorrência de acidentes. É ela, intrinsecamente ao seu conteúdo, um perigo potencialmente causador de dano.

Assim, a natureza da atividade é que irá determinar sua maior propensão à ocorrência de acidentes. O risco que dá margem à responsabilidade objetiva não é aquele habitual, inerente a qualquer atividade. Exige-se a exposição a um risco excepcional, próprio de atividades com elevado potencial ofensivo, como é o caso da fabricação e transporte de explosivos.

No âmbito laboral, algumas atividades são legalmente consideradas de risco, como as insalubres (art. 189, CLT<sup>17</sup>) e as perigosas (art. 193, CLT<sup>18</sup>), o que não exclui a identificação de outras, com base no senso comum. É o caso, por exemplo, das atividades exercidas em contato com eletricidade, nos termos da Lei nº 7.410/85 e Decreto nº 92.530/86, que a regulamentou, e o trabalho em contato com radioatividade, conforme Portaria 3.393/87 do Ministério do Trabalho e Emprego, baixada nos termos do art. 200, VI, da CLT.

Embora todos nós, pelo simples fato de estarmos vivos, fiquemos sujeitos a riscos, existem ocupações que colocam o trabalhador num patamar de maior probabilidade de sofrer acidentes, conforme a natureza intrínseca da atividade desenvolvida pelo empregador.

Com base nesse entendimento, a I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, aprovou o Enunciado 38, que aponta interessante critério para definição dos riscos que dariam margem à responsabilidade objetiva, afirmando que esta fica configurada “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”.

Transpondo a regra para o universo restrito dos trabalhadores, pode-se considerar atividade de risco, para efeitos de configuração da responsabilidade objetiva nos acidentes laborais, aquela que expõe o empregado a uma maior chance de sofrer acidentes, se comparada com a média dos demais trabalhadores.

### 3. A PROVA DO DANO. A PRESUNÇÃO RELATIVA DE CULPA DO EMPREGADOR

Outro ponto que merece destaque é o fato de, nos acidentes de trabalho, o ônus da prova da culpa (ou ausência dela) pelo evento danoso recair sobre o empregador.

Nesse aspecto, deve-se levar em consideração que a relação jurídica existente entre as partes, da qual resultou o acidente em questão, deriva de um contrato de trabalho.

O contrato de trabalho é bilateral sinalagmático, impondo direitos e deveres recíprocos. Entre as

<sup>17</sup> Art. 189, CLT: são consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância e fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

<sup>18</sup> Art. 193, CLT: são consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado.

obrigações do empregador está, indubitavelmente, a preservação da incolumidade física e psicológica do empregado no seu ambiente de trabalho. O próprio art. 7º, XXII, da Constituição Federal enumera como direito do trabalhador a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. Mesmo sob a égide da ordem constitucional anterior, o art. 165, IX, da Constituição Federal de 1967 assegurava ao trabalhador o direito à “higiene e segurança no trabalho”.

No mesmo sentido, o art. 157 da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe caber às empresas “cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho” e “instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho”.

Mais do que isso, a garantia de segurança constitui cláusula indeclinável do contrato de trabalho. Alexandre de Moraes ressalta que “os direitos sociais previstos constitucionalmente são normas de ordem pública, com a característica de imperativas, invioláveis, portanto, pela vontade das partes contraentes da relação trabalhista”<sup>19</sup>.

Ocorre que, nos termos do art. 389 do CC/02<sup>20</sup> (que manteve a essência do art. 1.056 do CC/16), na responsabilidade contratual, para obter reparação por perdas e danos, o contratante não precisa demonstrar a culpa do inadimplente, bastando a prova de descumprimento do contrato. Em outras palavras, recai sobre o devedor o ônus da prova quanto à existência de alguma causa excludente do dever de indenizar.

Dessa forma, nos acidentes de trabalho, cabe ao empregador provar que cumpriu seu dever contratual de preservação da integridade física do empregado, respeitando as normas de segurança e medicina do trabalho. Em outras palavras, fica estabelecida a presunção relativa de culpa do empregador.

Note-se, por oportuno, que nessa circunstância não se está a impor ao empregador a responsabilidade objetiva pelo acidente de trabalho, como outrora se fez em relação às atividades de risco. Aqui, o fundamento para sua responsabilização continua sendo a existência de culpa. Entretanto, o fato da responsabilidade do empregador ser subjetiva não significa que não se possa presumir a sua culpa pelo acidente de trabalho.

Conforme anota Caio Mário da Silva Pereira, “na tese de presunção de culpa subsiste o conceito genérico de culpa como fundamento da responsabilidade civil. Onde se distancia da concepção subjetiva tradicional é no que concerne ao ônus da prova”<sup>21</sup>.

Por outro lado, não se trata de exigir do empregador a produção de prova negativa, tendo em vista que ele próprio detém – ou pelo menos deveria deter – elementos necessários à comprovação de que respeitou as normas de segurança e medicina do trabalho, como, por exemplo, documentos que evidenciem a realização de manutenção nas máquinas e a entrega de equipamentos de proteção individual.

<sup>19</sup> Op. Cit., p. 178.

<sup>20</sup> Art. 389, CC/02: Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

<sup>21</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 265.





#### **4. CONCLUSÃO**

A atual conformação das relações de trabalho exige que a elas se estenda a responsabilidade objetiva, como meio de assegurar aos empregados ampla segurança no exercício de suas atividades e como contrapartida à exploração comercial da força de trabalho humana.

Nesse contexto, mostra-se perfeitamente possível a ampliação dos direitos contidos no art. 7º da Constituição Federal de 1988, de modo a estender o alcance do art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002.

A despeito disso, a incidência da responsabilidade objetiva fica restrita aos acidentes de trabalho oriundos de atividades de risco, como de ordinário ocorre com as demais situações abarcadas pelo Código Civil.

Para as outras hipóteses de acidente do trabalho, em que incida a regra geral do Código Civil de responsabilidade subjetiva, aplica-se a presunção relativa de culpa do empregador, derivada da natureza contratual da relação jurídica estabelecida com o empregado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR, Roger Silva. Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade. São Paulo: Atlas, 2007.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil, vol. 07. São Paulo: LTr, 2007.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Interpretação e estudos da Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1990.
- GARCEZ NETO, Martinho. Responsabilidade Civil no Direito Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GOMES, Orlando. Obrigações, Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil, *in* Revista Forense, vol. 86, abr/1941.
- MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, t. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- REALE, Miguel. História do novo código civil. São Paulo: RT, 2005.
- STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7ª ed. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito constitucional do trabalho, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.



**O JUS POSTULANDI E O ACESSO À JUSTIÇA NA ESFERA TRABALHISTA:  
A NECESSIDADE DE UMA DEFENSORIA PÚBLICA DO TRABALHO NO BRASIL**

*THE JUS POSTULANDI AND THE ACCESS TO THE JUSTICE IN THE LABOR  
SPHERE: THE NEED OF A LABOR PUBLIC DEFENDER'S OFFICE IN BRAZIL*

**Francisco das Chagas Sampaio Medina\***  
**Rodolfo Pacheco Paula Bittencourt \*\***

## **INTRODUÇÃO**

O *jus postulandi* ainda consiste em uma realidade no Brasil, mesmo após as diversas evoluções normativas e o surgimento de novos preceitos constitucionais, o legislador não se atentou, ou não o quis, para revisão ou expurgação do *jus postulandi* nas normas trabalhistas, proporcionando, ainda, que o trabalhador, em condições de hipossuficiente, recorra ao judiciário tupiniquim, sem a companhia de um advogado, para litigar lesão ou ameaça de direito na seara trabalhista, inexistindo uma Defensoria pública atuante capaz de assegurar ao cidadão, desprovido de recursos financeiros, o acesso à justiça e a igualdade processual ilimitada, sem restrições e com ampla acesso à todos os meios de defesa ou instrumentos processuais dentro de um processo, o que se é capaz de fazer através de um profissional habilitado e conhecedor das normas para tanto.

O presente trabalho tem como escopo discutir a necessidade da criação de uma Defensoria Pública do Trabalho, garantindo ao trabalhador comum, pobre na forma da lei, o acesso à justiça, garantindo a utilização de todas as ferramentas processuais de forma ilimitada, litigando em igualdade de condições com empresas que, em sua maioria, possui grandes escritórios com advogados litigantes especializados, habilitados e amplos conhecedores da legislação vigente, sabendo adotar a estratégia processual necessária para defesa do interesse de seus clientes.

Discutimos a necessidade de um órgão capaz de assegurar, ao hipossuficiente, um profissional habilitado, um advogado, um Defensor Público, na defesa de seus interesses, sendo papel do Estado e obrigação constitucional assegurar a todos o acesso à justiça, conforme preceitos constitucionais vigentes.

A norma insculpida na CLT acerca do *jus postulandi*, que faz parte do ordenamento jurídico tupiniquim desde 1943, tornou-se extremamente defasada com o advento da Constituição Federal do Brasil de 1988, somado com o avanço da sociedade e a complexidade cada vez maior das causas trabalhistas, vê-se a necessidade de revisão deste dispositivo legal e o projeto de inclusão de Defensorias Públicas especializadas no direito laboral, o que não ocorre no Brasil.

Não pode a parte, sem condições de arcar com a despesa de um contrato de honorários ou, ainda,

correr o risco de não ter um profissional disposto a assisti-lo em sua jornada processual em razão dos poucos “atrativos financeiros” de sua demanda, recorrer ao Judiciário Laboral para pleitear os seus direitos sem qualquer assistência, correndo o risco de perder prazos, da impossibilidade de atuar ou até mesmo de redigir uma peça necessária ao processo, enquanto do lado da parte adversa existem bancadas de escritórios de advocacia cada vez mais especializados e completos, colimando, ao final, até no insucesso de sua pretensão, em razão de sua ignorância processual.

## 1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O ACESSO À JUSTIÇA

Princípio é toda estrutura sobre a qual se constrói alguma coisa. São os ensinamentos básicos e gerais que servem como parâmetro de onde devemos partir ou buscar algo, verdades, ensinamentos, pilastras sociais e os caminhos corretos para treinar nossa mente para melhor discernirmos sobre a concretização mais correta de nossos objetivos. É através dele que podemos extrair regras e normas de procedimento.

De acordo com o dicionário Aurélio Buarque de Holanda<sup>1</sup>, princípio poderá ser abordado por várias percepções, vejamos:

*Princípio:* 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem [...]. 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na Constituição de um corpo orgânico. 4. *Preceito, regra, lei.* 5. *P.ext.* Base; germe [...]. 6. *Filos.* Fonte ou causa de uma ação. 7. *Filos.* Proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável. São princípios os axiomas, os postulados, os teoremas etc.

Já os princípios jurídicos podem ser considerados os pilares, a base do ordenamento jurídico, traçando orientações e diretrizes que devem ser seguidas por todo o Direito.

Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>2</sup> aduz que:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo

<sup>1</sup> HOLANDA. Aurélio Buarque. *Novo dicionário da Língua Portuguesa*. Versão eletrônica 2.0. 1996.

<sup>2</sup> MELO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª Ed, São Paulo: Malheiros, 1996.

De Plácido e Silva<sup>3</sup> assim discorre sobre princípios:

Princípios, no plural, significam as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa [...] revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie e ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica [...] exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica [...] mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas [...] significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito.

Miguel Reale<sup>4</sup> afirma que:

Verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

Para Paulo Bonavides<sup>5</sup> os “*princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade*”.

Pode-se afirmar, portanto, que os princípios constituem verdadeiras proposições lógicas, servindo como embasamento para o ordenamento jurídico atual.

A evolução dos princípios, após a Constituição Federal do Brasil de 1988, trouxe ao nosso ordenamento jurídico diversos dispostos normativos que merecem sua reforma adequada, principalmente na seara trabalhista, onde o trabalhador, na condição de hipossuficiente, fica em uma situação de extrema desigualdade, ao exercer seu direito ao *jus postulandi* onde se vê, de um lado, um cidadão, muitas vezes leigo no assunto e, do outro, empresas, muitas delas grandes, com um escritório de advocacia com uma banca de profissionais qualificados, experientes e que, em razão desta desigualdade, deixa o trabalhador em uma situação processual extremamente desvantajosa.

Ao conferir ao trabalhador a faculdade de agir pessoalmente perante a Justiça do Trabalho ou ser assistido pelo seu sindicato, a lei não o obriga a tanto. Também a lei não veda a concessão de honorários advocatícios para os casos de assistência por advogado particular, nem afasta do Direito do Trabalho o princípio da plena reparação dos danos.

O Direito e o Processo do Trabalho tornaram-se sobremaneira complexos ao longo dos anos, de modo que impor à própria parte a defesa judicial de seus interesses é instituir um ônus por demais

<sup>3</sup> SILVA. De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 18ªed, São Paulo: Forense , 2001.

<sup>4</sup> REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1980.

<sup>5</sup> BONAVIDES. Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

pesado e dar as costas ao princípio de proteção ao hipossuficiente, que fundamenta tanto o direito material, quanto o direito processual do trabalho. A realidade demonstra que a assistência ao trabalhador por advogado particular torna-se cada vez mais necessária.

Essa necessidade, por sua vez, apenas surge em função do descumprimento, pelo empregador, das obrigações que legalmente assumiu, de modo que não se apresenta justo que o trabalhador tenha seu patrimônio diminuído sempre que desejar se utilizar seu direito constitucional de ação para garantir seus legítimos interesses.

### 1.1. O princípio do *Jus Postulandi* na Justiça Laboral

O art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho do Brasil<sup>6</sup> assim estipula:

Art. 791 - Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

§ 1º - Nos dissídios individuais os empregados e empregadores poderão fazer-se representar por intermédio do sindicato, advogado, solicitador, ou provisionado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 2º - Nos dissídios coletivos é facultada aos interessados a assistência por advogado.

Através do artigo acima citado, conseguimos extrair o princípio do *jus postulandi* do processo do trabalho, onde é facultada, à parte, a capacidade de postular dentro de instâncias judiciárias suas pretensões dentro do processo, sem a necessidade de ver-se representado por um advogado.

A regra geral, no Brasil, através do Código de Processo Civil, é de que as partes não podem requerer, em juízo, pessoalmente seus direitos, devendo fazê-los, sempre, através de um advogado devidamente habilitado, com exceção nas causas de competência dos Juizados Especiais e na Justiça Laboral.

Trata-se, a disposição do texto legal da CLT, uma verdadeira “armadilha” que poderá proporcionar às partes através de, muitas vezes, sua situação de leigo dentro do processo, e sua condição de necessitado, não podendo arcar com honorários contratuais de profissionais regularmente inscritos na OAB, as vezes recorrer a tal princípio para pleitear os seus direitos, mas, na grande maioria das vezes, ver-se deparado, do lado da empresa, de profissionais extremamente competentes e qualificados, com uma equipe multidisciplinar e uma estrutura pomposa para defender os interesses da empresa, deixando, assim, a parte em uma situação extremamente desvantajosa e desigual na defesa de seus interesses.

<sup>6</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que dispõe sobre a **CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO**. Disponível em :< <http://www.planalto.gov.br>.> Acesso em: 07 fev. 2013.

Com isso, vê-se a necessidade de um órgão público próprio para defesa dos interesses da parte necessitada, sendo, cada vez mais necessária, a atuação de uma Defensoria Pública especializada para defesa dos interesses da parte hipossuficiente, deixando em par de igualdades processual das partes interessadas no litígio.

Inclusive Lautmann<sup>7</sup> discorre com indícios de que o hipossuficiente necessita de uma proteção do Estado para proteger-se de lesão ou ameaça de direito, discorrendo da seguinte forma:

La gente pobre goza de menor protección a través del derecho que las classes acomodadas. Esta es la consecuencia de varias circunstancias: del contenido del derecho, em la medida que se refleja a los pobres; del del tratamiento por parte de las autoridades judiciales; de la reducida capacidade de los pobres para servirse del derecho.

Com o advento da Constituição Federal do Brasil de 1988, foi inserido, dentro de seu texto legal, tornando-se cláusula pétrea, o art. 133<sup>8</sup>, que assim discorre:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Já o art. 134 da Constituição Federal do Brasil<sup>9</sup> assim aduz:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.)

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia

<sup>7</sup> LAUTMANN, Rüdiger. **Sociología y jurisprudência. Traducción, Ernesto Garzón Valdés.** -- Imprenta: México, Fontamara, 2004.

<sup>8</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em :< <http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 07 fev. 2013.

<sup>9</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em :< <http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 07 fev. 2013.

funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.

Observa-se, assim, que a norma insculpida na CLT acerca do *jus postulandi*, que faz parte do ordenamento jurídico tupiniquim desde 1943, tornou-se extremamente defasada com o advento da Constituição Federal do Brasil de 1988, somado com o avanço da sociedade e a complexidade cada vez maior das causas trabalhistas, vê-se a necessidade de revisão deste dispositivo legal e o projeto de inclusão de Defensorias Públicas especializadas no direito laboral, o que não ocorre no Brasil.

Não pode a parte, sem condições de arcar com a despesa de um contrato de honorários ou, ainda, correr o risco de não ter um profissional disposto a assisti-lo em sua jornada processual em razão dos poucos “atrativos financeiros” de sua demanda, recorrer ao Judiciário Laboral para pleitear os seus direitos sem qualquer assistência, correndo o risco de perder prazos, da impossibilidade de atuar ou até mesmo de redigir uma peça necessária ao processo, enquanto do lado da parte adversa existem bancadas de escritórios de advocacia cada vez mais especializados e completos, colimando, ao final, até no insucesso de sua pretensão, em razão de sua ignorância processual.

Importante salientar, também, que o *jus postulandi* está abrangido somente nas instâncias ordinárias da Justiça Laboral, devendo, caso seja necessário, recorrer aos serviços de um advogado caso exista a necessidade do processo galgar nas instâncias extraordinárias, na ação rescisória, ação cautelar e mandado de segurança, conforme estipula a súmula 425 do TST<sup>10</sup>:

**425. Jus Postulandi na Justiça do Trabalho. Alcance.** (Res. 165/2010 - DeJT 30/04/2010)

O jus postulandi das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

Assim sendo, vê necessária a interferência dos Poderes Públicos tupiniquins para reforma da legislação pertinente ao assunto, assim como a criação, urgentemente, de Defensorias Públicas especializadas nos dissídios laborais, sob a pena de restar caracterizados verdadeiras discrepâncias processuais entre um indivíduo, completamente isento de assistência judiciária, e empresas com profissionais habilitados e qualificados para elaboração de seus interesses, ferindo, inclusive, princípios de acesso à justiça, princípio da igualdade processual e o princípio do devido processo legal.

<sup>10</sup> Tribunal Superior do Trabalho. Livro de Súmulas e Orientações Jurisprudenciais. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/en/sumulas>>. Acesso em: 07 fev. 2013.



## 1.2. A mitigação do acesso à justiça pelo Jus Postulandi

O art. 5º, XXXV da Constituição Federal do Brasil <sup>11</sup> assim estipula:

Art. 5º, XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

O artigo supracitado, pressupõe que todos, indistintamente, terão acesso ao Poder Judiciário para interpor demandas que ocasionem lesão ou ameaça de direito, devendo, em contrapartida, obedecer às regras processuais existentes para impetrar as suas ações.

É de conveniência de todos, que as regras processuais existentes são de amplos conhecimentos de estudiosos do direito, por advogados legalmente habilitados, bacharéis de direito e de operadores do direito como um todo, devendo saber princípios e normas necessárias para manusear e atuar, de forma contundente e estratégica, dentro de um processo para defender os interesses que lhe cabem.

Para um leigo, um trabalhador comum, um interessado em interpor litígios que se referem às lesões ou ameaças de direito na esfera laboral, na sua maioria absoluta, sequer possuem estudos básicos suficientes, quiçá estão preparados ou instruídos para enfrentar um litígio, muitas vezes demorados e com inúmeras regras processuais, sem a assistência de um profissional habilitado, sem um advogado, sem um defensor público, não estão preparados para enfrentar processos cada vez mais complexos que se inserem na Justiça Laboral, processo com cada vez mais recursos, com cada vez mais atos ou medidas a serem tomadas e com cada vez mais advogados especializados para defender os interesses da empresa.

Julio César Cueto Rúa<sup>12</sup> define a atuação do advogado, no teor deste trabalho a sua indispensabilidade dentro de um processo judicial através de um Defensor Público, e sua essencialidade da seguinte forma:

Los abogados programa la táctica y la estrategia a seguir. En el estudio y el cálculo de los factores intervinientes (normativos, económicos, financieros, políticos, psicológicos, sociológicos) incluyen las características burocráticas de la administración de justicia (organización del juzgado, distribución de funciones y tareas, hábitos, preferencias y rutinas). También computan la duración probable del proceso y sus diversas alternativas. El tema del tiempo juega una función significativa en el análisis del caso por los abogados. Esse tempo se relaciona con las características particulares del comportamiento del juez. Em la programación de su acción los abogados computan el tiempo del juez. Éste, por su parte, tende a adoptar una actitud passiva. Deja que las partes desarrollen sus respectivos planes de acción em el processo, com sus respectivos

<sup>11</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em :< <http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 07 fev. 2013.

<sup>12</sup> RÚA, Julio Cesar Cueto. **Uma Visión Realista del Derecho. Los Juizes y Los Abogados**. 1º Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.

cálculos de tempos. Habitualmente se inclina por dejar librada a la discreción de las partes la administración del tempo del tribunal, aun si ello implica una lenta o pronlogada tramitaci'pn del litigio.

Torna-se, assim, um acesso à justiça mitigado, um acesso à justiça limitado, onde o Judiciário abre suas portas para o hipossuficiente interpor, sozinho, à sua demanda, mas não lhe dá meios suficientes para deixar-lhe em situação de igualdade à parte adversa, não lhe dá meios suficientes ou instruções necessárias para brigar por seus direitos, para requerer o necessário, para não haver prejuízo, o que poderia fazer, somente, com a assistência de um advogado ou defensor público.

Aliás, o acesso à justiça deve ser, inclusive, incumbido de responsabilidade ao Estado, conforme estipula o art. 5º LXXIV da Constituição Federal do Brasil de 1988, garantindo a prestação jurisdicional integral e gratuita àqueles que comprovarem à insuficiência de recursos, assegurando ao hipossuficiente a assistência para defesa de seus interesses em juízo.

O direito deve servir como meio de inserção e troca social entre as partes do processo, prezando pela igualdade entre as partes, configurando o *jus postulandi* um entrave para aplicação deste conceito. Cotterrell<sup>13</sup> assim leciona:

El derecho, arguye Dror, puede jugar y juega de hecho um importante papel indirecto em la promoción del cambio, de varias maneras. Em primer lugar, sirve de estrutura a instituciones sociales que, ellas sí, influyen diretamente sobre la cantidad o naturaliza del cambio social (...). las restricciones legales a las libertades de asociación o discusión, a la revelación de información necesaria para la evaluación crítica de las acciones de gobierno, o al contacto com otras sociedades, pueden impedir o diferir el desarrollo de nuevas ideas que contribuyan al cambio.

Quando da inserção da norma laboral em nosso ordenamento jurídico, em meados de 1943, o objetivo do legislador, à época, seria solucionar a problemática apresentada de acesso à Justiça à população, em razão do elevado valor cobrado pelos advogados e com a inexistência de uma defensoria pública especializada, possibilitando ao trabalhador hipossuficiente pleitear seus direitos sem a necessidade de habilitar um profissional para tanto.

Todavia, houve uma evolução da sociedade e uma evolução do direito do trabalho no decorrer dos tempos, com a criação de novas leis, legislações específicas para cada trabalhador, situações mais complexas, surgimento de novas ações, novos recursos, novos procedimentos processuais que não foram acompanhados ou modificados pela CLT de 1943, tornando-se impossível, hoje em dia, de um trabalhador hipossuficiente “bater às portas da justiça” nas condições tidas em 1943.

É patente e visível a discrepância de valores de épocas, discrepância de costumes e da sociedade como um todo e a quantidades de leis àquela época comparadas com as leis atuais, com os

<sup>13</sup> COTTERRELL, Roger. **Introducción a la Sociología del Derecho**. Ariel Derecho.



entendimentos jurisprudenciais atuais, com a atuação, composição e até a forma e quantidade de tribunais ordinários e extraordinários existentes.

Então, conclui-se que o *jus postulandi*, na forma em que ele é aplicado atualmente na seara trabalhista, desfavorece a parte interessada no litígio e não possui condições de arcar com as despesas de um advogado, consagrando uma desigualdade processual entre as partes, mitigando o seu acesso à justiça, deixando o hipossuficiente com limitações de suas defesas, sem argumentos jurídicos, sem argumentos técnicos em face de uma pessoa capacitada, habilitada e treinada para estar diante de um processo e suas implicações.

Deve o Estado assegurar aos cidadãos o acesso à justiça eficaz, provida com profissionais habilitados, defensores públicos laborais, custados pelo próprio poder público, obedecendo, assim, a literalidade de disposições constitucionais e assegurando o acesso amplo à justiça do hipossuficiente, revogando ou alterando, assim, a disposição contida no art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho do Brasil.

## 2. AS DEFENSORIAS PÚBLICAS NO TERRITÓRIO BRASILEIRO

A Defensoria Pública, no Brasil, consiste no órgão, independente funcionalmente e organizacionalmente do Poder Executivo, mas dependente financeiramente deste, com objetivo de prestar a assistência judiciária integral e gratuita aos cidadãos que não possuem condições financeiras para arcar com os custos de um advogado particular, garantindo aos mais pobres e necessitados o acesso incondicional à justiça e a concretização do princípio da igualdade.

A Defensoria Pública está constituída de Defensores Públicos, sendo estes bacharéis em direito, advogado, que ingressa nos quadros da Defensoria Pública através de concursos públicos, realizados pela União ou pelos Estados, não existindo uma defensoria municipal em razão da inexistência de um órgão jurisdicional nesta seara da organização territorial do Brasil. O Defensor Público possui autonomia para agir ou tomar decisões com fito de defender os interesses individuais ou coletivos do cidadão assistido pela Defensoria Pública, além de agir em prol de interesses coletivos da sociedade, sem restrições para defesa contra a União ou o Estado no qual a Defensoria está vinculada.

O art. 134 da Constituição Federal do Brasil<sup>14</sup> assim estipula:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

<sup>14</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em :< <http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 07 fev. 2013.

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (Renumerado do parágrafo único pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Pela disposição constitucional acima citada, verifica-se que as Defensorias Públicas são órgãos essenciais à função jurisdicional do Estado, devendo estar, assim, organizado conforme Lei complementar específica, dividindo as atribuições das Defensorias Públicas dentro dos Estados e da União, prescrevendo a competência funcional de cada um dentro do seu âmbito territorial de ação.

Existe, inclusive, previsão na Lei Complementar 132 de 7 de outubro de 2009, que assim define a Defensoria Pública:

Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal<sup>15</sup>.

Conforme será demonstrado posteriormente, verifica-se a existência de Defensorias Públicas Estaduais, atuando exclusivamente nos Tribunais Estaduais, fora da competência trabalhista, assim como a existência de Defensorias Públicas da União, atuando exclusivamente na defesa dos interessados no âmbito dos Tribunais Federais, em face de órgãos federativos da competência da Justiça Federal.

Na Lei Complementar 132, que nos traz o conceito de Defensoria Pública, esta traz suas formas de atuação, devendo, dentre eles prestar orientação jurídica e defesa dos necessitados, em todos os graus, conforme estipula o seu art. 4º, I, não tendo, na prática, sua aplicação dentro de nosso território nacional.

<sup>15</sup> BRASIL. **Lei Complementar Nº 132, de 7 de outubro de 2009**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 16 fev. 2013.



A Justiça do Trabalho, apesar de estar classificado organizacionalmente como um Tribunal Federal, não possui defensores ou defensorias públicas competentes para agir dentro dos interesses relativos aos assistidos com necessidade de resolução de conflitos na competência trabalhista, existindo uma lacuna legal e organizacional dentro do ordenamento jurídico brasileiro que não abrange a atuação da Defensoria Pública na defesa dos interesses individuais ou coletivos dos necessitados que buscam o acesso à justiça dentro da seara laboral, mitigando, assim, os princípios constitucionais citados anteriormente.

## **2.1. As Defensorias Públicas Estaduais e a limitação de sua atuação no âmbito laboral**

Por se tratar de uma federação, o Brasil, com respeito à autonomia territorial e funcional dos órgãos, prezando pela competência territorial de cada um deles, deverá instituir e manter as Defensorias Públicas no âmbito estadual.

Com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, foi explicitado dentro do texto constitucional o ideal de uma Defensoria Pública com autonomia funcional, administrativa e financeira.

O artigo 97-A da Lei Complementar nº 80 de 12 de Janeiro de 1994<sup>16</sup> assim estipula:

Art. 97-A. À Defensoria Pública do Estado é assegurada autonomia funcional, administrativa e iniciativa para elaboração de sua proposta orçamentária, dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, cabendo-lhe, especialmente: (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Conforme disposição inserida dentro da Lei Complementar nº 80 de 12 de Janeiro de 1994<sup>17</sup> a competência da atuação da Defensoria Pública Estadual está compreendida dentro da competência que abrangerá os Tribunais Estaduais podendo, inclusive, interpor recursos para Tribunais Superiores, mas todos eles fora da competência laboral vejamos:

Art. 106. A Defensoria Pública do Estado prestará assistência jurídica aos necessitados, em todos os graus de jurisdição e instâncias administrativas do Estado.

Parágrafo único. À Defensoria Pública do Estado caberá interpor recursos aos Tribunais Superiores, quando cabíveis.

Art. 106-A. A organização da Defensoria Pública do Estado deve primar pela descentralização, e sua atuação deve incluir atendimento

<sup>16</sup> BRASIL. Lei Complementar Nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 16 fev. 2013.

<sup>17</sup> BRASIL. Lei Complementar Nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 16 fev. 2013.

interdisciplinar, bem como a tutela dos interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).<sup>18</sup>

A Lei Complementar nº 80 de 12 de Janeiro de 1994<sup>19</sup> assim estipula sobre a atuação do Defensor Público estadual:

Art. 108. Aos membros da Defensoria Pública do Estado incumbe, sem prejuízo de outras atribuições estabelecidas pelas Constituições Federal e Estadual, pela Lei Orgânica e por demais diplomas legais, a orientação jurídica e a defesa dos seus assistidos, no âmbito judicial, extrajudicial e administrativo. (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Parágrafo único. São, ainda, atribuições dos Defensores Públicos Estaduais: (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

I – atender às partes e aos interessados; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

II – participar, com direito a voz e voto, dos Conselhos Penitenciários; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

III – certificar a autenticidade de cópias de documentos necessários à instrução de processo administrativo ou judicial, à vista da apresentação dos originais; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

IV – atuar nos estabelecimentos prisionais, policiais, de internação e naqueles reservados a adolescentes, visando ao atendimento jurídico permanente dos presos provisórios, sentenciados, internados e adolescentes, competindo à administração estadual reservar instalações seguras e adequadas aos seus trabalhos, franquear acesso a todas as dependências do estabelecimento independentemente de prévio agendamento, fornecer apoio administrativo, prestar todas as informações solicitadas e assegurar o acesso à documentação dos assistidos, aos quais não poderá, sob fundamento algum, negar o direito de entrevista com os membros da Defensoria Pública do Estado. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).<sup>20</sup>

<sup>18</sup> BRASIL. **Lei Complementar Nº 80, de 12 de janeiro de 1994.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 16 fev. 2013.

<sup>19</sup> BRASIL. **Lei Complementar Nº 80, de 12 de janeiro de 1994.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 16 fev. 2013.

<sup>20</sup> BRASIL. **Lei Complementar Nº 80, de 12 de janeiro de 1994.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 16 fev. 2013.



Conforme pode ser visto nos dispositivos legais acima transcritos, a Defensoria Pública Estadual não possui competência funcional para atuação dentro de Tribunais distintos dos Tribunais Estaduais e, em grau de recurso ou por ações de competência inicial destes Tribunais, em Tribunais Superiores, estando a Justiça Laboral alheia à atuação dos Defensores Públicos Estadual, desamparado por estes órgãos.

Mais de 70 milhões de brasileiros vivem abaixo da linha da pobreza, sem a instrução ou sem acesso à informação suficiente para recorrer à baila da justiça atrás da violação ou ameaça de direito, não possui informações necessárias sobre a Defensoria Pública, sobre sua atuação ou sequer sua competência funcional, procurando ir recorrer aos órgãos jurisdicionados após a situação estar de forma crítica, impedindo, inclusive, seu sustento diário.

Nestes casos, pelo pouco de informação que lhe é passada, o primeiro passo que a pessoa lesada tem seria à procura dos órgãos jurisdicionados, neste caso a Justiça Especializada do Trabalho. Ao se dirigir este órgão verifica-se que ele possui duas opções: adentrar ao judiciário individualmente, sem qualquer assistência jurídica, ou o acompanhamento de sua ação através de um profissional habilitado e com saberes jurídicos sobre sua pretensão: um advogado. Com receio da primeira opção e com a consciência de que um advogado particular lhe dispenderia valores impossíveis de serem arcados por uma pessoa pobre, este tenta recorrer à Defensoria Pública deparando-se, ao “bater em suas portas”, que esta não possui um órgão, um setor ou sequer um Defensor Público legalmente e organizacionalmente habilitado para defesa de seus interesses, colimando, em seu interior mais profundo, a sensação de injustiça, o pensamento de “como irei concorrer em igualdade com advogados especializados do lado da empresa sozinho?” e, muitas vezes, este recorre a profissionais com reputação duvidosa ou, até, desistem da propositura de suas pretensões com o sentimento amargo de injustiça e de impotência em face de grandes escritórios de advocacia especializados.

Verifica-se, assim, a necessidade da criação de um órgão especializado para tanto, a ampliação da atuação da Defensoria Pública da União ou dos Estados para defesa dos interesses de seus assistidos para que, assim, existe a ampla e total aplicação dos princípios constitucionais do acesso à justiça e da igualdade entre todos.

Cabe a Defensoria Pública a proteção efetiva dos direitos daquelas pessoas consideradas hipossuficientes estando, plenamente, enquadrada na condição preceituada por Cotterrell<sup>21</sup>:

Uma acción legal efectiva debe establecerse una protección efectiva de los derechos de quienes pueden ser perjudicados como consecuencia de la evasión o violación del precepto, quienes deben ser incentivados a usarlo en su defensa.

<sup>21</sup> COTTERRELL, Roger. **Introducción a la Sociología del Derecho**. Ariel Derecho.

## 2.2. As Defensorias Públicas da União e a limitação de sua atuação no âmbito laboral

Antes de adentrar ao conceito de Defensoria Pública da União, é de primordial importância mencionar como nasceu o direito à advocacia gratuita.

De acordo com AGRA<sup>22</sup>:

O direito à advocacia gratuita, como forma de preservar a prestação jurisdicional nasce como uma prerrogativa das Constituições sociais do pós- guerra. As associações dos advogados de vários países europeus começaram a instituir assistência jurisdicional gratuita para os mais carentes a título de *munus honorificum*. Como o sistema dependia da benevolência dos advogados, ele não propiciou os resultados esperados. A Inglaterra evoluiu na prestação jurisdicional, oferecendo aos cidadãos uma lista de advogados pagos pelo Estado. O aperfeiçoamento do modelo ocorreu nos Estados Unidos, onde o Estado contratou advogados que montaram escritórios nos bairros mais pobres e começaram a exercer a sua atividade gratuitamente.

Assim, o artigo 134<sup>23</sup>, parágrafo único da Constituição Federal informa que:

Compete à lei complementar a estruturação da carreira de defensor público, nos Estados-membros e no Distrito Federal, sendo o ingresso nela realizado mediante concurso público, assegurado aos seus integrantes a inamovibilidade funcional. Pela liberdade que os entes acima mencionados têm para estruturar a Defensoria Pública, conclui-se que poderão regulamentá-la de forma autônoma, com prerrogativas financeiras e administrativas próprias.

Ainda em relação a como nasceu à advocacia gratuita AGRA<sup>24</sup> observa quem era responsável pela defesa dos hipossuficientes antes da Constituição Federal de 1988. Vejamos:

Antes da Constituição de 1988, a função de defesa judicial dos hipossuficientes ficava a cargo do Ministério Público, que, pelo acúmulo de funções, não podia exercê-la a contento. Com a designação, em âmbito constitucional, de uma instituição específica para o atendimento dos necessitados, o princípio constitucional da universalidade da jurisdição restou assegurado.

<sup>22</sup> AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

<sup>23</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em :< <http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 07 fev. 2013.

<sup>24</sup> AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.



O defensor tem a obrigação de velar pelos interesses dos seus clientes, ficando impedido de dispor sobre direito alheio. Ele tem a incumbência de esgotar todos os meios possíveis de defesa, amparado pelo recursos cabíveis.

A Lei nº 1.060/1950, que regulamentou a prestação de assistência jurídica aos necessitados, dispunha que teriam direito à assistência gratuita os cidadãos que atestassem, com apenas uma declaração de insuficiência de recursos, sua condição de miserabilidade, e esta teria valor absoluto. Agora, com a alteração do texto legal pela Lei nº 7.115/1983, exige-se que o cidadão, ao solicitar o auxílio da Defensoria Pública, comprove a sua insuficiência de recursos”.

A Defensoria Pública é visto como sendo uma instituição essencial à justiça, orientando e defendendo aquelas pessoas menos favorecidas. Assim, de acordo com o artigo 134 e § 1º<sup>25</sup> da Constituição Federal, se observa que:

**Art. 134** - A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do Art. 5º, LXXIV.

§ 1º - Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (Alterado pela EC-000.045-2004)

A Lei Complementar 80 de 12.01.1994 estrutura a carreira de Defensor Público, trazendo como deve ser a atuação nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, senão vejamos:

Art. 14. A Defensoria Pública da União atuará nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, junto às Justiças Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar, Tribunais Superiores e instâncias administrativas da União.

§ 1º A Defensoria Pública da União deverá firmar convênios com as Defensorias Públicas dos Estados e do Distrito Federal, para que estas, em seu nome, atuem junto aos órgãos de primeiro e segundo grau de jurisdição referidos no *caput*, no desempenho das

<sup>25</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em :< <http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 07 fev. 2013.

funções que lhe são cometidas por esta Lei Complementar. (Incluído pela Lei Complementar nº 98, de 1999).

Vale lembrar que naquele Estado que não tenha Defensoria Pública conforme prescrito na Lei Complementar, haverá autorização para um convênio com uma entidade pública que desempenhe a mesma atividade, até que seja criado o referido órgão, de acordo como informado no § 2º do artigo 14 da supracitada Lei <sup>26</sup>:

§ 2º Não havendo na unidade federada Defensoria Pública constituída nos moldes desta Lei Complementar, é autorizado o convênio com a entidade pública que desempenhar essa função, até que seja criado o órgão próprio. (Incluído pela Lei Complementar nº 98, de 1999).

Art. 15. Os órgãos de atuação da Defensoria Pública da União em cada Estado, no Distrito Federal e nos Territórios serão dirigidos por Defensor Público Chefe, designado pelo Defensor Público Geral, dentre os integrantes da carreira.

Parágrafo único. Ao Defensor Público Chefe, sem prejuízo de suas funções institucionais, compete, especialmente:

I – coordenar as atividades desenvolvidas pelos Defensores Públicos Federais que atuem em sua área de competência; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

II - sugerir ao Defensor Público Geral providências para o aperfeiçoamento das atividades institucionais em sua área de competência;

III - deferir ao membro da Defensoria Pública da União sob sua coordenação direitos e vantagens legalmente autorizados, por expressa delegação de competência do Defensor Público Geral;

IV - solicitar providências correlacionais ao Defensor Público Geral, em sua área de competência;

V - remeter, semestralmente, ao Corregedor Geral, relatório das atividades na sua área de competência.

Art. 15-A. A organização da Defensoria Pública da União deve primar pela descentralização, e sua atuação deve incluir atendimento interdisciplinar, bem como a tutela dos interesses individuais, difusos,

<sup>26</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em :< <http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 07 fev. 2013.

coletivos e individuais homogêneos. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

#### SEÇÃO V

Dos Núcleos da Defensoria Pública da União nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios

Art. 16. A Defensoria Pública da União nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios poderá atuar por meio de Núcleos.

Art. 17. Os Núcleos são dirigidos por Defensor Público Chefe, nos termos do art. 15 desta Lei Complementar.

É de extrema importância destacar as funções dos Defensores Públicos Federais, conforme previsão no artigo 18 da Lei Complementar 80/1994<sup>27</sup>:

#### SEÇÃO VI

Dos Defensores Públicos Federais

(Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Art. 18. Aos Defensores Públicos Federais incumbe o desempenho das funções de orientação, postulação e defesa dos direitos e interesses dos necessitados, cabendo-lhes, especialmente: (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

I - atender às partes e aos interessados;

II - postular a concessão de gratuidade de justiça para os necessitados; III - tentar a conciliação das partes, antes de promover a ação cabível;

IV - acompanhar e comparecer aos atos processuais e impulsionar os processos;

V - interpor recurso para qualquer grau de jurisdição e promover revisão criminal, quando cabível;

VI - sustentar, oralmente ou por memorial, os recursos interpostos e as razões apresentadas por intermédio da Defensoria Pública da União;

<sup>27</sup> BRASIL. Lei Complementar Nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 16 fev. 2013.

VII - defender os acusados em processo disciplinar.

VIII – participar, com direito de voz e voto, do Conselho

Penitenciário; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

IX – certificar a autenticidade de cópias de documentos necessários à instrução de processo administrativo ou judicial, à vista da apresentação dos originais; (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

X – atuar nos estabelecimentos penais sob a administração da União, visando ao atendimento jurídico permanente dos presos e sentenciados, competindo à administração do sistema penitenciário federal reservar instalações seguras e adequadas aos seus trabalhos, franquear acesso a todas as dependências do estabelecimento independentemente de prévio agendamento, fornecer apoio administrativo, prestar todas as informações solicitadas, assegurar o acesso à documentação dos presos e internos, aos quais não poderá, sob fundamento algum, negar o direito de entrevista com os membros da Defensoria Pública da União. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

#### Da Carreira

Art. 19. A Defensoria Pública da União é integrada pela Carreira de Defensor Público Federal, composta de 3 (três) categorias de cargos efetivos: (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009). (Vide Lei nº 12.763, de 2012)

I – Defensor Público Federal de 2ª Categoria (inicial); (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

II – Defensor Público Federal de 1ª Categoria (intermediária); (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

III – Defensor Público Federal de Categoria Especial (final). (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Art. 20. Os Defensores Públicos Federais de 2ª Categoria atuarão junto aos Juízos Federais, aos Juízos do Trabalho, às Juntas e aos Juízes Eleitorais, aos Juízes Militares, às Auditorias Militares, ao Tribunal Marítimo e às instâncias administrativas. (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).



### 3. ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Segundo DELGADO<sup>28</sup> existem diversos princípios gerais que apresentam relevância dentro do Direito do Trabalho. Assim segue o entendimento:

Há diversos princípios gerais (ou especiais de outros ramos jurídicos) que têm relevância no Direito do Trabalho. Aqui, entretanto, cabe adiantar-se apenas o grupo principal dos princípios gerais, composto de três planos de diretrizes.

Em um dos planos, o princípio da dignidade humana e diversas diretrizes associadas a esta basilar: o princípio da não-discriminação, o princípio da justiça social, e por fim, o princípio da equidade. Em outro plano, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (o primeiro também formulado como princípio da proibição do excesso). Em um terceiro plano, o princípio da boa-fé e seus corolários, os princípios do não-enriquecimento sem causa, da vedação ao abuso do direito e da não-alegação da própria torpeza”.

Todos esses princípios devem ser observados dentro da Justiça do Trabalho, devendo a Defensoria Pública da União, atuar perante à Justiça do Trabalho para permitir, facilitar que os clientes (pessoas) menos favorecidas tenham condições de buscar a igualdade de direito entre as partes.

É extremamente relevante mencionar o fato de que um reclamante leigo possa se valer do princípio do *jus postulandi*, achando que não haveria problema alguma. Na verdade, tal fato pode prejudicar imensamente o transcurso do processo. Um exemplo claro é em relação as lacunas existentes no direito em que a lei deixa brechas para o advogado atuar e o reclamante sendo uma pessoa leiga, não saberá utilizar a seu favor, prejudicando assim a demanda trabalhista e consequentemente, a decisão judicial. Desse modo, BOBBIO<sup>29</sup> afirma que:

A proibição da criação e da recusa do direito concilia uma e outra unicamente sob uma terceira hipótese, a saber, que a lei despojada de lacunas, despojada de contradições, clara, sem resíduos obscuros ou que, ao menos, com base numa lei com lacunas, contraditória ou não-clara possa ser obtida mediante meios puramente racionais uma sentença jurídica para cada questão jurídica. Este é o postulado ou a ficção (segundo se seja juspositivista ou antipositivista) da completude se não da lei, ao menos do ordenamento jurídico.

Para que exista uma atuação forte da Defensoria Pública da União na Justiça do Trabalho, é essencial que se tenha um conhecimento adequado da referida Lei Complementar.

<sup>28</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 8 ed. São Paulo: LTR, 2009.

<sup>29</sup> BOBBIO, Norberto, 1909. O positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

Ressalte-se, portanto, a importância de se conhecer a lei, pois quanto mais ela for conhecida, mais será obedecida, conforme é visto abaixo:

Para LAUTIMANN<sup>30</sup>, é extremamente importante o conhecimento dessa nova lei, como é visto a seguir:

Uma ley nueva es obedecida, com mayor frecuencia, por parte de los destinatários jóvenes que por parte de los viejos. Cuanto más conocida es la ley, tanto más es obedecida. Um lenguaje complicado y muy técnico de la ley impede su conocimiento. La percepción de normas de comportamiento sufre más la influencia de la costumbre que de las leyes positivas.

Vale lembrar que não haverá diferença na prestação jurisdicional de um cliente (pessoa particular e um “cliente hipossuficiente”. Os advogados, no caso daqueles que defendem os necessitados (Defensores Públicos), exercem sua profissão com excelência, assessorando e representando seu cliente na seara jurídica.

Seguindo a mesma linha de pensamento, RÚA<sup>31</sup> traz a seguinte explanação:

### III. LA EXPERINCIA JUDICIAL VISTA DESDE LA PERSPECTIVA DEL ABOGADO

La experiencia judicial debe preocupar al jurista pues como científico del Derecho, debe tener un conocimiento objetivo y detallado de la aplicación de las normas em la realidad social. Esa experiencia le interesa más aún al abogado, a quien ejerce su profesión, litigando ante los tribunales, o assessorando a sus clientes o representándolos ante los organismos del Estado. Dicha experiencia gravita directamente sobre su vida como profesional. La suerte de sus clientes depende de las características de la actuación de los jueces y los funcionarios.

É importante destacar a necessidade do reclamante constituir um Defensor Público na Justiça do Trabalho, haja vista que é válido e relevante o cliente saber como pensa o juiz daquela determinada Vara, saber quais as atitudes que o aludido juiz poderá tomar e nada melhor do que constituir no processo uma pessoa especialista que seja competente para atuar no litígio e que possa auxiliá-lo da melhor forma.

Assim RÚA<sup>32</sup> preceitua a importância da contratação de um advogado, senão vejamos:

<sup>30</sup> LAUTMANN, Rudiger. **Sociología y Jurisprudencia, La sociologia como instrumento de trabajo de los juristas.** SUR, Bs As, 1974.

<sup>31</sup> RÚA, Julio Cesar Cueto. **Uma Visión Realista del Derecho. Los Juizes y Los Abogados.** 1ª Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.

<sup>32</sup> RÚA, Julio Cesar Cueto. **Uma Visión Realista del Derecho. Los Juizes y Los Abogados.** 1ª Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.



Cuando el abogado responde a esos requerimientos y se apresta a expresar su opinión fundada sobre el significado de un certo acto, ya ejecutado, o cuya ejecución se programa, se pregunta acerca del juicio que tal acto podría merecer de parte de los jueces y de los demás órganos de la comunidade dotados de potestades jurisdiccionales. El abogado viene a ser um experto em la predicción del comportamiento probable e los órganos jurisdiccionales de la comunidade. El abogado es llamado a intervenir por clientes interessados em conocer cuál será, eventualmente, la actitud de los jueces y de otros órganos jurisdiccionales de la comunidade. El abogado es llamado a intervenir por clientes interessados em conocer cuál será, eventualmente, la actitud de los jueces y de otros órganos jurisdiccionales del Estado, respecto de su pretensión. Al cliente no le interessa el mérito científico de las diversas teorías que se puedan haber elaborado sobre aspectos del ordenamento jurídico relacionados com sus intereses, sus preocupaciones o sus pretensiones. El abogado no cumpliría satisfatoriamente su función como abogado si se limitara a informar a sus clientes acerca del contenido de las diversas teorías elaboradas sobre el tema de su respectivo interés. Al cliente le interesa saber, sencillamente, si su pretensión será reconocida o desconocida por los jueces competentes y por otros órganos del Estado.

Portanto, de acordo com o artigo 21 da Lei Complementar 80/94<sup>33</sup>, os Defensores Públicos Federais de 1ª categoria atuarão nos Tribunais Regionais Federais, nas Turmas dos Juizados Especiais Federais, nos Tribunais Regionais do Trabalho e nos Tribunais Regionais Eleitorais. Vejamos:

Art. 21. Os Defensores Públicos Federais de 1ª Categoria atuarão nos Tribunais Regionais Federais, nas Turmas dos Juizados Especiais Federais, nos Tribunais Regionais do Trabalho e nos Tribunais Regionais Eleitorais. (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Já os Os Defensores Públicos Federais de Categoria Especial atuarão no Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal Superior do Trabalho, no Tribunal Superior Eleitoral, no Superior Tribunal Militar e na Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, conforme previsto no artigo 22 da aludida Lei Complementar<sup>34</sup>:

Art. 22. Os Defensores Públicos Federais de Categoria Especial atuarão no Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal Superior do Trabalho, no Tribunal Superior Eleitoral, no Superior Tribunal

<sup>33</sup> BRASIL. Lei Complementar Nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 16 fev. 2013.

<sup>34</sup> BRASIL. Lei Complementar Nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 16 fev. 2013.

Militar e na Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Desse modo, se percebe claramente que de acordo com o artigo 5, inciso LXXIV e artigo 134 da CF, bem como da Lei Complementar 80/1994, os Defensores Públicos da União devem atuar na Justiça do Trabalho orientando, defendendo e postulando o interesse dos menos favorecidos.

#### **4. A HIPOSSUFICIÊNCIA DO TRABALHADOR**

De acordo com o artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal, todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País, todos devem ter seus direitos garantidos pela Constituição Federal prestando o Estado assistência judiciária gratuita para aquelas pessoas que comprovarem que em virtude da condição financeira, não tem condições de arcar com o pagamento dos honorários advocatícios.

Assim, com o intuito de proteger as pessoas com o menor poder aquisitivo e que não poderiam deixar de procurar seus direitos descumpridos por terceiros, a Defensoria Pública surgiu para suprir essa carência, conforme se verifica na citação de AGRA<sup>35</sup> abaixo:

A Defensoria Pública foi implantada como forma de assegurar aos necessitados, hipossuficientes, acesso à prestação jurisdicional em todos os graus. Esse órgão foi criado para assegurar o cumprimento do art. 5º, inc. LXXIV, que obriga o Estado a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 134, caput, da CEF).

Acrescente-se que as pessoas pobres têm menor proteção dentro do direito do que as pessoas de classes mais favorecidas, não havendo portanto, uma equidade entre as partes. Vejamos a seguir o que menciona LAUTIMANN<sup>36</sup> sobre o assunto:

La gente pobre goza de menor protección a través del derecho que las clases acomodadas. Esta es la consecuencia de varias circunstancias: del contenido del derecho, en la medida en que se refiere a los pobres; del tratamiento por parte de las autoridades judiciales; de la reducida capacidad de los pobres para servirse del derecho. Así, por ejemplo, un comprador de las clases sociales bajas está muchas veces dispuesto a aceptar las condiciones impuestas por el vendedor, aun cuando sea notoriamente estas últimas lo perjudican.”

<sup>35</sup> AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

<sup>36</sup> LAUTMANN, Rudiger. **Sociología y Jurisprudencia, La sociología como instrumento de trabajo de los juristas**. SUR, Bs As, 1974.



Se observa que muitas vezes os menos favorecidos se calam no meio da injustiça, aceitando a imposição da outra parte por se sentir inferiorizado.

Tendo em vista a desproporcionalidade entre as classes sociais, muitas vezes as pessoas de poder aquisitivo mais baixo se sentem inferiores do que as pessoas de outras classes, como ocorre por exemplo em uma ação judicial, no qual a parte autora vai para audiência de instrução sem a presença de advogado e a parte ré comparece com seu advogado.

Na realidade, esse fato é muito comum ocorrer na Justiça do Trabalho estando o reclamante prejudicado em sus argumentações por não existir Defensor Público nesta seara.

Não havendo mais condições de resolver administrativamente o problema e pensando em diminuir com os conflitos entre as partes, os advogados são chamados para intervir na relação conflituosa das partes, sendo mais relevante ainda nos casos onde tenha litígio entre classes econômicas diferentes.

Essa afirmativa é analisada na citação de LAUTIMANN<sup>37</sup>:

Las disputas entre partes contratantes – por ejemplo acerca de si una parte há cumplido con la obligación acordada y, em caso contrario, que debe hacer – son a menudo solucionadas sin tener en cuenta el contenido del contrato a las sanciones jurídicas. Puntos de vinta extrajurídicos, tales como, por ejemplo, la continuación de la relación comercial, son más importantes. Los abogados intervienen cuando los comerciantes han agostado sus médios. Las sanciones jurídicas, en tanto motivo, influyen también muy pocas veces.

Seguindo o mesmo entendimento, COTTERRELL<sup>38</sup> afirma que:

Eluso deliberado del Derecho para fomentar o aumentar el cambio no es fenómeno exclusivamente moderno;< las épocas de mayor cambio social y movilidad presentan casi siempre na gran utilización de las leys y las sentencias> (Nisbet 1975:173);pero em el siglo xx, las posibilidades del Derecho em tal sentido se han empleado em una forma nueva, más amplia y ambiciosa que em épocas anteriores. El establecimiento por escrito del Derecho debe ser considerado como uno de los primeiros passos em su progressiva utilización como instrumento de gobierno; pero han sido necessários otros muchos factores – acumulación del poder estatal, profesionalización jurídica, institucionalización de los procesos, desarrollo de eficientes cuerpos legislativos – para llegar a las mayores ambiciones actuales sobre la capacidad de la

<sup>37</sup> LAUTMANN, Rudiger. **Sociología y Jurisprudencia, La sociología como instrumento de trabajo de los juristas.** SUR, Bs As, 1974.

<sup>38</sup> COTTERRELL, Roger. **Introducción a la Sociología del derecho.** Ariel, 1991. Cap.2: El derecho como instrumento del cambio social.

regulación jurídica, consistentes fundamentalmente em la suposición de que, dadas una determinada voluntad y pericia, y una cuidadosa selección de las estategias más apropiadas, el Derecho puede hecer cualquier cosa y siempre para moldear las sociedades de acuerdo com los deseos del legislador.

## **5. A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA INTEGRAL E GRATUITA PELO ESTADO ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

De acordo com o pensamento de AGRA<sup>39</sup>:

A prestação judiciária gratuita no Brasil começou com as Ordenações Filipinas. Em 1870, o Institut dos Advogados do Brasil, sob a presidência de Nabuco de Araújo, corporificou idéias no sentido de defender e dar consultas gratuitas aos pobres. Com a Proclamação da República, no Governo Provisório do Marechal Deodoro da Fonseca, o Ministro da Justiça foi autorizado a formar uma comissão de patrocínio dos pobres para as ações criminais e civis. Contudo, as duas primeiras Constituições, a de 1824 e a de 1891, não previram a prestação de assistência judiciária gratuita aos pobres, vindo ela a ser assegurada na Constituição de 1934 (art. 113, nº32), voltando ao patamar constitucional na de 1946 e permanecendo até o texto atual.

A assistência judiciária integral e gratuita pelo Estado é assegurado atualmente pela Constituição Federal, de acordo com o que preceitua o artigo 5º, inciso LXXIV<sup>40</sup>, senão vejamos:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

**LXXIV** - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Diante o exposto, vê-se que todos aqueles indivíduos brasileiros ou estrangeiros que residem no País e que naquele momento não estão em condições de custear um advogado particular para lhe defender de um problema jurídico, caberá ao Estado através da Defensoria Pública da União, dependendo do caso para resolver tal conflito.

<sup>39</sup> AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

<sup>40</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em :< <http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 07 fev. 2013.

## 6. CONCLUSÃO

Atualmente para que o reclamante possa impetrar uma ação judicial trabalhista, é necessário que a parte contrate um advogado particular, ou que utilize o princípio do *jus postulandi* naqueles casos onde a causa forem de menor complexidade, ou então através do Sindicato da categoria.

Vale lembrar que nesses casos no qual o reclamante não possa contratar advogado particular e caso não houvesse a possibilidade de impetrar ação através do princípio do *jus postulandi*, esse estaria prejudicado, não havendo assim a possibilidade de ter acesso à justiça.

Ocorre que em muitos casos, o reclamante pensando em conseguir resolver seu litígio da melhor forma, contrata um advogado particular, que em muitas vezes o referido reclamante não tem condições financeiras de arcar com os honorários advocatícios, extraíndo de seu próprio sustento familiar para pagar as despesas com advogado.

É importante ressaltar que em virtude de não haver na Justiça do Trabalho a condenação em honorários advocatícios ao vencido, o advogado muitas vezes demonstra um desinteresse em assumir o processo em questão, trazendo mais um problema a parte reclamante.

Por essas e outras razões é que se faz necessário haver uma modificação em relação a participação da Defensoria Pública da União na Justiça do Trabalho, ao qual o aludido profissional juntamente com o requerente estariam em pé de igualdade com aquelas empresas (promovidas) que constituem os melhores advogados para defendê-las, garantindo assim a igualdade entre as partes e o acesso à justiça.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BOBBIO, Norberto, 1909. **O positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONAVIDES. Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que dispõe sobre a **CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 07 fev. 2013.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em :< <http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 07 fev. 2013.
- \_\_\_\_\_. **Lei Complementar Nº 80, de 12 de janeiro de 1994**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 16 fev. 2013.
- \_\_\_\_\_. **Lei Complementar Nº 132, de 7 de outubro de 2009**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 16 fev. 2013.
- COTTERRELL, Roger. **Introducción a la Sociología del derecho**. Ariel, 1991. Cap.2: El derecho como instrumento del cambio social.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTR, 2009.
- HOLANDA. Aurélio Buarque. **Novo dicionário da Língua Portuguesa**. Versão eletrônica 2.0. 1996.
- LAUTMANN, Rudiger. **Sociología y Jurisprudencia, La sociología como instrumento de trabajo de los juristas**. SUR, Bs As, 1974.
- MELO. Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª Ed, São Paulo: Malheiros, 1996.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1980.
- RÚA, Julio Cesar Cueto. **Uma Visión Realista del Derecho. Los Juizes y Los Abogados**. 1ª Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.
- SILVA. De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 18ªed, São Paulo: Forense , 2001.
- TREVES, Renato. **Kelses y la Sociología del derecho**. En “ El outro Kensen”, Comp. por Oscar Correas, UNAM, Mexico, 1989.
- Tribunal Superior do Trabalho. **Livro de Súmulas e Orientações Jusrisprudênciais**. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/en/sumulas>>. Acesso em: 07 fev. 2013.

## O ALCOLISMO NA RELAÇÃO DE EMPREGO

Henrique Paiva de Araujo<sup>1</sup>

**RESUMO:** Fenômeno que afeta a sociedade em diversos setores, o alcoolismo mostra consequências especialmente danosas nas relações laborais. A compreensão dessa enfermidade social sofreu considerável mudança ao longo dos tempos. De igual forma, o tratamento dispensado pelo direito do trabalho ao obreiro acometido pelo vício mudou profundamente nas últimas décadas. O presente estudo tem por objetivo a análise dessa mudança a partir do referencial teórico proposto pelo Sociólogo Eugen Ehrlich e sua teoria do direito vivo.

**Palavras chave:** Alcoolismo. Direito do trabalho. Sociologia Jurídica.

### INTRODUÇÃO

Fenômeno antigo, o alcoolismo afeta a sociedade em diversos setores. Os danos produzidos por essa enfermidade atingem a família, escola, empresas, governo, etc.

O tratamento da matéria sofreu modificações em todos esses segmentos. Da mera condenação, a sociedade, sobretudo frente ao desenvolvimento da democracia, se viu na obrigação de recuperar os indivíduos doentes.

No âmbito laboral não poderia ser diferente. O consumo de álcool e por uma interpretação analógica, drogas em geral, foi visto por muito tempo apenas como uma violação do trabalhador. A Legislação brasileira previu a simples punição para o trabalhador que apresentasse o vício.

No entanto, o direito positivado, por meio de uma atividade jurisprudencial, mudou sua posição sobre o assunto. A dependência alcoólica deixou de ser um problema só para o trabalhador, para ter um impacto sobre a disponibilidade deste na relação de emprego, o que será objeto de estudo.

Assim, a presente pesquisa visa ao exame do alcoolismo na relação de trabalho, tendo como foco o aspecto evolutivo. Por esta razão, nos faremos uma análise da alteração que ocorreu na subsunção do fenômeno pelo direito do trabalho com ênfase para o descompasso entre o texto dos dispositivos legais e o tratamento que a matéria tem hoje em dia.

Para realizar esta tarefa faremos uso do instrumental teórico “teoria do direito vivo”, proposta pelo sociólogo Eugen Ehrlich. Além disso, também teremos por prisma de observação os modelos propostos pela professora Diana Canal em seus livros “Una visión Pragmática del Derecho”<sup>2</sup> y “Filosofía del Derecho”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Aluno do Programa de Doutorado da Universidade de Buenos Aires (UBA), Auditor Fiscal do Distrito Federal, especialista em Direito Tributário e Processual Tributário (PUC-PR) e em Direito Material e Processual do Trabalho (Instituto Processus). Email: henriquepaivaa@hotmail.com

<sup>2</sup> CAÑAL, Diana. *Una visión pragmática del Derecho*. 1ª ed. Buenos Aires: Errepear, 2011.

<sup>3</sup> CAÑAL, Diana. *Filosofía Del Derecho*. 2011. 1ª ed. Buenos Aires: Errepear, 2011.

## 1. O CENÁRIO SOCIAL

Alcoolismo é considerado uma das grandes doenças sociais deste século, a Organização Mundial da Saúde (OMS) aponta, em um dos seus estudos sobre o tema, os seguintes danos<sup>4</sup>:

- a) O consumo nocivo de álcool provoca 2,5 milhões de mortes a cada ano;
- b) Cerca de 320.000 jovens entre 15 e 29 anos de idade morrem por ano de causas relacionadas ao consumo de álcool, o que representa 9% das mortes nessa faixa etária;
- c) o consumo de álcool está em terceiro lugar no mundo entre os fatores de risco para mortalidade. É o primeiro fator de risco no Pacífico Ocidental e nas Américas e o segundo na Europa;
- d) O consumo de álcool está associado a muitos problemas graves de natureza social e de desenvolvimento, em particular violência, negligência, abuso de menores, além de faltas ao trabalho.

Tratando-se da realidade brasileira, de acordo com a pesquisa feita por Fernandes<sup>5</sup>:

- a) 68% (sessenta e oito por cento) de acidentes de trânsito são causados por motoristas alcoolizados;
- b) 90% (noventa por cento) dos homicídios que ocorrem em torno de bairros onde são comercializadas bebidas alcoólicas;
- c) 90% (Noventa por cento) das ocorrências de violência doméstica, as pessoas envolvidas estão alcoolizadas;
- d) o álcool é o primeiro passo para drogas ilícitas: maconha, cocaína, crack, etc.
- e) 48% das internações na área psiquiátrica, são de responsabilidade do alcoolismo;
- f) o alcoolismo é responsável por perdas de 5 a 7% do PIB em razão de aposentadorias precoces, acidentes no trabalho e de trânsito, internações em hospitais, consultas de psiquiatria etc.
- g) de 12 a 15% da população brasileira, dados da OMS, são em algum grau dependentes de bebida alcoólica;
- h) 11,2% dos brasileiros que vivem nas 107 maiores cidades do país são dependentes de álcool.

Assim, de acordo com Fernandes<sup>6</sup>, com dados suportados pela pesquisa feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) combinada com pesquisa feita por Donald M. Lazo, mais de 13 milhões de pessoas sofrem com algum nível de alcoolismo no Brasil.

O problema social está longe de ser uma solução, mais do que isso, as investigações indicam que ele está em um processo de agravamento. A OMS<sup>7</sup>, fazendo uma análise do consumo per capita de álcool em 137 países, aponta que entre as décadas de 70 e 90 houve um crescimento de 74.5% no Brasil.

<sup>4</sup> Acesso em < <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs349/es/>>

<sup>5</sup> FERNANDES, Fábio de Assis Ferreira. **A Discriminação na Dispensa por Justa Causa do Empregado Portador da Doença do Alcoolismo e o Ministério Público do Trabalho**. Acesso em <http://www.anpt.org.br/download/tese2.doc> p.12

<sup>6</sup> *Idem*, p. 18.

<sup>7</sup> GALDURÓZ, José Carlos F.; CAETANO, Raul. **Epidemiologia do uso do álcool no Brasil**. Revista Brasileira de Psiquiatria. Vol. 26, supl 1. São Paulo, maio, 2004., pág. 5

No ano 2000, em pesquisa feita pelo CEBRID<sup>8</sup> (Centro Brasileiro Informações sobre Drogas Psicotrópicas), nas 24 maiores cidades do estado de São Paulo, em um total de entrevistas 2411, estima-se que 6,6% da população brasileira era de dependentes de álcool. Em 2002, uma nova pesquisa com o mesmo grupo, indicou que este número tinha subido para 9,4% de viciados.

De acordo com gaulduroz<sup>9</sup>, o consumo de bebida no país está em uma subida vertiginosa. A cerveja, por exemplo, apresenta um aumento de 3 a 5% por ano. Ainda, o país hoje está em quinto lugar no mundo na produção de cerveja, com 70 bilhões de litros por ano e em primeiro lugar na produção de aguardente de cana de açúcar, com 1 trilhão de litros por ano<sup>10</sup>.

No âmbito laboral, focado na realidade brasileira, de acordo com Campbell<sup>11</sup>, dependentes de álcool têm quatro vezes mais chances de acidentes de trabalho do que as outras pessoas. Além disso, recebem os dependentes dezesseis vezes mais atestados médicos que o restante da população.

## 2. O ALCOOLISMO COMO DISPENSA POR JUSTA CAUSA

A dispensa com justa causa é uma consequência do comportamento ilícito do empregado. É a prática de ato que rompe com a confiança necessária para o contrato de trabalho.

Tais comportamentos são previstos na lei de forma exaustiva. Assim, somente os atos descritos são possíveis acionar uma resolução por este modelo.

Entre eles, a CLT, em seu artigo, 482, alínea “ f”, afirma que a embriaguez habitual é condição para a ruptura do contrato de trabalho devido à falta do trabalhador.

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

(...)

e) embriaguez habitual ou em serviço;

Assim, uma primeira leitura do dispositivo acima, a embriaguez, e por analogia, o vício de narcóticos, seria condição suficiente para a dispensa por justa causa.

Contudo, não é suficiente a mera prática conduta prevista na lei como falta de trabalhador, um conjunto de condições deve estar presente para que esse método de dispensa seja válida.

Entre elas se destaca a proporcionalidade, a imediatidade e a proibição do *non bis in idem*. O primeiro requer que entre o comportamento infracional e a dura medida da rescisão por justa causa um juízo de simetria. Ou seja, comportamento deve apresentar gravidade suficientemente forte para gerar a rescisão. Deve-se ter claro que a dispensa sem justa causa é a pena máxima que o empregador pode aplicar.

<sup>8</sup> *Idem*, p.4.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 5.

<sup>10</sup> CARNEIRO, Henrique S. **Bebidas alcoólicas e outras drogas na época moderna**. Acesso em <www.neip.info>. Pág. 7

<sup>11</sup> Apud Pinto, Ferreira Flavia. **Embriaguez: justa causa para extinção do contrato de trabalho?** Acesso em <http://jus.com.br/revista/texto/9575>, p.65

Neste sentido, a Lei de contrato de trabalho de Portugal<sup>12</sup> nos dá uma boa definição de justa causa:

Considera-se justa causa o comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequência, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho.

Em razão da imediatidade ou princípio da atualidade, a rescisão deve ser logo depois da conduta faltosa do trabalhador. Deve estar claro o nexó de causalidade da extinção, não pode o empregador dispensar o empregado por um ato remoto.

Diante do silêncio da lei em estabelecer um limite para a dispensa, a jurisprudência<sup>13</sup> definiu um máximo de 30 dias, entre a ciência do empregador do comportamento faltoso e a dispensa. Ultrapassado esse prazo, há o chamado perdão tácito.

A proibição do *non bis in idem* ou princípio da exaustão, estabelece que o punição para o ato do empregado deve ser exclusiva. Dessa forma, presente o comportamento faltoso do empregado caso o empregador opte por uma suspensão, não poderá ele posteriormente rescindir o contrato por justa causa.

Cumprir mencionar que a verificação, para a maioria dos trabalhadores<sup>14</sup>, se o comportamento do empregado é causa suficiente para gerar uma demissão por justa somente ocorre em momento posterior à rescisão, se o assunto é levado ao poder judiciário.

Todos esses controles são importantes porque quando falamos de rescisão por justa causa tratamos do afastamento do princípio da continuidade da relação de emprego. Em termos práticos, a dispensa por justa causa exime o empregador da obrigação pelo pagamento da multa rescisória sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), aviso prévio, além de décimo terceiro e férias proporcionais.

Godinho<sup>15</sup> traduz a importância do princípio da continuidade da relação de trabalho: “a extinção contrato transcende o mero interesse individual das partes, em vista dos seus impactos comunitários mais amplos”.

O princípio da continuidade produz seus efeitos ainda no processo do trabalho. O Tribunal Superior do Trabalho, mediante a súmula 212<sup>16</sup>, determino que o encargo probatório da conduta faltosa pertence ao empregador.

### 3. A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO

Inicialmente cabe mencionar a proximidade dos conceitos alcoolismo e embriaguez habitual. A OMS apresenta a seguinte definição de alcoolismo:

<sup>12</sup> Código do Trabalho **Português (Lei nº 99, de 27.8.2003).**

<sup>13</sup> A jurisprudência aplica a todos os trabalhadores por analogia o prazo de 30 dias previsto na súmula 403 do Supremo Tribunal Federal.

Súmula 403: É de decadência o prazo de trinta dias para a instauração do inquérito judicial a contar da suspensão, por falta grave, de empregado estável.

<sup>14</sup> Para os trabalhadores que têm a garantia de emprego (sindicalistas, decenais...), deve haver um procedimento administrativo antes da dispensa.

<sup>15</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 1098

<sup>16</sup> DESPEDITAMENTO. ÔNUS DA PROVA. O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.



“La dependencia es un conjunto de fenómenos conductuales, cognitivos y fisiológicos que pueden aparecer después del consumo repetido de alcohol. Estos fenómenos típicamente incluyen deseo intenso de consumir alcohol, dificultad para controlar el consumo, persistencia del consumo a pesar de las consecuencias perjudiciales, mayor prioridad al consumo frente a otras actividades y obligaciones, aumento de la tolerancia al alcohol y abstinencia física cuando el consumo se interrumpe”.<sup>17</sup>

Diante do texto da CLT, somente a Embriaguez que seja habitual é motivo ensejador de rescisão de justa causa pela elaboração da CLT. Ou seja, não pode ser um ato isolado. Por outro lado, a embriaguez habitual é um dos traços de alcoolismo.

O objetivo deste dispositivo como ensina a doutrina tradicional de Russomano:

(...) é liberar o empregador do ébrio contumaz, sempre nocivo à empresa, quer como mau exemplo aos outros trabalhadores, quer como elemento inconveniente à produção.<sup>18</sup>

Esta também foi a posição inicial da jurisprudência<sup>19</sup>, que fazendo uma interpretação literal da CLT, permitia a simples dispensa do empregado enfermo.

Contudo, a compreensão do alcoolismo e o vício de drogas mudou consideravelmente. Cabe recordar que o alcoolismo não era doença no momento da promulgação da CLT em 1943.

Em 1967, a Organização Mundial de saúde (OMS) catalogou o alcoolismo na classificação internacional de doenças (CID) sob o título “síndrome de dependência de álcool”. O entendimento do alcoolismo como doença levou a novas decisões<sup>20</sup>, que gradualmente foram restringindo aplicação do artigo 482, CLT “f”:

Esta posição foi reforçada por uma mudança na doutrina, que passou também gradativamente a ver o alcoolismo como uma doença que requer tratamento e não punição.

Registre-se a tendência contemporânea de considerar-se o alcoolismo uma doença, que deve ensejar o correspondente tratamento medicinal, e não, simplesmente o exercício do poder discricionário do empregador.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> Cuestionario de Identificación de los Transtornos debidos al Consumo de Alcohol (AUDIT), Organización Mundial de la Salud 2001. Acesso em <www.oms.org>

<sup>18</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. “Curso de Direito do Trabalho”. 6 ed. Curitiba: Juruá, 1997, pp. 178/179.

<sup>19</sup> Justa causa alcoolismo - O alcoolismo é uma figura típica de falta de grave do empregado ensejadora da justa causa para a rescisão do contrato de trabalho. Mesmo sendo uma doença de consequência muito grave para sociedade é motivo de rescisão de contratual porque a lei assim determina. O alcoolismo é um problema de alçada do Estado que deve assumir o cidadão doente, e não do empregador que não é obrigado a tolerar o empregado alcoólatra que, pela sua condição, pode estar vulnerável a acidentes de trabalho, problemas de convívio e insatisfatório desempenho de suas funções. Revista conhecida e desprovida.” (TST, no RR 524378, 03ª t., Rel Juiz Convocado Lucas Kontoyanis, DJ 17.9.99, pág 207).

<sup>20</sup> EMBARGOS. JUSTA CAUSA. ALCOOLISMO CRÔNICO. ART. 482, E-, DA CLT. 1. Na atualidade, o alcoolismo crônico é formalmente reconhecido como doença pelo Código Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial de Saúde - OMS, que o classifica sob o título de -síndrome de dependência do álcool- (referência F- 10.2). É patologia que gera compulsão, impele o alcoólatra a consumir descontroladamente a substância psicoativa e retira-lhe a capacidade de discernimento sobre seus atos. Clama, pois, por tratamento e não por punição. (TST-E-RR - 586320/1999, SDI-I, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 21.5.2004).

<sup>21</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. 2006, p 1197.

A jurisprudência caminhou no sentido que, contra a dependência de empregado, deve o empregador tentar todas as formas possíveis para a recuperação deste. Este posicionamento<sup>22</sup> foi consolidado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Observe-se ainda a invocação do princípio da solidariedade, que estabelece que as partes devam agir buscando o bem comum, removendo, portanto, a relação obrigacional laboral da autonomia puramente privada.

Ainda, como um correlato do princípio da solidariedade, a jurisprudência apresenta o princípio da função social da propriedade e seu desdobramento, o princípio da função social da empresa. Através da conjugação destes princípios a jurisprudência repeliu a aplicação do literal do art. 482, alínea “e” da CLT<sup>23</sup>.

Dirigindo-se para o polo oposto, as sentenças começam a garantir ao obreiro acometido pelo alcoolismo uma garantia provisória no emprego, com possibilidade de dispensa apenas se houver recusa de se submeter-se a tratamento.

Deferindo a reintegração pleiteada fundamento de o alcoolismo ser uma  
doença equiparada a acidente de trabalho. RR 72700-92.2007.5.17.0013

Mesmo uma eventual resistência do trabalhador não retiraria a obrigação de o empregador empreender em sua recuperação<sup>24</sup>.

Esta posição mais do que proibir a dispensa por justa causa impede a dispensa do trabalhador por mera liberalidade do empregador em uma rescisão sem justa causa. Ou seja, uma vez afetado pela enfermidade alcoolismo, o empregado tem uma garantia de emprego, não podendo ser dispensado, salvo por justa causa, dentre as demais condutas do art. 482 da CLT.

Portanto, em um ponto diametralmente oposto ao estabelece a lei, jurisprudência já não penaliza a embriaguez habitual com uma penalidade de demissão sem justa causa. Ao contrário, as decisões agora começaram a caracterizar-se o alcoolismo como uma das situações ensejadoras de garantia de emprego, ou ainda mesmo, a enquadrá-lo como um acidente de trabalho.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> RECURSO DE REVISTA. INQUERITO PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE. ALCOOLISMO. JUSTA CAUSA. O alcoolismo crônico, nos dias atuais é formalmente reconhecido como doença pela Organização Mundial de Saúde, que o classifica sob o título de síndrome de dependência do álcool, cuja patologia gera compulsão, impele o alcoolista a consumir descontroladamente substância psicoativa e retira-lhe a capacidade de discernimento sobre seus atos. Assim é que se faz necessário, antes de qualquer ato de punição por parte do empregador, que o empregado seja encaminhado ao INSS para tratamento, sendo imperativa, naqueles casos em que o órgão previdenciário detectar a irreversibilidade da situação, a adoção das providências necessárias à sua aposentadoria. No caso dos autos, resta incontroversa a condição do obreiro de dependente químico – (RR – 1864/2004-092-03-00 – DJ – 28/03/2008 – Relator: Ministro Lélvio Bentes Corrêa).

<sup>23</sup> DEPENDENTE QUÍMICO. DOENÇA. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. REINTEGRAÇÃO. A função social do contrato consiste em cláusula geral, ou seja, norma que apenas descreve valores, sem enunciar preceito ou sanção, permitindo que o magistrado a aplique em cada caso concreto, buscando valores nos direitos fundamentais previstos na Constituição da República. A função social do contrato está diretamente ligada ao conceito social da propriedade, haja vista que o contrato consiste no maior instrumento de circulação de riquezas.

<sup>24</sup> Logo, o fato de o reclamante não se mostrar favorável ao tratamento que lhe estava sendo oferecido pela reclamada não significa que não desejava a própria cura, mas sim consequência de uma série de sintomas comportamentais que acomete o viciado em bebidas alcólicas. TST RR 0013 p.

<sup>25</sup> Inconteste nos autos que o reclamante possui dependência química relacionada a entorpecentes, que afetam o seu sistema neurológico de tal forma que exigem internação em clínicas psiquiátricas, provada está a sua incapacidade física e psicológica para o trabalho. E como o alcoolismo, a dependência química traduz-se em doença, e assim deve ser tratada. O art. 20, da Lei 8.213/91, equipara ao acidente de trabalho a doença capaz de incapacitar o empregado para o trabalho, e o art. 118, do mesmo diploma legal, assegura a garantia ao emprego. Nesse contexto, a reclamada não poderia utilizar seu direito potestativo de rescisão do contrato de trabalho para dispensar o reclamante, dependente químico, durante tratamento médico, em razão da função social que desempenha e em observância aos princípios constitucionais. Dá-se provimento ao recurso, determinando-se a reintegração pleiteada.- (RT 01621.2005.010.17.00.8 - Redator designado Juiz José Carlos Rizk - Julgado em 14/06/2006)

#### 4. O DIREITO VIVO E O DIREITO VIGENTE

Vamos tentar agora fazer uma análise desta mudança. Como acima exposto, a CLT foi publicada em primeiro de maio de 1943. Não resta dúvida que em 1943, a compreensão do alcoolismo era diferente.

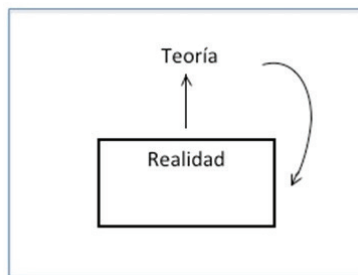
A lei, como um reflexo do posicionamento social a época, tinha um pesado julgamento de condenação com pessoas que fizeram uso abusivo do consumo de álcool. Lembre-se de que só mais tarde, em 1967, a OMS a definiu alcoolismo como doença.

Por outro lado, a própria interpretação da ciência Direito sofreu alterações.

Assim, em meados de 43, qual era a compreensão do alcoolismo feita pelo direito do trabalho, além disso, quais eram os contornos deste direito quando ele observava esse fenômeno a época?

Deparamo-nos então com dois pontos. Primeiro, que dimensões têm o direito ao olhar para esse fenômeno? Depois, qual a visão que esse direito tem do fenômeno alcoolismo?

Em quaisquer destes pontos, a realidade é o que é retratado pela teoria.



No presente caso este modelo aparece duas vezes. Vejamos o primeiro ponto: que entendimento nós temos de direito, ou seja, quais os limites do objeto direito?

O direito é um fenômeno do observador. Não é algo que possui sua própria materialidade, mas é, fundamentalmente, uma construção de seu operador

Como aponta a professora Cañal, “tantas versiones sobre un mismo objeto (o direito) solo se explican si tenemos en cuenta que el mismo no es ajeno al observador”<sup>26</sup>, paréntesis nosso.

A história nos mostra que vários foram os conceitos eleitos para o fenômeno direito. Escolas como o jusnaturalismo, positivismo, realismo tiveram visões muito diferentes dessa ciência.

O mesmo padrão está presente no olhar do assunto em foco. Uma vez escolhido os contornos deste direito, cumpre saber como este “vê” o fenômeno fático. Tratamos, portanto, de como é a subsunção deste fato. Ou seja, como se dá o ingresso do fato “alcoolismo nas relações laborais” no direito.

<sup>26</sup> CAÑAL, Diana. *Una visión pragmática del Derecho*. p.18

Ainda que o modelo Teoria → Realidade se presente fixo, os conteúdos se alternam conforme altera a visão do observador. Em algum momento mudou o entendimento do fato social. A sociedade deixou de simplesmente condenar os dependentes para pensar na recuperação dos mesmos.

Usando o esquema proposto por canal<sup>27</sup>, podemos visualizar como este processo se operou. Esse modelo nos mostra três círculos, como pratos sobrepostos que giram: realidade social, moral e direito.

O maior disco, na base é a realidade social, que aqui podemos pensar como qualquer consumo de álcool. Em um nível acima, temos a moral, a condenação ou não do uso de álcool. Finalmente, no último nível, o direito, o qual elege como conteúdo o alcoolismo que cause danos, no caso em tela, para as relações de trabalho.

Observando sob o prisma da dimensão destes discos, a moralidade na base é o maior. No nível acima, a moral tem um tamanho menor, posto escolhe como um fato que merece atenção somente uma parcela dessa realidade. Isso porque a sociedade admite sem juízos de reprovação o consumo de álcool em níveis considerados normais.

O mesmo acontece ao mais alto nível, o conteúdo do direito também é consideravelmente menor do que a moral. O consumo excessivo de álcool está interessado ao direito quando importar em dano, em uma fase mais remota para o empregador e, recentemente, o próprio trabalhador.

Mas esta não é a única análise que pode ser feita por esse modelo. Importa também analisar a velocidade que giram os pratos. E aqui encontramos também uma gradação, uma vez que os discos giram em velocidades diferentes.

A realidade muda mais rápido. A moralidade por sua vez, frente aos fatos, produz seus juízos de aprovação ou não em uma velocidade menor. A sociedade “olha” para os fatos e gradativamente aponta o que entende como positivo ou negativo.

O direito, por sua vez, preso à estrutura o positiva, tem uma velocidade de cambio ainda menor, captando os julgamentos da sociedade após estes assentados na moralidade.

Cabe ainda perguntar, o que acontece durante este processo? Isto porque as alterações não são imediatas, operam-se gradativamente. A sociedade não muda seu posicionamento sobre o consumo excessivo de álcool da noite para o dia.

Assim, houve um processo de transição, em que as avaliações não foram uniformes. Como ensina Cañal, a análise de qualquer lei está ligada à obediência a quem estabelece, a quem manda<sup>28</sup>. Ou em um sentido próximo, “a lei é um conjunto de regras destinadas a classificar os comportamentos dos indivíduos, ditados por aqueles que detêm o poder”<sup>29</sup>.

No quadro presente, não há uma solução de continuidade no poder de gerar normas, não houve substituição “naquele que manda”. A verdade é que o processo de positivação de normas não é restrito à promulgação de leis, mas fundamentalmente uma consequência de sua aplicação.

<sup>27</sup> *Idem*, p. 40.

<sup>28</sup> *Idem*, p. 22

<sup>29</sup> \_\_\_\_\_, *Filosofia Del Derecho*. 2011, p. 13

Em algum momento, atenta às mudanças na moralidade, o direito mudou seu posicionamento. Através da atividade dos juízes, mas ainda dentro da mesma estrutura de poder, uma nova norma foi emitida.

Cumprir destacar que, apesar do sistema brasileiro ser continental, há aqui uma prevalência do conceito realista do que é direito.

Isso porque a atividade jurisdicional positivou uma norma diferente daquela prevista na lei. Nova norma essa que foi cristalizada produzindo efeitos em todos os níveis jurisdicionais de forma uniforme.

Tem-se assim a chamada vinculação moral apontada por Cañal<sup>30</sup>, onde, em busca de uma uniformização, ainda que não concorde “o juiz pode deixar um exceto sua opinião, mas deve respeitar”.

Mas há um contraponto, o paradoxo do sistema. Inicialmente, a evolução do instituto em análise não foi operada pelo Tribunal superior. Ao contrário, foi uma atividade de juízes de primeiro grau que levou os tribunais a racionar novamente a compreensão dos fatos.

Esta reanálise decorre de uma percepção da mudança social, mais próxima do juiz singular que das cortes superiores. Trata-se de nada mais que a captação do nominado direito vivo por Ehrlich. O direito que domina a vida, apesar de não previsto em prescrições legais.

O que está vivo entre o povo não são estas prescrições jurídicas, mas as instituições jurídicas e as normas do direito das corporações, da propriedade, do contrato, sobre as quais repousam as instituições e das quais são extraídas as prescrições jurídicas.<sup>31</sup>

Sustenta Ehrlich<sup>32</sup>, ideia que conta com reforço do modelo pratos sobrepostos de Cañal: “está claro que o rígido imóvel direito estatal sempre fica defasado em relação a este incessante desenvolvimento do direito societal”.

No entanto, o que acontece que aqui é a perda da validade da norma pelo desuso. Ou seja, a norma prevista na CLT teve validade em sua origem, mas a **ausência de seu cumprimento operou a sua revogação**.

Com que legitimidade os juízes operam esta revogação?

A Legitimidade decorre da visão que a sociedade tem atualmente do assunto. Como ensina Cañal:

Los jueces dejan de aplicar las normas total o parcialmente solo cuando la población (en su mayoría y durante tiempo suficiente) ha dejado de respetarlas. Si los juzgadores tienen su propia visión del fenómeno, deben contemplar la de la comunidad.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> *Idem*, p. 43

<sup>31</sup> ERLICH, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Trad. de René Emani Gertz. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1986, p.348.

<sup>32</sup> *Idem*, p.306.

<sup>33</sup> CAÑAL, Diana. *Filosofia Del Derecho*. 2011, p. 41

No entanto, que limites essa atividade jurisdicional possui?

Para Ehrlich, os limites estão nos valores aceitos pela sociedade, ou melhor, pelo descobrimento do direito vivo.

Aparentemente não é o jurista, o escritor ou o professor, o juiz ou legislador que devem realizar o contrabalanceamento, pois eles devem estabelecer seu maior ou menor peso, mas mais uma vez é a própria sociedade que o realiza. (...) Também a justiça parte, assim, da sociedade e não do indivíduo; o papel daquele que decide é importante somente na medida em que tem ao menos um pequeno espaço de manobra para escolher a alternativa que melhor corresponde aos seus sentimentos pessoais. Mas ele não pode deixar de levar em conta a base social de sua decisão.<sup>34</sup>

Ehrlich sintetiza que o método é tão infinito como o ciência<sup>35</sup>.

O autor revela um método para o direito que passa a exigir o trabalho de campo do jurista, forçando-o a servir de ferramentas típicas da sociologia para a observação do dia a dia. Em um trabalho que faz uma reconciliação dos conceitos, à primeira vista, diametralmente opostos, de Ehrlich e Kelsen, Ataíde Junior descreve a metodologia proposta pelo sociólogo:

Segundo Ehrlich, é com a investigação do direito vivo que a sociologia do direito deve iniciar. Isso significa partir do concreto (hábitos, relações de dominação, e jurídicas, contratos, estatutos, declarações de ultima vontade) para se chegar ao genérico, ou seja, verificar ou não sua validade geral. Ehrlich defende que é a partir do concreto que surgem as regras de agir, pelas quais as pessoas se orientam, e destas é que partem as normas de decisão dos tribunais e as determinações legais.<sup>36</sup>

Assim, Ehrlich estabelece que a tarefa do jurista para capturar o direito vivo é feita através da Sociologia. Este processo é contínuo, não se encerra nunca. Isto porque justiça é o que a sociedade tem hoje por justiça. A história nos mostra que esses valores já mudaram muito ao longo do tempo.

Resolver as contradições entre as mudanças da vida real e o conteúdo do direito estabelecido é a tarefa maior e permanente da jurisprudência.<sup>37</sup>

A norma jurídica não esgota o fenômeno jurídico. Ela é parâmetro de aplicação. É a base para a moldura normativa que orienta, mas não

<sup>34</sup> ERLICH, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**, p. 157.

<sup>35</sup> *Idem*, p. 176.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 176.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 306



exaure a atividade judicial na concretização do direito. (...) A cognição judicial usa, mesmo sem querer, o método sociológico, porque exige a observação direta da vida.<sup>38</sup>

Finalmente, as alterações nos deixam agora uma novíssima norma, a garantia de emprego ao trabalhador que sofre de alcoolismo, uma compreensão do fenômeno inimaginável em 1943.

Nova norma esta mais atenta à natureza pedagógica do exercício do poder disciplinar do empregador. O princípio da solidariedade não somente proíbe que o empregador demita seu empregado, mas estabelece o dever de proteção ao empregado enfermo.

Assim, o novo consequente da nova norma positivada, mais atento aos valores mais fortes atualmente, como a defesa da dignidade humana, afirma a obrigação de solidariedade do empregador com os problemas de saúde do trabalhador.

E isto é o fruto de uma nova moralidade, de uma nova compreensão do problema social em tela.

---

<sup>38</sup> JUNIOR, Vicente de Paula Ataíde. **Eugen Ehrlich e Hans Kelsen**: Uma reconciliação possível?!. Acesso em <<http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/365/315>>, p. 181

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAÑAL, Diana. **Una visión pragmática del Derecho**. 1ª ed. Buenos Aires: Errepear, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Filosofía del Derecho**. 1ª ed. Buenos Aires: Errepear, 2011.
- CARNEIRO, Henrique S. **Bebidas alcoolicas e outras drogas na época moderna**. Acesso em <www.neip.info>.
- CASAGRANDE, Cássio. **Embriaguez e Alcoolismo no Trabalho**. Acesso em <http://marcosmendanha.blogspot.com.br/2011/10/embriaguez-e-alcoolismo-geram.html>
- ERLICH, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Trad. de René Ermani Gertz. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, *Idem*, p.306. 1986.
- FERNANDES, Fabio de Assis Ferreira. **A Discriminação na Dispensa por Justa Causa do Empregado Portador da Doença do Alcoolismo e o Ministério Público do Trabalho**. Revista Ltr, São Paulo, v. 69, n.6, jun/2005, p. 669-700.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: Ltr, 2006.
- JUNIOR, Vicente de Paula Ataíde. **Eugen Ehrlich e Hans Kelsen: Uma reconciliação possível?**. Acesso em <http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/365/315>
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998.
- NUNES, Flávio Filgueiras; VERARDO, Rogério Pereira. **Embriaguez: doença a ser tratada ou falta grave passível de demissão**. Acesso em <[http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art\\_20005.pdf](http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_20005.pdf)>
- PANTALEÃO, Sérgio Ferreira. **Embriaguez no trabalho – Doença ou motivo para justa causa?** Acesso em <<http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/embriaguez.htm>>
- PINTO, Flavia Ferreira Pinto. **Embriaguez: justa causa para extinção do contrato de trabalho**. Acesso em <<http://jus.com.br/revista/texto/9575/embriaguez>>
- RUSSOMA 26 \_\_\_\_\_. **Filosofia Del Derecho**. 2011, p. 13
- SOUZA, Mauro Cezar Martins de. **Embriaguez Habitual: Justa causa x preconceito**. Acesso em <<http://firstlegis.blogspot.com.br/2008/07/embriaguez-habitual-justa-causa-x.html>>.
- TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **O Direito Vivo de Eugen Erlich**. Curitiba: Univ. JUS, n. 19, jul. dez. 2009, p. 203-211.



## CRIMES INFORMÁTICOS

**Dra. Ivone Vitulia**

### 1. INTRODUÇÃO

O Direito está indissociavelmente ligado à vida gregária. Não se consegue conceber uma sociedade harmónica, ou uma polis organizada, sem admitir concomitantemente a incidência de normas, ainda que na forma de costumes ou de simples regras de convivência.

Esse produto da cultura humana, o Direito, tem sido responsável, ao longo dos séculos, pela segurança das relações interpessoais e interinstitucionais. Por isso mesmo, esse constructo tem um indiscutível carácter conservador, no sentido de que compete, com outros fatores, para a estabilização da vida em sociedade. Essa sua feição de manutenção e harmonização de realidades complexas certamente fez com que a Ciência Jurídica se tornasse, em si mesma, conservativa, a ponto de se asseverar, com alguma razão, que o Direito costuma contribuir para a estagnação social, levando, paradoxalmente, ao seu próprio ocaso como ente útil ao grupamento humano cujas relações procurasse regular.

As transformações pelas quais passou o Direito ao longo dos séculos foram úteis e relevantes, servindo ao menos para que esse produto cultural, bom ou mau, perdurasse. Mas tais transformações sempre se deram com um certo atraso. Nenhuma delas, contudo, equipara-se à verdadeira revolução jurídica que se avizinha, em consequência de uma segunda revolução industrial, característica da era da informação.

Com o desenvolvimento das novas tecnologias da comunicação, e, principalmente, com o advento da Internet, novas questões surgem, demandando respostas do operador do Direito. E, em face da velocidade das inovações da técnica que vislumbramos no mundo contemporâneo, tais respostas devem ser imediatas, sob pena de o “tradicional” hiato existente entre o Direito e a realidade social vir a se tornar um enorme fosso, intransponível para os ordenamentos jurídicos nacionais e invencível para os profissionais que não se adequarem.

Nesse contexto, os principais problemas que se nos apresentam são os relativos à necessidade de uma legislação penal para a proteção de bens jurídicos informáticos e de outros, igualmente (ou até mais) relevantes, que possam ser ofendidos por meio de computadores.

---

\* Profesora de Instituciones de derecho privado, Titular de la enseñanza de Nociones jurídicas fundamentales en la Facultad de Derecho, docente de Derecho de la empresa industrial en la Facultad de Ingeniería, miembro de la Comisión sobre los Patentes por la Universidad de Salerno, miembro de la Asociación Internacional para la protección de la propiedad intelectual (AIPPI); miembro de l’Institut für Kunst und Recht en Heidelberg, miembro del Consejo editorial de la Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pelotas, Miembro de la Secretaria de Propiedad Intelectual y Bioética de la Fundación RedBio Internacional. En el 2007 y 2008 Directora del grupo de investigación en el proyecto sobre “Perfiles de protección de las invenciones biotecnológicas”. En el 2010 Directora del grupo de investigación en el proyecto sobre “El ingeniero y la protección de las obras del ingenio”. Investigadora visitante por el Institut für Ausländisches und Internationales privat und Wirtschaftsrecht de Heidelberg (Alemania), por la Universidad de Monte Scopus en Jerusalén, por el Zefat Academic College (Israel). Profesora invitada por la Universidad do Vale do Rio dos Sinos y por la Escola de Saúde Pública de Porto Alegre (Brasil) y por la Universidad de Bucarest (Romania).

## 2. DIREITO PENAL DA INFORMÁTICA

Um novo ramo do Direito nasceu — e logo passou a ser sistematizado — quando os computadores se tornaram uma ferramenta indispensável ao cotidiano das pessoas e das empresas e do próprio Estado. A importância da informática na sociedade tecnológica é incontestável. É quase inconcebível imaginar, hoje, um mundo sem computadores. Como funcionariam os grandes aeroportos do mundo sem essas máquinas facilitando o controle do tráfego aéreo? Como seria possível levar ônibus espaciais tripulados à órbita terrestre? Como poder-se-ia projetar e fazer funcionar gigantes como a hidrelétrica de Itaipu? Como decifraríamos o código genético humano, num programa do quilate do Projeto Genoma? Como?!

As implicações dessa poderosa máquina no dia-a-dia dos indivíduos são marcantes. Situam-se no campo das relações pessoais, voltam-se na seara da Sociologia e da Filosofia, avançam na interação do indivíduo com o Estado (a chamada cidadania digital, e-gov ou governo eletrônico), refletem no Direito Civil (ameaças a direitos de personalidade) e no Direito do Consumidor (responsabilidade do provedor de acesso à Internet) e acabam por interessar ao Direito Penal.

Nesse novíssimo contexto, certamente serão necessárias redefinições de institutos, principalmente no tocante à proteção penal de bens imateriais e da informação, seja ela sensível ou não, tendo em conta que na sociedade tecnológica a informação passa a ser tida como verdadeira commodity e, em alguns casos, tal “valor” pode ser vital para uma empresa ou para uma organização pública ou privada. Sem esquecer que, no plano constitucional dos direitos fundamentais e no plano civil dos direitos de personalidade, as ameaças, por meio de computadores, a bens indispensáveis à realização da personalidade humana também devem ser evitadas e combatidas, partam elas do Estado ou de indivíduos. A isso se propõe o Direito Penal da Informática.

Com o advento da Internet, várias coisas se modificaram na vida do ser humano. A começar pelas informações, que passaram a ser veiculadas de forma tal, deixando ocorrer uma verdadeira avalanche sobre os internautas e, por conseguinte, sobre todos aqueles que interagem com eles.

Mas porque falarmos agora a respeito da Internet, um tema tão comum e explorado? Pelo simples motivo que aquilo que é regulado no mundo real (em contraposição ao virtual) igualmente merece regulamentação no ambiente cibernético, salvas, claro e logicamente, as devidas proporções.

Nesse afã de escrever e publicar idéias e pensamentos acerca da nova ambiência que envolve “por completo” o globo, muito pouco de diferente surgiu. A começar pelo “por completo” que citamos. A rede mundial de computadores, proporcionalmente ao número de habitantes do planeta, consegue atingir somente uma pequena parcela da população mundial, sendo que, em verdade, seus reais usuários não são os míseros e famélicos seres que povoam vários pontos da África, “analogamente” chamados (em virtude da atual situação de indiferença) de seres humanos, não sendo exclusividade daquele continente tê-los como habitantes, fato este que se repete aqui, em nosso País. Evidencia-se, de pronto, uma segmentação, ou melhor, mais uma marginalização.

No tocante à Internet, muito se fala acerca da necessidade da formulação de leis que versem sobre ela, tutelando bens jurídicos, então, já tutelados no mundo real. Altamente em voga é a discussão



que gira em torno das questões relativas ao Direito do Consumidor, em decorrência do grande filão consumerista exaltado e profetizado pelos maiores investidores da Net, como negócio do futuro - se bem que bastante atual - e de futuro. Hodiernamente diversos artigos são comercializados pela rede, variando de simples roupas íntimas a carros com dezenas de equipamentos de série.

Mas qual a razão de se debruçar sobre um tema que verse quanto aos Direitos de Personalidade e Internet? Porque seria, malgrado as dificuldades existentes em fixar normas, devido à constante modificação da realidade virtual que está sujeito o mundo eletrônico, incorrer em erro fulcral não se conceder, ao homem, direitos que venham a socorrê-lo em virtude de ofensas à sua pessoa.

### **3. O DIREITO E A MANUTENÇÃO DA ORDEM SOCIAL**

É de bom alvitre passarmos, primeiramente, pelo que preceitua o próprio Direito. Sabemos que desde que o homem é homem, desde os primórdios, em que se fez necessário o indivíduo agregar-se em sociedade e, a partir daí, respeitar o espaço alheio e, especialmente, o seu companheiro, manteve reservado para si, direitos, então, de caráter consuetudinário, pois antes da escrita tivemos, obviamente, inúmeras civilizações organizadas.

A manutenção da ordem social é assaz importante, assegurando a cada um o que é seu, teoricamente, mas, convidando o indivíduo a permanecer em estado de letargia, não explodindo, não expondo toda sua revolta no concernente a problemas que o estejam atingindo. É, assim, sob a tutela do Estado, que se tem conservado o bem estar social.

O eminente Miguel Reale, em sua obra *Lições Preliminares de Direito*, salienta que: “O Direito é um fato ou fenômeno social, não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela”. Continuando, preleciona o afamado professor e jurista, ainda na mesma obra: “O Direito significa o ordenamento jurídico, ou seja, o sistema de normas ou regras jurídicas que traça aos homens determinadas formas de comportamento, conferindo-lhes possibilidades de agir”.

Dessa forma, percebemos quão importante é para o cidadão, que ao buscar auxílio junto à Justiça, necessita estejam esclarecidas suas possibilidades reivindicatórias, sentindo-se seguro de que, quando ofendido um bem jurídico que possua ou seja detentor, poderá recorrer ao Estado para que este, por seu turno, lhe assegure o que for pleiteado, após devida análise da questão.

Nessa conformidade, todo o caráter evolutivo da sociedade humana não pode ser esquecido, mormente os graus transpostos, bem como as concepções criadas e reformuladas.

### **4. NOÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE**

Importante é ressaltar a concepção do direito natural objetivo e material que, a partir do século XVII, de maneira gradativa, foi sendo substituída a corrente doutrinária propugnante do jusnaturalismo

de tipo subjetivo e formal, tendo em vista o processo de secularização da vida. Diante disso, o jusnaturalismo passou a se afastar de suas raízes teológicas, trilhando pelos princípios intrinsecamente ligados na identidade da razão humana.

Mediante tal quadro, e enfocando a evolução dos tempos, arraigou-se na mente de muitos juristas, depois de diversas e incessantes elucubrações, a idéia de que existem direitos absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inextinguíveis.

Tais direitos têm por escopo proteger a dignidade humana, impondo sanções, as quais devem acontecer por meio de medidas que venham a suspender, ou evitar, atos faltosos para com o respeito à integridade física, intelectual e/ou moral. Com muita propriedade assevera o mestre Szaniawski: "é necessário vincular a noção de direitos de personalidade à noção de direitos do homem" (in *Direitos de Personalidade e sua Tutela*, RT, p. 355).

#### **4. 1. O Vocábulo Personalidade**

Por oportuno, cumpre esclarecer o que vem a ser personalidade. No Dicionário da Língua Portuguesa (J. Carvalho e Prof. Vicente Peixoto, Ed. LEP), vem ela definida como: "qualidade do que é pessoal; o conjunto dos caracteres exclusivos de uma pessoa; individualidade".

No mesmo sentido, o também Dicionário da Língua Portuguesa (Larousse Cultural, Ed. Nova Cultural), assinala: "Personalidade: (lat. 'personalis', pessoal) 1. Qualidade, caráter de pessoal. 2. Conjunto dos elementos psíquicos e comportamentais que constituem a singularidade de um sujeito".

Para a ordem jurídica, personalidade é conceito de importância ímpar, estando insculpida na legislação civil e na de índole constitucional as diversas maneiras para resguardá-la. O professor Elimar Szaniawski a resume da seguinte forma: "conjunto de características do próprio indivíduo, consistente na parte intrínseca da pessoa humana. Trata-se de um bem, no sentido jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade" (op. cit., p. 35).

#### **4.2. Direitos de Personalidade e o Ciberespaço**

Adentremos na seara da Internet. Diante de tamanha evolução dos meios de comunicação, tendo o televisor como principal deles, surge aquele que, de posse de uma máquina que, até hoje, para muitos, erroneamente, trata-se de uma máquina de escrever melhorada, evoluída, consegue atrair investimentos das mais grandes somas. Nasce a rede mundial de computadores: a Internet.

Face à sua capacidade de veicular informações, aliada à sua imensa e descomunal facilidade e velocidade de difusão das mesmas, a Internet, usada em detrimento de sua finalidade, coloca-se como verdadeiro perigo para todos.

Como garantir na rede a não inserção, e conseqüentemente, a não propagação de fotos desabonadoras da moral, ou, excluindo este ponto, uma foto de caráter familiar, mas de expressividade sentimental sem igual e, portanto, altamente pessoal? De plano, da mesma forma como acontece no meio real, existem as tutelas cautelar, inibitória e indenizatória, utilizadas para proteger a personalidade.

Assim, publicada uma foto indevidamente em um jornal (convencional, 'in casu') de circulação estadual, ao perceber, o lesado, que este se encontra tendo sua imagem maculada com a dita veiculação, certamente não será de imediato que fará cessar o aludido ato. De igual forma ocorre na Internet.

Contudo, acreditar que não existe como enfrentar as lesões de direito ocorridas no mundo virtual, colocando como ponto precípua a falta de materialidade, afirmando que é um mundo que está em todo lugar, é achar que a Internet se gere por si só, o que seria uma nítida incoerência.

O ambiente cibernético não está acima do nosso, o real, pois somente a partir deste é que aquele teve como surgir, inclusive, apenas devido a ele, ao mundo real, é que pode, o mundo virtual, se manter. Propor problemas como "A mora no Brasil, acessa a rede pelo provedor B situado nos Estados Unidos, difamando C, residente na Austrália, pelo site D, alojado na Itália" e rotulá-los como insolucionáveis seria atestar ao homem incapacidade de conceber maneiras para resolução de questões dessa ordem.

Se os Direitos de Personalidade são atributos essenciais da personalidade, e esta, como já foi visto alhures, é conjunto de peculiaridades inerentes a cada indivíduo, não minorando, vale ressaltar, a personalidade pela capacidade jurídica, visto que todos devem ser igualmente protegidos, os aludidos direitos devem valer, seja qual for o espaço compreendido - real ou virtual -, pois os efeitos de sua afetação, supondo ocorrência virtual, desembocam, indubitavelmente, no campo do real.

## **5. OFENSAS VIA INTERNET: RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR E PRINCÍPIOS JURÍDICOS**

Um ponto de suma importância a ser explicitado é o da responsabilidade civil do provedor de Internet. Somos cientes de que dados são perdidos após determinado período de permanência na rede, levando-se em conta que seria praticamente impossível armanezar milhões de kbytes de memória, devido ao trânsito constante e avassalador de informações.

Muito embora seja isso verídico, não desobriga, por exemplo, o provedor de informar àquele que, eventualmente, tenha sido alvo, nos conhecidos chats (ou salas de bate-papo), de ofensas à sua pessoa. A dificuldade está na operatividade, na forma de se fazer eficaz a repressão à conduta geradora da transgressão, da ofensa.

Esses problemas não são novidades no mundo que estamos, há muito tempo, acostumados. E o problema, sua raiz, encontra-se justamente aí: nos acostumamos! Porém, centra-se em outra vertente a discussão: a falta de entendimento por parte dos próprios operadores do direito que, sem reciclagem,

e por mais que esses que aí estão, se reciclem (estamos falando daqueles resistentes às transformações sociais), haverá dificuldade em proposições no sentido de solucionar o problema.

As agressões verbais, as injúrias, as difamações, as calúnias, dentre outras atitudes ofensivas a outrem, propagadas via Internet, têm um alcance estupendo, não se comparando a outros meios de comunicação.

Parece-me, inclusive, desmedido, o alarde que fazem ao pugnarem por urgentes normas de legislação com o intuito de coibir crimes na Internet, resguardando, por tabela, os direitos de personalidade. Qual o fundamento dessa assertiva? Vejamo-la, pois.

A nossa Carta Política de 1988, ao consignar no famoso art. 5.º, inciso V, que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (g. n.)

não especifica qual o meio ofensivo empregado para que seja pleiteada, posteriormente, a respectiva indenização. Portanto, seria incabível afirmar que a Internet não se sujeita aos comandos normativos. Não seria de se espantar caso fosse ventilada a possibilidade de um “Código Cibernético”, diante do quadro que tentam, referente ao tema, explorar.

Decerto que falta aos nossos legisladores uma maior ligação aos princípios norteadores do mundo jurídico, os quais, por diversas oportunidades, se prendem à letra da lei, esquecendo-se de conceder-lhe vida a partir de sua própria essência, a partir dos princípios.

## **6. CRIMES DE INFORMÁTICA**

Delitos computacionais, crimes de informática, crimes de computador, crimes eletrônicos, crimes telemáticos, crimes informacionais, ciberdelitos, cibercrimes... Não há um consenso quanto ao nomen juris genérico dos delitos que ofendem interesses relativos ao uso, à propriedade, à segurança ou à funcionalidade de computadores e equipamentos periféricos (hardwares), redes de computadores e programas de computador (estes denominados softwares).

Dentre essas designações, as mais comumente utilizadas têm sido as de crimes informáticos ou crimes de informática, sendo que as expressões “crimes telemáticos” ou “cibercrimes” são mais apropriadas para identificar infrações que atinjam redes de computadores ou a própria Internet ou que sejam praticados por essas vias. Estes são crimes à distância stricto sensu.

Como quer que seja, a criminalidade informática, fenômeno surgido no final do século XX, designa todas as formas de conduta ilegais realizadas mediante a utilização de um computador, conectado ou não a uma rede [11], que vão desde a manipulação de caixas bancárias à pirataria de programas de computador, passando por abusos nos sistemas de telecomunicação. Todas essas condutas revelam “uma vulnerabilidade que os criadores desses processos não haviam previsto e que careciam de uma proteção imediata, não somente através de novas estratégias de segurança no seu emprego, mas também de novas formas de controle e incriminação das condutas lesivas”.

A criminalidade informática preocupa o mundo e tem reclamado definições. Para a OECD — Organization for Economic Cooperation and Development, o crime de computador é “qualquer comportamento ilegal, aéctico ou não autorizado envolvendo processamento automático de dados e, ou transmissão de dados”, podendo implicar a manipulação de dados ou informações, a falsificação de programas, a sabotagem eletrônica, a espionagem virtual, a pirataria de programas, o acesso e/ou o uso não autorizado de computadores e redes.

Os crimes de computador, em geral, são definidos na doutrina norte-americana como special opportunity crimes, pois são cometidos por pessoas cuja ocupação profissional implica o uso cotidiano de microcomputadores, não estando excluída, evidentemente, a possibilidade de serem perpetrados por meros diletantes.

De qualquer modo, ainda que não se tenha chegado a um consenso quanto ao conceito doutrinário de delito informático, os criminosos eletrônicos, ou ciberdelinquentes, já foram batizados pela comunidade cibernética de hackers, crackers e phreakers.

Os primeiros são, em geral, simples invasores de sistemas, que atuam por espírito de emulação, desafiando seus próprios conhecimentos técnicos e a segurança de sistemas informatizados de grandes companhias e organizações governamentais. No início da cibercultura, eram tidos como heróis da revolução informática, porque teriam contribuído para o desenvolvimento da indústria do software e para o aperfeiçoamento dos computadores pessoais e da segurança dos sistemas informáticos.

Os crackers, por sua vez, são os “hackers aécticos”. Invadem sistemas para adulterar programas e dados, furtar informações e valores e prejudicar pessoas. Praticam fraudes eletrônicas e derrubam redes informatizadas, causando prejuízos a vários usuários e à coletividade.

Por fim, os phreakers são especialistas em fraudar sistemas de telecomunicação, principalmente linhas telefônicas convencionais e celulares, fazendo uso desses meios gratuitamente ou às custas de terceiros. DAVID ICOVE informa que “Many crackers are also phreakers: they seek ways to make repeated modem connections to computers they are attacking without being charged for those connections, and in a way that makes it difficult or impossible to trace their calls using conventional means” .

Há ainda os cyberpunks e os cyberterrorists, que desenvolvem vírus de computador perigosos, como os Trojan horses (cavalos de Tróia) e as Logic bombs , com a finalidade de sabotar redes de computadores e em alguns casos propiciar a chamada DoS – Denial of Service, com a queda dos sistemas de grandes provedores, por exemplo, impossibilitando o acesso de usuários e causando prejuízos econômicos.

Embora no underground cibernético, essas diferentes designações ainda façam algum sentido e tenham importância, o certo é que, hoje, para a grande maioria das pessoas, a palavra hacker serve para designar o criminoso eletrônico, o ciberdelincente. E isto mesmo na Europa e nos Estados Unidos, onde já se vem abandonando a classificação um tanto quanto maniqueísta acima assinalada. A propósito, o Computer Misuse Act — CMA, de 1990, seguindo esse caminho, procurou qualificar dois tipos de hackers:

- a) o inside hacker: indivíduo que tem acesso legítimo ao sistema, mas que o utiliza indevidamente ou exorbita do nível de acesso que lhe foi permitido, para obter informações classificadas. Em geral, são funcionários da empresa vítima ou servidores públicos na organização atingida;
- b) o outsider hacker, que vem a ser o indivíduo que obtém acesso a computador ou a rede, por via externa, com uso de um modem, sem autorização.

O primeiro hacker mundialmente famoso, objeto de reportagens nas emissoras de TV americanas, em grandes jornais e personagem de pelo menos três livros, foi KEVIN MITNICK. Sua história foi contada pelo jornalista JEFF GOODELL, que descreveu sua trajetória desde as razões criminógenas que o impulsionaram ao hacking, até a sua condenação pela Justiça criminal norte-americana, passando pelo relato das peripécias e estratégias empreendidas por TSUTOMU SHIMOMURA, para rastreá-lo na superestrada da informação e encontrá-lo.

Nessa mesma perspectiva, mas no campo da ficção, devem ser lembrados filmes como:

- I) War Games — Jogos de Guerra (1985), em que um jovem micreiro obtém acesso não autorizado ao sistema informatizado do NORAD — North American Aerospace Defense Command, de defesa antiárea dos Estados Unidos, e quase dá início à terceira guerra mundial;
- II) The Net — A Rede (1995), em que a atriz Sandra Bullock representa uma teletrabalhadora que tem sua identidade usurpada ilegalmente por uma organização criminosa, que apaga e altera os dados pessoais da personagem registrados nos computadores do governo americano, fazendo-a “desaparecer”;
- III) Eraser — Queima de Arquivo (1996), com Arnold Schwarzenegger, com argumento semelhante, em que a personagem central, agente secreto, apaga dados computadorizados pessoais de vítimas e testemunhas de crimes, para dar-lhes proteção contra criminosos;
- IV) Enemy of State — Inimigo do Estado (1998), com Will Smith, em que o ator personifica um advogado que é fiscalizado e perseguido por órgãos de segurança do governo por meio de sofisticados equipamentos eletrônicos e de computadores, por estar de posse de um disquete contendo a prova material de um crime; e
- V) The Matrix – Matriz (1999), filme em que Keanu Reeves entra no ciberespaço, conectando seu sistema nervoso central a um computador;
- VI) além da comédia romântica You’ve Got M@il — Mens@gem para Você (1999), com Tom Hanks e Meg Ryan, cujo roteiro gira em torno da troca de emails por um casal que se conhece na Internet.

O interesse da indústria cinematográfica e da mídia em geral pelo computador, seus usos, interações e conseqüências no dia-a-dia da sociedade revela quão intrincadas podem ser as repercussões



da informática sobre o Direito, inclusive na esfera criminal, porquanto são muitas as formas de ofensa a bens tutelados pelos ordenamentos jurídicos.

Os cibercriminosos em geral cometem infrações de várias espécies, como a cibergrilagem (cybersquatting), prática na qual o internauta se apropria de domínios virtuais registrados em nome de terceiros. Outra conduta corriqueira é o hijacking (“seqüestro”) ou desvio de DNS — Domain Name System, que consiste em inserir alteração no endereço de uma determinada página para conduzir o internauta a outro site, diferente daquele a que se procura acessar. Fatos dessa natureza usualmente configuram concorrência desleal, e convivem com formas de protesto, como o grafite ou “pichação” de web sites oficiais ou de personalidades. Essa modalidade de ataque informático é denominada por alguns de take over ou site owning.

O uso de sniffers e a utilização de cookies também são práticas repudiadas pelos costumes e regras de convivência da cultura ciberespacial — e que constituem a “netiqueta”. Sniffers são programas intrusos que servem para vasculhar a intimidade de internautas, ao passo que os cookies (“biscoitos”, em inglês) são também códigos programados para aderir ao disco rígido do computador que acessa um determinado site, e se prestam a colher informações pessoais do usuário. Nesse grupo também estão os programas cavalos de Tróia ou Trojan Horses, que abrem brechas de segurança em sistemas, permitindo a instalação de uma espécie de janela virtual no computador da vítima e que pode ser aberta ao alvitre do hacker para fins ilícitos.

A cultura da Internet tradicionalmente requer (ou permite) que o internauta assuma uma identidade virtual. As comunidades não são compostas por “João da Silva” ou por “Maria dos Santos”. Em geral, os cibernavegantes ocultam suas identidades sob apelidos ou nicknames, como “Luluzinha”, “O Vigia”, “Zangão666”, ou “Blackbird”, e alguns utilizam emails virtuais (webmail), providência que torna ainda mais difícil a identificação do usuário.

Por isso mesmo, um dos grandes problemas da criminalidade online é justamente o da identificação do autor do fato ilícito, muito mais do que a determinação da materialidade. Não são impossíveis situações delitivas em que uma pessoa se faça passar por outra, mediante o uso indevido de senhas pessoais em sistemas informatizados, podendo, em casos mais graves e bem raros, ocorrer o identity theft ou “furto de identidade”, que consiste em alguém assumir durante certo tempo a identidade de outro internauta na grande rede, com evidentes implicações pessoais.

No tocante às relações de consumo, poderiam ser pensados tipos para a prevenção da prática de spam [33], impedir a comercialização de mailing lists e de cadastros informatizados de consumidores, bem como para vedar a elaboração de perfis cruzados de consumo, prática que, se bem entendida, faz surgir um verdadeiro totalitarismo comercial.

Muitos outros bens jurídicos estão em jogo, quando se cuida da criminalidade pela Internet (uma das formas de criminalidade informática), como os direitos de autor, que têm sido, desde a disseminação da WWW, quase que “desinventados”, por conta da facilidade de realizar cópias de textos, livros, músicas e filmes. Aliás, como prova o caso em que a indústria fonográfica americana contende com o provedor Napster, em razão da extrema facilitação de cópias de música digital no formato MP3.

Não podem, contudo, ser olvidadas velhas práticas que, no ciberespaço, tomaram fôlego novo, a exemplo dos web sites de agenciamento de prostituição, a pedofilia virtual; o controvertido “adultério virtual” e os crimes patrimoniais em geral, denominados genericamente de fraudes eletrônicas.

É muito antiga a noção de que Direito e Sociedade são elementos inseparáveis. «Onde estiver o homem, aí deve estar o Direito», diziam os romanos. A cada dia a Ciência Jurídica se torna mais presente na vida dos indivíduos, porque sempre as relações sociais vão-se tornando mais complexas.

A Internet, a grande rede de computadores, tornou essa percepção ainda mais clara. Embora, nos primeiros anos da rede tenham surgido mitos sobre sua “imunidade” ao Direito, esse tempo passou e já se percebe a necessidade de mecanismos de auto-regulação e hetero-regulação, principalmente por causa do caráter ambivalente da Internet.

Tendo em vista as origens da Internet, é quase um contra-senso defender a idéia de que o ciberespaço co-existe com o “mundo real” como uma sociedade libertária ou anárquica. Isto porque a cibernética — que se aplica inteiramente ao estudo da interação entre homens e computadores — é a ciência do controle. A própria rede mundial de computadores, como um sub-produto da Guerra Fria, foi pensada, ainda com o nome de Arpanet (Advanced Research Projects Agency), para propiciar uma vantagem estratégica para os Estados Unidos, em caso de uma conflagração nuclear global contra a hoje extinta União Soviética.

A WWW – World Wide Web, que popularizou a Internet, propiciando interatividade e o uso de sons e imagens na rede, foi desenvolvida em 1990 no CERN — Organisation Européenne pour la Recherche Nucléaire/European Organization for Nuclear Research, pelo cientista TIM BERNERS-LEE. O CERN é uma organização internacional de pesquisas nucleares em física de partículas, situada nas proximidades de Genebra, na Suíça, e fundada em 1954. Atualmente a sua convenção-constituente tem a ratificação de vinte Estados-partes.

Além dessa origem pouco vinculada à idéia de liberdade, a grande rede não tem existência autônoma. As relações que se desenvolvem nela têm repercussões no “mundo real”. O virtual e o real são apenas figuras de linguagem (um falso dilema), não definindo, de fato, dois mundos diferentes, não dependentes. Em verdade, tudo o que se passa no ciberespaço acontece na dimensão humana e depende dela.

Por conseguinte, a vida online nada mais é do que, em alguns casos, uma reprodução da vida “real” somada a uma nova forma de interagir. Ou seja, representa diferente modo de vida ou de atuação social que está sujeito às mesmas restrições e limitações ético-jurídicas e morais aplicáveis à vida comum (não eletrônica), e que são imprescindíveis à convivência. Tudo tendo em mira que não existem direitos absolutos e que os sujeitos ou atores desse palco virtual e os objetos desejados, protegidos ou ofendidos são elementos da cultura ou do interesse humano.

Mas a Internet não é só isso. No que nos interessa, a revolução tecnológica propiciada pelos computadores e a interconexão dessas máquinas em grandes redes mundiais, extremamente capilarizadas, é algo sem precedentes na história humana, acarretado uma revolução jurídica de vastas proporções, que atinge

## **7. À GUIZA DE REMATE**

A Internet não pode ser vista como uma aberração jurídica, capaz de impossibilitar a defesa dos direitos de personalidade, resguardando-os de ataques dos mais traiçoeiros. A dificuldade de se encontrar, no mundo virtual, os autores de ações de natureza lesiva ao direito alheio é serviço que exige esforços dos maiores, mas não é impossível. Assim fosse, poderíamos afirmar que no mundo real todos os crimes seriam solucionados.

Encontrar o responsável pela exposição de artigos, fotos, e outras coisas mais que venham a agredir e ferir direito alheio é plenamente possível, tendo sido colocada em prática, v. g., em uma cidade do Estado de São Paulo, uma operação contra a propagação da pedofilia pela Internet. Vários hospedeiros de sites foram encontrados, bem como pessoas que freqüentemente acessavam tais páginas. Gradualmente, esse tipo de ilícito está sendo combatido, ilícito que possui, como um de seu viés, o caráter atentatório contra a dignidade humana.

A proteção aos direitos de personalidade na Internet existe, não há ponto controverso quanto a isso. Todavia, o debate que tentam colocar em torno da legislação deveria se direcionar quanto aos meios que disponibilizem aos agentes públicos equipamentos que os tornem combativos. Ao contrário de tão-somente leis, melhor seria dotar de material humano mais capacitado e de instrumentos que permitissem a investigação (não se esquecendo de melhores remunerações), demonstrando ser esse o nó górdio do dilema.

Enquanto se optar por meros meios burocráticos para a solução de problemas explicitamente práticos, ficaremos jogados à nossa própria sorte, aguardando, de mãos atadas, a boa vontade da Justiça. Queira Deus que até lá não saíamos da frente de nossos computadores e, fora da realidade virtual, façamos como nos primórdios: justiça com as próprias mãos. E mãos bem reais, não virtuais.



## SOCIEDADE, VÍTIMA E DELINQUENTE, QUEM É QUEM E O QUE CADA UM BUSCA

**Oswaldo Marcolino Alves Filho**

Aluno do Curso de Doutorado em Direito Penal pela  
Universidade Federal de Buenos Aires - UBA

A legislação brasileira não admite a pena de morte<sup>1</sup>, mas faz uma ressalva na qual prevê sua aplicação na hipótese de guerra declarada, conforme estabelece o inciso XIX do art. 84 da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>2</sup> e o art. 55 do Código Penal Militar.

No que se refere à pena perpétua, ou de caráter perpétuo, como preferiu chamar o legislador constituinte, não existe ressalva, a Constituição veda expressamente<sup>3</sup> e o Código Penal, para garantir o cumprimento desse preceito constitucional, estabelece que “o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos”<sup>4</sup> fixando a sistemática de unificação das penas, para que esse limite não seja ultrapassado<sup>5</sup>.

Mas será que a simples proibição da pena de morte e da aplicação de penas cruéis é suficiente para configuração de um sistema penal mais humanitário?

A história recente tem mostrado que não basta proibir a pena de morte e a aplicação de pena cruel, é preciso impedir que o cumprimento das penas tidas como não cruéis, se torne o próprio símbolo da crueldade.

Na verdade, a proibição de que trata o inciso XLVII do art. 5º da Constituição mostra-se eficiente apenas para reprimir a possibilidade de aplicação do “olho por olho”, “dente por dente” e da pena imposta com o objetivo de retribuir “o mal com o mal”<sup>6</sup>, não sendo suficientemente eficaz para garantir a integridade e a dignidade do condenado.

O cidadão que vive em sociedade e o encarcerado devem ter a mesma atenção do Estado, no que se refere à sua condição de ser humano. O simples fato de encarcerar aquele que comete homicídio não restaura, tampouco devolve a dignidade àquele que foi vítima da conduta. A dignidade da pessoa humana e o tratamento humanitário, somente são respeitados e preservados quando o Estado é atuante e cria mecanismos para garantir que não haja uma próxima vítima.

Da mesma forma, respeitar a condição de ser humano daquele que cumpre pena não é colocá-lo

<sup>1</sup> Alínea “a” do inciso XLVII do art. 5º da Constituição.

<sup>2</sup> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;

<sup>3</sup> Alínea “b” do inciso XLVII do art. 5º da Constituição.

<sup>4</sup> Código Penal Brasileiro, art. 75.

<sup>5</sup> Código Penal Brasileiro, § 1º e 2º do art. 75.

<sup>6</sup> Como apregoam as teorias absolutas da pena que se fundam na justa retribuição. Kant – Teoria da Retribuição de Ordem Ética; e Hegel – Teoria da Retribuição de Ordem Jurídica.

numa cela imunda, insalubre, em condição de puro ócio, sujeitando-o a toda sorte de doenças, vícios e escolas criminosas, mas sim, usar o período de cumprimento da pena para descobrir quais as razões que levaram aquele cidadão à prática daquela conduta e buscar oferecer-lhe opções mais dignas para o seu retorno ao convívio social.

A lei penal não é proibitiva, ela é descritiva, daí não é punição e sim preço e deve ser vista e tratada como valor previamente fixado pela sociedade a título de pagamento, retribuição devida pela prática de uma determinada conduta descrita no ordenamento jurídico.

A idéia de castigar, de punir, de retribuir o mal com o mal deve ser abandonada para dar lugar ao sentido de recuperação, de recomposição, de restauração do convívio, para que se possa obter a paz social.

No entanto, para atingirmos esse objetivo não devemos focar nosso estudo exclusivamente na perspectiva daquele que praticou a conduta, mas também do ponto de vista da sociedade e principalmente da vítima direta, que geralmente é esquecida e deixada à deriva, em face da gravidade e da repercussão do caso.

Como vimos não se pode mais defender a pena como punição e sim como preço cobrado daquele que pratica uma determinada conduta descrita pela lei penal e que a sociedade, que a editou, busca coibir.

Da mesma forma e com fundamento nisso, não é mais possível o uso da expressão “infrator”, porque infringir é fazer aquilo que é proibido<sup>7</sup> e “matar alguém”<sup>8</sup> não é proibido, é uma conduta para a qual a sociedade, por meio da lei, estabeleceu um preço para aquele que a pratica. Se o objetivo da norma é proibir ela deve assumir essa pretensão proibindo efetivamente e não apenas descrevendo uma conduta atribuindo-lhe um preço<sup>9</sup>.

Por não admitir que a forma proibitiva seja a melhor, até porque entendo que devemos abandonar essa idéia de castigo, acredito que o ordenamento jurídico, na forma como está editado, observa os princípios da humanidade da pena e da dignidade da pessoa humana, mas se voltarmos o nosso olhar para a forma de aplicação e cumprimento da pena aplicada, nenhum desses dois pilares se sustentarão.

Para a sociedade, aplicar a pena e não executá-la a contento é o mesmo que absolver. E mais. O Estado, quando executa mal a pena legítima e legalmente aplicada torna-a arbitrária, porque contrária aos princípios que regem e regulam os direitos da pessoa humana. Não adianta a adoção dos cuidados relativos aos direitos fundamentais apenas para fixação da pena, é imprescindível que esse cuidado seja redobrado no momento de sua execução. Uma pena humanitária mal executada pode transformar-se numa verdadeira barbárie.

Nesse passo, é importante lembrar as hipóteses de progressão penal que, na prática, refletem apenas a mudança de um regime mais grave para outro mais brando, isso porque, no que diz respeito

7 Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa.

8 Art. 121 do Código Penal Brasileiro.

9 Como são as leis de Deus – Não mataras; Não cobiçai a mulher do próximo; etc, Normas eminentemente proibitivas e que pressupõem um castigo.

às razões que justificam essa mudança, não há que se falar em “progressão” por parte do condenado apenas porque teve um bom comportamento, por exemplo.

A progressão deveria estar relacionada ao processo de humanização, reeducação e ressocialização, buscados durante o período de cumprimento da pena. Um assassino contumaz pode ser extremamente bem comportado no ambiente carcerário, mas certamente voltará a matar na primeira oportunidade se, durante o período de cumprimento da pena, o Estado não tratar a sua compulsão, não identificar os motivos que o levam a delinquir e não adotar as providências necessárias para inibir esse comportamento.

A impressão que se tem, é que o único direito do preso efetivamente observado é o de evadir-se, o que parece até bem sensato, porque nas atuais condições em que é submetido para cumprimento da pena, esse é um direito indispensável para quem tenta manter a sua condição de ser humano.

O entendimento de que a sentença quase sempre não é a melhor solução para o conflito, é a posição mais verdadeira e aceita no mundo jurídico hoje em dia. Por isso, condenar aquele que cometeu determinadas condutas a 100, 200, 500 anos de reclusão não traz a paz social nem elimina o sentimento de impunidade enraizado no seio da sociedade, isso porque, é sabido que ele só poderá permanecer fora do convívio social por 30 anos e que o tratamento que ele receberá do Estado, dentro do cárcere, além de desumano, não o fará melhor preparado para o seu retorno ao convívio social.

Essa sistemática de que o Estado deve tomar para si a responsabilidade pela punição daqueles cidadãos que praticam uma conduta descrita na lei penal, fica muito mais próximo do sentimento de vingança do que do de justiça, buscado pela sociedade, pela vítima e por seus familiares, daí o fato de que a sentença estatal muitas das vezes não se mostra capaz de restabelecer a paz social. É simplesmente a vingança descrita e analisada por Nietzsche<sup>10</sup>.

Não basta condenar depois de anos de uma verdadeira batalha judicial e em seguida declarar a prescrição. Não resolve condenar e depois deixar evadir-se o preso. Não adianta superlotar os presídios e deixar as vítimas do lado de fora insatisfeitas e inseguras.

O cárcere não pode mais ser visto como o local isolado por altos muros sombrios, no qual se *tira la basura*<sup>11</sup> como dizem os espanhóis e lá permanece fétida e em constante estado de putrefação. É hora de tê-lo como o local no qual se retira a sujeira que infesta o indivíduo e o meio de devolvê-lo limpo e preparado para o convívio social.

É preciso abandonar a antiga idéia de que o direito penal é punir, é aplicar pena. O direito penal tem que ser mais do que isso, tem que incluir o mecanismo de recuperação do indivíduo, não pode se eximir dessa obrigação invocando a idéia de que executar corretamente a pena por ele aplicada é atribuição do administrador.

O crescente aumento dos casos em que a sociedade se revolta com determinadas condutas e reage diretamente contra o agente tentando fazer justiça com as próprias mãos, é um sinal firme e evidente de seu descontentamento com a morosidade e a falta de pulso e de preparo do Estado em fazer cumprir a lei

10 NIETZSCHE, Friedrich. A Genealogia da Moral. São Paulo, Centauro, 2004.

11 Local onde se joga o lixo.

penal. Essa é uma reação extremamente perigosa, pois é aí que cada um desses indivíduos descarrega e espanca tudo aquilo que não quer ver em si mesmo, mas que sabe que existe e está ali, é uma forma de despojar-se do incômodo de saber que aquele criminoso representa o seu próprio lado ruim e primitivo.

Antigamente a sociedade se achava “vingada” quando a imprensa divulgava resultados de julgamentos, nos quais os réus eram condenados a penas extensas, isso porque o sistema prisional era bem menos acionado e ainda se tinha alguma condição humana na execução das penas.

Hoje, com o sistema carcerário sobrecarregado, com a visível incapacidade do estado de manter a ordem e a segurança dentro dos presídios, com as incontáveis situações de fuga e de retorno à vida criminosa, a sociedade faz chacota quando aquela mesma imprensa noticia condenações como essa que foi veiculada recentemente na mídia de um ex-deputado condenado a 103 (cento e três) anos pelo assassinato de outra parlamentar<sup>12</sup>.

Os doutrinadores, em sua maioria, estão preocupados apenas com discursos técnicos legitimadores de suas teorias a respeito da finalidade e do objetivo da pena, deixando correr à margem desses conceitos a questão social que envolve a aplicação e execução da pena. Nem a Teoria da Retribuição de Kant e Hegel<sup>13</sup>, assim como a Teoria da Prevenção Especial<sup>14</sup> de Franz Von Liszt, tampouco a Teoria da Prevenção Geral<sup>15</sup> de Anselm Von Feuerbach, sozinhas e isoladamente, poderão solucionar e sedimentar a verdadeira função da pena.

A pena é mais que uma retribuição para compensar o mal causado e está além do simples propósito de impedir a reincidência e inibir o surgimento de novos criminosos. Ela tem que ser um mecanismo capaz de cobrar o preço pré-estabelecido pela sociedade para a prática daquela conduta, deve tirar o membro doente do convívio social, tratá-lo e devolvê-lo curado e produtivo, e quando isso não for possível, por situações de incapacidade física ou mental daquele cidadão, deverá mantê-lo em segurança, protegido de si mesmo e impossibilitado de voltar a interferir de forma ruim, na vida social.

Também não parece que a laboriosa Teoria do Direito Penal Mínimo<sup>16</sup>, sozinha, tenha a solução do problema. O direito penal não pode ser macro, mas também não pode ser mínimo, ele deve retratar aquilo que a sociedade que o instituiu espera de seus próprios membros quando estabelece o preço a ser pago por aqueles que praticam certas condutas.

Talvez não seja com penas mais duras, mais longas ou com a construção dos tais castelos negros intransponíveis (presídios), cobrindo a cidade de policiais mal remunerados ou, ainda, fixando penas menores, que se vai resolver o problema da criminalidade.

Será que as razões que levam à criminalidade não estariam mais diretamente relacionadas a fatos

<sup>12</sup> Notícia veiculada pelo Jornal “O Estado de São Paulo”, no dia 20.01.2012, sob o título: “Júri condena ex-deputado há 103 anos”.

<sup>13</sup> Ver nota nº 8 – Segundo esta Teoria a pena é pura retribuição. A pena é punição. É o mal contra o mal.

<sup>14</sup> Para essa Teoria a pena tem efeito preventivo sobre o condenado. Seu objetivo é evitar que ele volte a delinquir coibindo assim a reincidência.

<sup>15</sup> Essa Teoria trata a pena como uma ameaça capaz de inibir os potenciais criminosos e como uma espécie de garantia oferecida à sociedade no sentido de que o Direito é confiável.

<sup>16</sup> Os adeptos dessa Teoria defendem a aplicação de princípios de direito como o da insignificância, da intervenção mínima, da fragmentariedade, da adequação social da conduta, da subsidiariedade, da proporcionalidade, da legalidade, da dignidade da pessoa humana, tendo sempre em mente que a conduta que não viola o ordenamento jurídico por sua própria irrelevância e insignificância, tem excluída a sua tipicidade.



e questões sociais mal administradas pelo Estado e pela própria sociedade? Será que o maior problema das drogas é o traficante ou as razões que levam as pessoas a se drogarem? Será que todas as pessoas que roubam o fazem porque são naturalmente criminosas, ou será que é porque não tiveram oportunidade de estudar, trabalhar e, portanto, prover seu próprio sustento? Se o ócio tem um efeito absolutamente danoso à mente das pessoas que estão aqui fora, em pleno convívio social, não teria um reflexo ainda mais grave naqueles que permanecem dentro dos presídios?

A ressocialização é outro fator que provoca inúmeras discussões entorno da função da pena, quando na verdade deveria ser abordada nas discussões que tratam dos fins a serem atingidos pelo próprio direito penal.

É constante a afirmação de que não é possível ressocializar o condenado privando-o do convívio social, que o cárcere é a maior escola conhecida da criminalidade. Sim, isso é fato e por isso deve ser repensado.

A pena deve ser encarada como a oportunidade que a sociedade, por intermédio do Estado, tem de educar, recuperar e garantir ao condenado que ele conheça o que é viver em sociedade, com direitos e obrigações. A pena deve restringir apenas parte do direito de ir, vir e ficar. O condenado deve manter esse direito restrito, mas também a obrigação de ir, vir e ficar quando disso depender a realização de tarefas que regulam e que fazem parte inseparável do convívio em sociedade.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal arquivou pedido de *Habeas Corpus* interposto contra decisão do Juiz da Vara de Execuções Penais do Distrito Federal que negou o pedido formulado por uma detenta que passou no vestibular e pretendia estudar, sob o fundamento de que essa autorização depende do cumprimento de 1/6 da pena, conforme estabelece a lei penal<sup>17</sup>. Essa decisão observou rigorosamente a lei, mas e a questão da ressocialização? E os aspectos relacionados com a humanização da pena? E os direitos humanos, a valorização do indivíduo, a busca da autoestima?

É preciso substituir as lideranças carcerárias, líderes de facções criminosas que atuam nos presídios, pela liderança do Estado.

Será que os presos não são dignos e merecedores dos trabalhos sociais que muitos membros da sociedade fazem junto às instituições de caridade, aos abrigos, aos albergues, aos hospitais e às clínicas psiquiátricas?

A execução e o cumprimento da pena não precisam, não podem e nem devem ocorrer num ambiente de degradação física, mental e moral, ao contrário, deve revelar-se uma oportunidade para a reflexão, a retratação, a recuperação, a retomada da vida social em condições normais e a possibilidade de resgate da dignidade e do aprendizado de como se manter em sociedade sem usurpá-la, extraindo desse convívio o que de melhor ele tenha a oferecer.

Será que voltar a delinquir é só uma questão técnica a ser tratada como reincidência ou é a prova viva da incapacidade e o despreparo do Estado e da sociedade de tratar os cidadãos que praticam condutas previstas na lei como crime e de exercer os seus papéis de educadores e ressocializadores?

<sup>17</sup>

<http://www.tjdft.myclipp.inf.br/default.asp?smenu=ultimas&dtlh=11208&iABA=Not%EDcias&exp=>

É a qualidade do cumprimento e da execução da pena que deve ser o foco da questão relacionado com o sistema prisional e não a quantidade ou o limite de execução da pena privativa de liberdade, porque somente dessa maneira é que a atuação do Estado se fará eficaz ao devolver o cidadão ao convívio social.

Claro que personalidade e caráter são aspectos do ser humano que não se pode ajustar de acordo com os padrões de comportamento social. Sempre existirão as mentes criminosas, os psicopatas, os diversos tipos de desvios psicológicos estudados e conhecidos das ciências. Irrecuperáveis? Não sei, mas para esses, o tratamento obviamente terá que ser outro e, nesses casos, a imposição de penas mais duras talvez não seja, também, a melhor solução.

O Projeto de Lei nº 310/11, que tramita no Congresso Nacional, está na contramão da nova orientação jurídico-doutrinária no sentido de que sejam eliminadas as penas privativas de liberdade exageradamente extensas e que se busque mecanismos para melhorar a eficiência do Estado em executá-las, pois o objetivo do legislador, com a aprovação desse normativo, é ampliar os limites da unificação da pena de que cuida o § 1º do art. 75 do Código Penal, de 30 (trinta) para 60 (sessenta) anos.

Na verdade, o que é indispensável agora é a união dos diversos seguimentos científicos, sociais, de gestão do sistema prisional, judiciais e jurídicos, no sentido de se fixarem num único objetivo de estudar e apresentar soluções para essa questão.

Porém, é imprescindível que todos estejam despidos de preconceitos, de interesses particulares de suas respectivas áreas e da necessidade de ganhar sempre. É preciso estar imbuído e aberto às novas alternativas e soluções, disposto a encarar a questão com uma visão voltada, única e exclusivamente, para os interesses da sociedade em ter de volta ao seu convívio, produtivo, conhecedor e seguro de seus direitos, mas também conscientizado de suas obrigações e despojado da máscara ameaçadora do criminoso contumaz e habitual, aquele que delinqüiu.

Vale ressaltar, que essa perspectiva de retorno ao convívio social é ainda muito maior hoje do que na década de 1940, quando foi editado o Código Penal, pois, naquele momento, a estimativa de vida do brasileiro médio girava em torno dos 50 anos de idade e os resultados da pesquisa divulgada pelo Instituto de Geografia e Estatística (IBGE), em 2010<sup>18</sup>, já previa uma expectativa de vida média do brasileiro, em 2009, de 73,1 anos de idade.

Mas todo esse interesse em ter o membro que delinqüiu de volta ao seu convívio, não elimina o risco de a sociedade assumir duplo papel, o de vítima e o de vilã.

Muitas das vezes a sociedade, no afã de atuar em defesa de seus interesses, fixando e cobrando de seus próprios membros o preço penalmente estabelecido pela prática de uma determinada conduta, agindo como a verdadeira vilã de si mesma, não se dá conta de que acabará vítima de sua própria intolerância, situação na qual a violência gera mais violência, a proteção gera impunidade e a falta de informação gera insegurança.

<sup>18</sup>

<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tabuadevida/2009/notastecnicas.pdf>



Mas o fato social decorrente da criminalidade tem mais um ator importante e que na grande maioria das vezes passa quase que imperceptível, a vítima direta da violência.

Será que na hipótese de um homicídio repleto de crueldade, cometido por motivo fútil, por meio dissimulado e com absoluta falta de respeito à pessoa humana, a condenação de seu agente à pena privativa de liberdade de 100 (cem) anos, satisfaz a família que foi privada, para sempre, do convívio com a vítima?

Será que a condenação à pena privativa de liberdade de 2 anos, imposta ao agente de um furto praticado em razão da relação de confiança que mantinha com a vítima, restaura o sentimento de traição e o ressentimento vividos?

Será que com o aumento das condenações e dos prazos das penas não estamos apenas, em vão, entulhando as cadeias de pessoas, onerando ainda mais o estado, criando e incentivando as chamadas escolas criminosas, tornando o sistema judicial e prisional cada vez mais desumano, ineficaz e ineficiente e deixando as vítimas diretas ainda mais indignadas com a atuação do Estado?

A decisão judicial tem o condão de por fim ao processo, mas nem sempre à demanda. A sentença condenatória e a aplicação de longas penas privativas de liberdade podem não ser a melhor solução para a controvérsia.

Muitas são as hipóteses em que a vítima fica ainda mais irritada, indignada e inconformada com a divulgação da sentença que determinou a aplicação da pena ao autor do fato, do que estava no momento em que ingressou com o processo judicial, ou o que é pior, muito mais descrente da correta intervenção estatal quando o assunto é fazer justiça.

O direito penal tem que começar a se preocupar com a vítima e dar a ela a chance de dizer o que busca e espera com o ajuizamento da ação penal, a exemplo do que acontece no cível, onde é muito comum a parte se dar por satisfeita apenas com um pedido, em público, de desculpas do seu oponente, interrompendo assim o desenrolar de um processo caro, desgastante e muitas vezes ineficaz do ponto de vista da garantia de restauração da paz social.

No direito penal as demandas não são assim tão diferentes apenas porque envolvem bens jurídicos distintos daqueles que são objeto de proteção na esfera do direito civil.

No âmbito criminal, a relação processual também se estabelece em face do descontentamento, da quebra, do descumprimento ou da violação de direitos das pessoas, como por exemplo, o roubo, o furto praticado em face da quebra de uma relação de confiança e o homicídio que viola o direito à vida. O fato de esses bens jurídicos serem objeto de interesse de toda sociedade e da conduta relativa a eles, descrita na lei, ter um preço fixado para quem a pratica, não deve ser fator preponderante para autorizar que a vontade dos representantes da sociedade se sobreponha à vontade da vítima direta da ação, ou pior, que esta seja simplesmente ignorada.

Esse modelo de prestação jurisdicional é claramente visualizado nas situações de ação pública incondicionada, na qual a vontade da vítima pouco importa, é subjugada.

As calorosas discussões que acontecem tanto no Poder Judiciário como no Poder Legislativo a respeito da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”<sup>19</sup>, no que se refere à sua natureza jurídica, se pública incondicionada ou condicionada à representação da vítima, apontam, dentre outros, o fundamento de que muitas das vezes a mulher não presta queixa com medo da represália, razão pela qual o Estado deve ter autonomia para propor a ação.

Mas porque será que a mulher não representa contra o agressor? Será que é porque ele, na grande maioria das vezes, é pessoa de sua convivência e ela sabe do que ele é capaz? Ou será que não aciona a máquina estatal porque tem certeza de que o sistema judicial e prisional não tem como garantir que o agressor pagará pelo que fez e que não poderá mais importuná-la ou ameaçá-la?

Questões de família são difíceis de serem discutidas até por quem está muito mais acostumado a lidar com elas, como é a hipótese do direito civil, imagine para o direito penal.

A Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999<sup>20</sup>, considerada uma conquista, no que se refere à assistência às vítimas de crimes, determina algumas medidas bastante importantes a respeito do assunto, mas ainda não garante a plena manutenção da integridade física e mental dessas pessoas.

Existem sim alguns avanços, como a multa reparatória do Código de Trânsito Brasileiro<sup>21</sup>, a notificação exigida pelo art. 21 da Lei Maria da Penha<sup>22</sup>, que informa à vítima a localização de seu agressor, e o aborto ético ou humanitário do art. 128 do Código Penal. Mas isso ainda está longe de equiparar-se à proteção que o Estado apresenta em relação ao acusado, ao réu e ao condenado.

O legislador brasileiro ainda parece preocupado apenas com as testemunhas e vítimas ameaçadas ou com aqueles que contribuem com as investigações.

É claro que não estamos falando aqui da vítima provocadora ou agressora, mas sim da vítima inocente, aquela que simplesmente sofreu a ação, conforme a classificação de Benjamin Mendelsohn<sup>23</sup>.

No trato dos casos com grande repercussão na mídia, o que mais se observa é a intervenção das organizações em defesa dos direitos do réu preso, as críticas pelos réus que seguem algemados, o resguardo do direito ao silêncio e da não produção de provas contra si próprio, mas e a vítima? Quem está aqui para defendê-la e ampará-la?

<sup>19</sup> Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

<sup>20</sup> Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

<sup>21</sup> Art. 297. A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no § 1º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime.

<sup>22</sup> Art. 21. A ofendida deverá ser notificada dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão, sem prejuízo da intimação do advogado constituído ou do defensor público.

<sup>23</sup> Direito e Sociedade – Castro, Andréa Lucas Sena <http://pt.scribd.com/doc/61963682/19/Classificacoes-de-Benjamin-Mendelsohn-Tipologias-Centro-de-Difusion>.

O condenado tem direito de receber o auxílio reclusão e a vítima? Esta, se quiser, terá que enfrentar um novo e longo processo judicial para tentar buscar uma indenização pelos danos sofridos, danos esses já demonstrados e comprovados com a condenação do réu, mas a família do preso recebe um salário enquanto ele estiver lá, sem ter que passar por nenhum processo judicial.

A impressão que fica, é que o Direito Penal e o sistema judicial e prisional foram concebidos apenas e tão somente para garantir a integridade do condenado preso e seus familiares e em momento algum da vítima, que além de esquecida, é penalizada por ter sido agredida, ao tempo em que paga altos impostos para manter o seu agressor na cadeia e garantir o efetivo sustento de sua família.

Mas afinal de contas, o direito penal e todo o sistema prisional não foram concebidos para proteger a sociedade e seus membros? Ou será que é o contrário?

Se o objetivo é punir, devemos fazer uma reflexão se com esse modelo de sistema judicial, penal e prisional, estamos punindo o réu, que tem direito de fuga, que conta com organismos nacionais e internacionais agindo em sua defesa, que passa a viver no ócio, sem produzir nada em favor da sociedade que o alimenta e que sustenta seus familiares enquanto ele esta cumprindo pena, que ganha uma bolsa de estudos para a escola da criminalidade existente nos presídios e que tem o direito de receber o auxílio reclusão e ver seus familiares amparados, ou se estaríamos punindo a vítima, que quando não morre e deixa pais, filhos, esposa, marido, todos à deriva, sem muitas vezes ter o que comer, fica numa cama de hospital público, exposta a toda sorte de infortúnios, de descasos, de desrespeito, de desumanidade e tudo porque foi vítima de uma conduta reprovada pela sociedade em que vive, sem ter ninguém para sequer tentar preservar a sua integridade física e que, na melhor das hipóteses, permanece viva, fora do horror do sistema público de saúde, mas com seqüelas psicológicas de difícil superação e que terão que ser tratadas às suas próprias expensas, uma vez que, o Estado e a sociedade que mantém o réu com todos os benefícios citados não custeiam seu tratamento, tampouco sua recuperação.

Mas a vítima, como já foi dito, tem uma alternativa, que é buscar a reparação financeira do dano por meio de um longo e desgastante processo judicial, que pode levar anos e que somente os seus descendentes verão a justiça ser feita.

O Direito, na condição de ciência, por meio de seus elaboradores e operadores deve ter em mente que a sociedade busca paz para seguir sua trajetória, condições de segurança adequadas e correspondentes ao crescimento do grupo e não a simples punição trazida na letra fria e, na grande maioria das vezes, pobre, insuficiente, incapaz, ineficiente e ultrapassada da lei penal.

Diante de tudo que aqui relatamos, fica evidente que esse nosso modelo penal, judicial e prisional, não é bom nem para quem pune nem para quem está sendo punido, não passa nem perto de atingir o principal objetivo que é restabelecer a paz social.

Os métodos têm que ser outros, porque as preocupações, anseios e necessidades são outras. A sociedade não quer mais esse modelo de justiça que temos hoje, nem tampouco um sistema prisional frágil e desacreditado, como o que vemos pelas televisões. Ela busca agilidade, eficiência e eficácia no processo de restabelecimento do *status quo ante* e do retorno de seu membro faltante à vida produtiva,

porque as pessoas vivem do seu trabalho, daquilo que elas produzem, do crescimento profissional e intelectual e principalmente do convívio com outros seres humanos em iguais condições de vida. O homem precisa produzir, precisa se relacionar porque ele é feito de sentimentos, de ambição, de expectativas e de emoções.



## O DIREITO AMBIENTAL NO BRASIL: Aspectos Teóricos

**Tania Maria Cardoso Silva Amâncio**

Trabalho apresentado como requisito parcial para obtenção de avaliação da disciplina de Direito Ambiental na linha de pesquisa de Direito Constitucional pela Universidade de Buenos Aires – UBA.

**PROFESSORA: Dra. Silvia Nona**

### 1. INTRODUÇÃO

Na atualidade, pondera-se que o meio ambiente tem sido alvo de preocupação mundial, sendo imprescindível a sua preservação. No Brasil, a defesa ao meio ambiente é caracterizada como um direito fundamental.

Importante salientar que a terminologia ambiente provém do original latino “*ambiens, entis*: que rodeia”, nesta concepção, se pode concluir que esta denominação caracteriza o ambiente em que vivemos (FACIN, 2002).

A sociedade tem observado a necessidade de se preservar o meio ambiente para que não existam problemas futuros, no entanto, nem todas as pessoas têm a consciência ambiental, o que acaba por gerar danos a natureza e a povos indígenas, que no Brasil têm uma história de exclusão e sofrimento.

A atividade humana é responsável pelas transformações no meio ambiente, sendo assim, é necessário que exista equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente. Posta assim a questão, se consubstancia que o avanço tecnológico, especialmente, aplicado no segmento de agronegócio tem contribuído para a sociedade, no entanto, tem causado danos ao meio ambiente, por isso se fala no desenvolvimento sustentável que é o equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente.

Evidenciou-se no presente estudo que, a Declaração de Estocolmo influenciou na elaboração do capítulo destinado ao meio ambiente no texto constitucional de 1988, consagrando a defesa do meio ambiente no Brasil. Desta forma, entende-se que em Estocolmo foi realizada uma abertura para o reconhecimento do meio ambiente como um direito fundamental entre os direitos sociais do homem, legitimando o direito da natureza.

Ainda neste estudo foi observado que a Constituição Federal reconhece que, o assunto meio ambiente é de sua extrema relevância, pois da preservação desta, parte a concepção da preservação da própria espécie humana, que depende da existência dos recursos naturais.



A preocupação do texto constitucional foi preservar o meio ambiente para gerações futuras, realizando a preservação e recuperação das áreas já degradadas, sendo esta preocupação originada, como foi anteriormente, comentado na Declaração de Estocolmo.

Ao desenvolver este estudo foi tratada a preservação ao meio ambiente enquanto caminho para a concretização de outros direitos fundamentais, tais como o direito à vida, pois um dano ambiental pode atingir diretamente a qualidade de vida e dignidade das pessoas.

O objetivo deste trabalho foi demonstrar que a qualidade do meio ambiente passa a ser um bem ou patrimônio de toda a população, que deve desenvolver atividades de forma a preservar e recuperar os recursos naturais, bem como, a participação do Poder Público no comando imperativo das normas, para garantir a salvaguarda dos recursos da natureza.

Assim, tem-se que o presente estudo, teve como tarefa descrever a respeito da preservação do meio ambiente no Brasil, apontando a defesa deste na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. Para isso foi desenvolvida uma pesquisa bibliográfica com análise qualitativa em dados secundários.

## **2. DIREITO AMBIENTAL NO BRASIL**

### **2.1. O Direito Ambiental no Brasil e seus Aspectos Atuais**

Na interpretação de Barroso (2010) a qualidade de vida que os indivíduos vêm almejando está intimamente ligada com a preservação do meio ambiente, ou seja, com a responsabilidade de cada cidadão na salvaguarda dos recursos ambientais.

Ainda na contextualização de Barroso (2010) se consubstancia que a preservação do meio ambiente no Brasil é assegurada como um Direito Fundamental, sendo, um direito pertencente a todos.

Neste sentido, tem-se a compreensão de que o art. 225 pode ser considerado o alicerce do Direito Ambiental:

*“A criação do art.225, espinha dorsal da redação ambientalista magna, por exemplo, não só viabilizou o estabelecimento normativo do binômio direito ao meio ambiente/dever de tutela ambiental, bem como co-responsabilizou o Poder Público e os particulares (na figura da coletividade) pela proteção desse bem, para as presentes e futuras gerações. Por outro lado, empunhou, explicitamente, diversos dos princípios ambientais reconhecidos doutrinariamente.*

*Não se limitando a criação de um único artigo para a tutela ambiental, o legislador constituinte regulou esparsamente a matéria, instituindo, ainda, diversos instrumentos processuais que servissem para viabilizar o exercício do dever constitucional de tutela do meio ambiente” (BRITO; BRITO, 2012, p.1).*





No entendimento de Becue (2010) o dano ambiental pode ser apresentado de forma: coletiva, sendo neste caso violado o patrimônio coletivo e individual, atingindo assim o patrimônio das pessoas. Nessas considerações, se compreende que o texto constitucional de 1988 consagrou a defesa máxima ao meio ambiente, pois este é fundamental para garantir a qualidade de vida às pessoas.

Verifica-se que, apesar da proteção do meio ambiente não estar prevista no artigo 5º da CF/88, tal direito pode ser considerada como direito fundamental (BECUE, 2010).

Analisa-se o caput do art.225 da CF/88 “Todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988, p.64).

Nesta concepção, se compreende que o meio ambiente está ligado com a qualidade de vida das pessoas, sendo por isso que a proteção deste se alicerça com o princípio da dignidade da pessoa humana (BARROSO, 2010). Entende-se que:

*“Impera no Direito Ambiental o dever de responder pela integralidade do dano, pouco importa se o agente deu causa ou agiu culposamente. Isso porque o bem ambiental pertence a toda coletividade, sendo imune a qualquer apropriação. Assim, seria descabido permitir que o agente poluidor respondesse apenas parcialmente pelos danos causados, impondo também à coletividade tal ônus. É certo que, em razão das características do dano ambiental (pulverização das vítimas, dificuldade de mensuração e reparação) a sociedade é sempre prejudicada, mas isso apenas reforça a necessidade de imputar ao agente a responsabilização integral” (BECUE, 2010, p.4).*

Nessas considerações, importante apontar os requisitos para a caracterização da responsabilidade por dano ambiental, sendo estes: o *eventus damni* e o nexo de causalidade. Posta assim a questão, se avalia que a denominação meio ambiente engloba o ambiente físico, cultural, natural e do trabalho, tendo estes a proteção constitucional do termo “meio ambiente ecologicamente equilibrado (BARROSO, 2010).

Na interpretação de Antunes (2001, p.27) se compreende que o “bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida”, se entende que a utilização do meio ambiente não deve ser restringida as ações de particulares.

Entende-se que, ao de realizar a derrubada de uma área de mata, por exemplo, ocorrerá a responsabilização por esse dano ambiental de âmbito civil, ensejando o ingresso de uma ação de indenização (MEZZOMO, 2009).

Verifica-se que, a exploração ambiental acontece no Brasil desde tempos antigos. A Constituição Federal de 1988 pleiteia a defesa ao meio ambiente e mais tarde foi editada a Lei 9605/98, que prevê os crimes ambientais (ANTUNES, 2001).

Nessas considerações, se observa que, devido à proteção constitucional, o Brasil é um país que apresenta um cunho legislativo a respeito da proteção do meio ambiente invejável.

## 2.2. Conceito: Princípios, Legislação Específica, Reforma do Código Florestal

O Direito Ambiental possui seus princípios que são responsáveis pelo embasamento de sua legislação, facilitando assim, os meios de aplicação de tal área jurídica.

Na contextualização de Antunes (2001), se consubstancia que um princípio primordial do direito ambiental é o princípio do direito humano fundamental, que assegura um meio ambiente equilibrado a todos.

Entende-se que, um princípio do direito ambiental de relevante importância é o princípio da prudência ou da cautela, conforme preceituado adiante:

*“[...] Em muitos casos, as situações que se apresentam são aquelas que estão na fronteira da investigação científica. Nem sempre a ciência pode oferecer ao Direito uma certeza quanto a determinadas medidas que devam ser tomadas para evitar esta ou aquela consequência danosa ao meio ambiente. Aquilo que hoje é visto como inócuo, amanhã poderá ser considerado extremamente perigoso e vice-versa [...].*

*“[...] Diante da incerteza científica, tem sido entendido que a prudência é o melhor caminho, evitando-se danos que, muitas vezes, não poderão ser recuperados. O princípio da prudência ganhou reconhecimento internacional ao ser incluído na Declaração do Rio (Princípio no 15) que resultou da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – Rio 92 [...]” (ANTUNES, 2001, p.28-29).*

Nesta concepção, se observa que tal princípio tem como escopo de que no caso de dúvida científica, o correto é optar pela prudência, para que não reflita consequências danosas ao meio ambiente.

O princípio democrático se fundamenta na concepção de todos os cidadãos poderem participar das políticas públicas ambientais por meio de plebiscito, referendo e iniciativa popular (MILARÉ, 2004).

Nessas considerações, se compreende que o princípio do desenvolvimento sustentável ressalta a necessidade da utilização do meio ambiente e dos recursos hídricos em consonância com a preservação de tais (ANTUNES, 2001).

Assim, sobre o desenvolvimento sustentável, tem-se que o mesmo:

*“[...] é definido pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento como “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades”, podendo também ser empregado com o significado de “melhorar a qualidade de vida humana dentro dos limites da capacidade de suporte dos ecossistemas”.*

*[...]*

*No princípio do direito ao desenvolvimento sustentável, direito e dever estão de tal forma imbricados entre si que, mais do que termos relativos, são termos recíprocos, mutuamente condicionantes. Daí a legitimidade, a força e a oportunidade deste princípio como referência basilar do Direito do Ambiente” (MILARÉ, 2004, p.149-150).*

O princípio do desenvolvimento sustentável se alicerça no entendimento, de que o homem necessita da utilização dos recursos ambientais, todavia, este deve proteger tais recursos naturais para o uso deles pelas presentes e futuras gerações.

Na concepção de Antunes (2001), o princípio do limite se fundamenta na concepção de que o Poder Público deve estabelecer limites máximos naquilo que possa ocasionar dano à saúde dos cidadãos, como, por exemplo, a limitação na liberação de poluentes.

Na interpretação de Nunes (2006), o princípio da função socioambiental da propriedade, se embasa na concepção que a propriedade necessita cumprir sua função social, ou seja, manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Entende-se que, o princípio da precaução está relacionado com o distanciamento de perigo e garantia de segurança às futuras gerações no que se refere à preservação do meio ambiente (ANTUNES, 2001).

Na interpretação de Colombo (2004) o princípio da precaução se apoia no ideia de impedimento de atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente, contribuindo para a manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Avalia-se que, o princípio da precaução prevê com antecipação o dano moral, evitando assim o acontecimento de tal, pois a permissão de atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente compromete o meio ambiente e a sociedade em um todo (MILARÉ, 2004).

Outro princípio importante é o princípio do poluidor pagador que dispõe que:



*“O reconhecimento de que o mercado não tão livremente como está teoricamente estruturado, principalmente pela ampla utilização de subsídios ambientais, a saber, por práticas econômicas que são utilizadas em detrimento da qualidade ambiental e que, em função disto, diminuem artificialmente preços de produtos e serviços, fez com que se estabeleça o chamado princípio do poluidor pagador, que foi introduzido pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, mediante a adoção, aos 26 de maio de 1972, da Recomendação C(72) 128, do Conselho Diretor que trata de princípios dos aspectos econômicos das políticas ambientais[...]*

*O elemento que diferencia o PPP da responsabilidade tradicional é que ele busca afastar o ônus do custo econômico das costas da coletividade e dirigi-lo diretamente ao utilizador dos recursos ambientais [...]” (ANTUNES, 2001, p.32-33)*

Entende-se que, a meta do princípio do poluidor pagador é afastar a responsabilidade econômica do dano ambiental e atribuir esta ao utilizador dos recursos naturais.

Em 2013, no dia 25 de maio foi editada a Lei 12.651 que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, sendo tal lei mais conhecido como a reforma do código florestal brasileiro.

Assim, em torna desta reforma girou uma grande movimentação, pois para alguns, esta impede o desenvolvimento rural. Já os que são favoráveis argumentam que esta reforma normativa possibilita a diminuição das Áreas de Preservação, que restringem a produção agropecuária e prejudicam a agricultura familiar (PAVLOVSKY, 2011).

Avalia-se que, esse movimento de proteção do meio ambiente sempre incomodou muitos setores, principalmente o da agricultura e pecuária, sendo a presente reforma do Código Florestal motivo de vários debates. Um dos pontos altos dessa reforma é a proposta da obrigação de se recuperar as áreas desmatadas de forma ilegal até de 22 de julho de 2008 é a aplicação do denominado fato consumado, sendo este rejeitado pelo direito ambiental.

Ainda segundo Pavlovsky (2011), entende-se que, tal premissa concede aos infratores uma verdadeira anistia, enfraquecendo a proteção concedida ao meio ambiente, inclusive no que se refere a interpretação jurisprudencial concernente a imprescritibilidade dos danos ambientais.

Sobre as inovações do novo Código Ambiental se aponta que:

*“Art. 1º-A. Esta Lei estabelece normas gerais sobre a proteção da vegetação, áreas de Preservação Permanente e as áreas de Reserva Legal; a exploração florestal, o suprimento de matéria-prima florestal, o controle da origem dos produtos florestais e o controle e prevenção dos incêndios florestais, e prevê instrumentos econômicos e financeiros para o alcance de seus objetivos(Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).*

*Parágrafo único. Tendo como objetivo o desenvolvimento sustentável, esta Lei atenderá aos seguintes princípios:(Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).*

*I - afirmação do compromisso soberano do Brasil com a preservação das suas florestas e demais formas de vegetação nativa, bem como da biodiversidade, do solo, dos recursos hídricos e da integridade do sistema climático, para o bem estar das gerações presentes e futuras; (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).*

*II - reafirmação da importância da função estratégica da atividade agropecuária e do papel das florestas e demais formas de vegetação nativa na sustentabilidade, no crescimento econômico, na melhoria da qualidade de vida da população brasileira e na presença do País nos mercados nacional e internacional de alimentos e bioenergia; (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).*

*III - ação governamental de proteção e uso sustentável de florestas, consagrando o compromisso do País com a compatibilização e harmonização entre o uso produtivo da terra e a preservação da água, do solo e da vegetação; (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).*

*IV - responsabilidade comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em colaboração com a sociedade civil, na criação de políticas para a preservação e restauração da vegetação nativa e de suas funções ecológicas e sociais nas áreas urbanas e rurais; (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).*

*V - fomento à pesquisa científica e tecnológica na busca da inovação para o uso sustentável do solo e da água, a recuperação e a preservação das florestas e demais formas de vegetação nativa; (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).*

*VI - criação e mobilização de incentivos econômicos para fomentar a preservação e a recuperação da vegetação nativa e para promover o desenvolvimento de atividades produtivas sustentáveis.” (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).*

Nessas considerações, se observa que o novo Código Florestal apresentou mudanças significativas e que causaram discussões no âmbito jurídico brasileiro, sendo que este texto legislativo irá completar um ano em 2013.

Em derradeiro, se consubstancia que ao proprietário ou possuidor que não tiver realizado protocolo da documentação pedida para avaliação da localização da área de Reserva Legal poderá sofrer sanção administrativa e ser restringido em direitos por qualquer órgão ambiental SISNAMA (LOUBET, 2012).

### 2.3. Questão Ambiental sob Perspectiva Constitucional

A Constituição Federal de 1988 foi um marco na história do Brasil, consagrando vários e garantias fundamentais, tais como a proteção do meio ambiente.

Nessas considerações se torna oportuno destacar os parágrafos e incisos descritos no artigo 225 da Constituição Federal, que ressalta a proteção do meio ambiente:

*“[...]§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:*

*I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (Regulamento)*

*II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (Regulamento) (Regulamento)*

*III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;(Regulamento)*

*IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;(Regulamento)*

*V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (Regulamento)*

*VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;*

*VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento)*

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas” (BRASIL, 1988, p. 64).

O meio ambiente proporciona aos seres vivos condições para que estes sobrevivam e consigam sua evolução natural, todavia é necessário que exista um equilíbrio entre a preservação do meio ambiente e o desenvolvimento econômico, sendo esta a ideia central do desenvolvimento sustentável (FIORILLO, 2007).

Na contextualização de Milaré (2004) o princípio do desenvolvimento sustentável foi criado com a tarefa de garantir a preservação dos ecossistemas e a biodiversidade em equilíbrio com o desenvolvimento econômico. Posta assim a questão, se consubstancia que o desenvolvimento sustentável se fundamenta na concepção, que o homem necessita dos recursos naturais existentes no meio ambiente, porém, tal utilização não deve ser executada de forma que venha afetar as futuras gerações, necessitando assim, que exista um equilíbrio no uso destes recursos.

Importante ressaltar o reflexo da Constituição Federal no que se refere ao direito ambiental em outros textos legislativos, conforme descrito adiante:

*“Por força desses princípios e tendo em vista o que já dispunha a CF (arts. 170, III, e 225, caput), o “novo” CC, ao tratar da propriedade*

*em geral (Livro III, Título III, Capítulo I), trouxe dispositivo genérico de grande importância para o Direito Ambiental, quando, em seu art. 1.228, § 1º, dispôs que “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.*

*O referido dispositivo apenas veio consolidar, no seio deste importante diploma legal, princípios constitucionais a respeito do meio ambiente, comprovando que o direito de propriedade não é absoluto e, por conseguinte, comporta afetações decorrentes da afirmação de princípios de caráter constitucional, mormente aqueles de relevância social”. (FERNANDES, 2008, p.1).*

Nessas ponderações, se ressalta que o Legislador Pátrio buscou garantir a utilização racional da propriedade, para que tal não prejudicasse o meio ambiente, consolidando, assim, a ideia do desenvolvimento sustentável.

Observa-se que, a Carta Magna descreveu um tratamento jurídico preciso a respeito da matéria ambiental estabelecendo, além das competências privativas, a competência comum para o combate à poluição e concorrente para legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (SANTOS, 2004).

A Lei 6.938/81 instituiu a denominada a Política Nacional do Meio Ambiente com a tarefa de garantir a preservação, melhoria e recuperação do meio ambiente, sendo que esta lei ganhou melhor interpretação com a promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual o meio ambiente foi consagrado como um direito fundamental (SANTOS, 2004).

#### **2.4. Como está Recepção na Constituição o Direito Ambiental**

A defesa do meio ambiente equilibrado foi consagrado como um direito fundamental pela Carta Magna Brasileira de 1988, sendo tal direito recepcionado desta forma pelo presente texto constitucional.

Compreende-se que:

*“O texto constitucional consolidou a proteção ambiental como um direito fundamental, cuja natureza de direito de fraternidade, solidarizar todos indistintamente no interesse de atuarem na materialização desse mandamento.*



*O direito ao ambiente equilibrado constitui pilar para um modelo de crescimento sustentável que deve ser adotado, sendo capaz de assegurar a dignidade humana das gerações presentes e futuras” (FRANÇA, 2012, p.2).*

Verifica-se que, a necessidade de desenvolvimento está ao lado da necessidade de preservação ambiental, sendo ambos orientados como direitos fundamentais no texto constitucional brasileiro (MILARÉ, 2004).

Em realidade, se entende que a preservação do meio ambiente se fundamenta está ligado a ideia de melhoria da qualidade de vida das pessoas, sendo por isso este consagrado como direito fundamental.

Entende-se que, a proteção ao meio ambiente é uma forma de proteção aos direitos humanos, pois a medida que acontece um dano ambiental, em consequência, ocorrerá a violação de direitos fundamentais. Nessa concepção, se compreende que os direitos humanos e o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado estão inter-relacionados, pois ambos objetivam preservar à melhoria da qualidade de vida (FACIN, 2002).

Salienta ainda Facin (2002, p.1) que “O direito fundamental à preservação do meio ambiente e o direito à vida, a nível mundial, foi reconhecido pela Declaração do Meio Ambiente, adotada na Conferência das Nações Unidas, em Estocolmo, em 1972.”

Foi em Estocolmo que se consolidou o reconhecimento do meio ambiente como um direito fundamental, enaltecendo, desta forma, a ideia de preservação ambiental.

Neste sentido, se torna oportuno descrever sobre os caminhos de proteção ao meio ambiente apresentados na Constituição Federal:

*“Assim, o art. 5, inciso LXXIII, afirma que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo [...] ao meio ambiente [...], ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”. Trata-se, a ação popular, de instrumento efetivo de democracia participativa, através do qual qualquer cidadão pode se insurgir contra ação ou omissão do poder público, por meio do poder judiciário. Destarte, caso qualquer cidadão entenda que ato praticado por qualquer órgão de qualquer um dos entes federados é nocivo ao ambiente, pode manejar ação popular para anular tal ato.*

*Todavia, considerando que o exercício do direito de ação popular é dificultado pela necessidade de contratação de advogado e pelo*

*desconhecimento popular sobre o poder judiciário (o que é efetivamente e como funciona), a Constituição atribuiu ao Ministério Público, instituição permanente, a responsabilidade por promover a ação civil pública, para a proteção do meio ambiente ”(MAIA NETO, 2010, p.2).*

Em razão disso, atuação da defesa do meio ambiente, em situações de omissão e de práticas ilegais dos órgãos públicos da União, Estados e Municípios será o Ministério Público responsável pela promoção da ação, sendo que quando for a ação popular ficará com reserva de poderes dos cidadãos (MAIA NETO, 2010).

Em suma, se observa que a Constituição Federal Brasileira utiliza da ação popular e da ação civil pública para promover a proteção do meio ambiente, sendo esta uma forma de combater os abusos promovidos contra este.

Assim, se entende que toda a legislação pátria concernente a preservação ao meio ambiente possibilita uma tutela de segurança para a defesa deste direito fundamental.

## **2.5. Do Índio e do Meio Ambiente**

Observa-se que, tanto a defesa dos índios como a preservação do meio ambiente são assuntos de relevante importância na legislação pátria, pois se relacionam a preservação dos direitos humanos.

O texto constitucional vigente editou a merecida proteção dos direitos das populações indígenas, historicamente, deixadas em contexto secundário. Dentre os direitos garantidos aos índios, se frisa a ocupação tradicional de terras por eles ocupadas e a opção de exploração de recursos minerais, mediante autorização do Congresso Nacional (FREITAS, 2010).

Essas limitações de ordem formal e material têm como objetivo garantir a compatibilização entre o desenvolvimento econômico e a preservação ambiental, para às presentes e futuras gerações (FREITAS, 2010).

Em rápidas pinceladas, se analisa que a população indígena, devido as suas limitações, possui pressupostos especiais no que se refere à utilização do meio ambiente, conforme já descrito em parágrafos anteriores.

O entendimento de qualquer questão que afeta aos índios e ao meio ambiente exige atenção ao direito internacional dos direitos humanos, sendo esta matéria de direito internacional público (SANTOS FILHO, 2006).

Com a meta de proteger as comunidades indígenas e preservar seus direitos, o art. 2º, incisos III, IV, V e IX, do Estatuto do Índio disciplina que compete à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, assegurar a população indígena, meios para

seu desenvolvimento, em observância as suas particularidades, e assegurar aos índios a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e subsistência (ANTUNES, 1998).

Verifica-se que:

*“O art. 24 do Estatuto do Índio dita que o usufruto das terras compreende o direito à posse, uso e percepção das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupadas, bem como ao produto da exploração econômica de tais riquezas. O parágrafo segundo do comando legal citado garante ao índio o exclusivo exercício da caça e pesca nas terras por eles ocupadas.*

*Os arts. Art. 44 e 46 do Estatuto atribuem aos índios direitos a exploração das riquezas do solo e o corte de madeira em terras indígenas. Como se vê, o Estatuto do Índio assegura aos indígenas direitos a exploração de recursos naturais, e o exercício da caça e da pesca em suas terras. O Decreto nº 1.141/1994 também não impede a exploração dos recursos naturais pelos indígenas nas terras por eles ocupadas.*

*Disciplina que as ações de proteção ambiental e apoio às atividades produtivas voltadas às comunidades indígenas constituem encargos da União, e prevê que referidas ações serão realizadas mediante programas nacionais e projetos específicos, elaborados e executados por diversos ministérios. O art. 8º do diploma em comento reza competir à FUNAI o estabelecimento de diretrizes para o cumprimento da política indigenista e a coordenação das ações de proteção ambiental e apoio às atividades produtivas “( SANTOS FILHO, 2006, p.1).*

Na concepção do Estatuto do Índio e do Decreto nº 1141/94, as atividades indígenas em suas terras não detém vedação ou expressa limitação, sendo que estes textos legais autorizam aos índios a exploração dos recursos naturais e o exercício da caça e da pesca, como maneira de manutenção física e cultural dos índios (SANTOS FILHO, 2006).

A Carta Magna da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu, no seu artigo 231, o reconhecimento aos índios sobre “os direitos originários sobre suas terras que tradicionalmente ocupam” (BRASIL, 1998).

Em suma, se observa que o índio utiliza dos recursos naturais, em observância a as suas peculiaridades, sendo necessário a se focara na legislação específica da população indígena.

Analisa-se que, devido à população indígena ser uma minoria étnica no Brasil, se é apresentado um tratamento especial para estes em relação a diversos direitos, tais como o meio ambiente (TEIXEIRA, 2006).

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Verificou-se que, a realidade da sociedade moderna aponta para a necessidade de proteger o meio ambiente, assegurando assim, a preservação dos recursos naturais.

Nessas considerações, se compreendeu que os direitos humanos e o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado estão ligados, pois ambos objetivam preservar à melhoria da qualidade de vida, sendo que se houver violação de um haverá de outro, pois invadem o campo um do outro, tanto em relação ao desequilíbrio ambiental quanto humano.

Vislumbrou-se que, a Carta Magna tratou da questão ambiental de forma expressa ou implícita, consagrando tal direito como um dos direitos fundamentais da pessoa humana, consagrando tal como um bem comum do povo.

No texto constitucional são descritos direitos de cunho fundamental, tais como à vida, à saúde e entre outros, sendo essencial que o meio ambiente seja preservado para que estes direitos consigam ser efetivados.

Os direitos fundamentais, nos dias atuais, são outorgados de maneira indistinta a todos os indivíduos, sendo estes direitos cruciais para todos os indivíduos.

O direito fundamental à preservação do meio ambiente e o direito à vida, a nível mundial, foi disciplinado pela Declaração do Meio Ambiente, consagrada na Conferência das Nações Unidas, em Estocolmo, em 1972.

Analisou-se que, a proclamação do valor da dignidade da pessoa humana faz com que sejam atribuídos determinados direitos aos indivíduos, denominados direitos fundamentais, sendo que, para que estes sejam efetivados é primordial a preservação do meio ambiente.

A Constituição estabeleceu rol de bens cuja titularidade, conforme entendimento do legislador constituinte, são de utilização do povo, entre os quais estão os bens aqueles necessários à preservação e à promoção do direito ao ambiente natural equilibrado.

Analisou-se que, a defesa do meio ambiente é um dos assuntos mais importantes do século XXI, sendo, assim, essencial que a legislação referente a tal assunto seja cumprida, preservando, desta forma, um meio ambiente ecologicamente equilibrado que garante qualidade de vida às pessoas.

A ideia de preservação do meio ambiente é essencial, pois, por vezes, é impossível realizar a obra de reparação em determinados casos, sendo assim, a ideia de preservação defendida por muitos ambientalistas.

No presente artigo foi esplanada a ideia da utilização do desenvolvimento sustentável, ou seja, o equilíbrio do desenvolvimento econômico e da preservação do meio ambiente, proporcionando, o bem-estar social.



Observou-se que, no texto constitucional foram disciplinadas uma série de competências direcionadas à preservação do meio ambiente natural, incumbindo tal tarefa ao Poder Público e a sociedade.

Em razão disso, se analisou a Constituição Federal outorga a hipótese do ingresso da ação popular e da ação civil pública para combater atos lesivos ao meio ambiente, sendo importantes instrumentos de combate contra a degradação do meio ambiente

Cumprasse assinalar que, a lei nº 6.938 de 1981 instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente ganhou maior efetivação com a promulgação da Constituição Federal de 1988, pois em tal texto legal a defesa ao meio ambiente ganhou caráter de direito fundamental.

Pelo exposto, se verificou no presente artigo, a necessidade de preservação do meio ambiente, pois tal está ligada intimamente a sobrevivência da espécie humana e da utilização dos demais direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Ação civil pública, meio ambiente e terras indígenas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

BARROSO, Geny Helena Fernandes. A responsabilidade civil por dano ao meio ambiente e a aplicação da teoria do risco integral. In: **Jus Navigandi**. Teresina, ano 15, n. 2566, 11 jul. 2010.

BECUE, Sabrina Maria Fadel. O dano ambiental e o regime jurídico das responsabilidades civil e administrativa. In: **Jus Navigandi**. Teresina, ano 15, n. 2503, 9 maio 2010.

BRASIL. **Constituição federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 20 fev.2013.

BRASIL. **Lei 12.651/12**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm)>. Acesso em: 20 fev.2013.

BRITO, Álvaro de Azevedo Alves; BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A tendência ambientalista da Constituição Federal de 1988. In: **Jus Navigandi**. Teresina, ano 17, n. 3143, 8 fev. 2012.

COLOMBO, Silvana Brendler. O princípio da precaução no Direito Ambiental. In: **Jus Navigandi**. Teresina, ano 9, n. 488, 7 nov. 2004.

FACIN, Andréia Minussi. Meio ambiente e direitos humanos. In: **Jus Navigandi**. Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002.

FERNANDES, Luis Henrique. **Meio ambiente: o código civil e a proteção ambiental**. (2008). Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20080523103451227&mode=print](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080523103451227&mode=print)>. Acesso em: 21 fev. 2013.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANÇA, Stephanie K. Guilhon. Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. In: **Jus Navigandi**. Teresina, ano 17 n. 3209, 14 abr. 2012.

FREITAS, Adrian Soares Amorim de. A exploração de recursos minerais e os índios. In: **Jus Navigandi**. Teresina, ano 15, n. 2684, 6 nov. 2010.

LOUBET, Luciano Furtado. Breves anotações pontuais sobre a Lei nº 12.651/2012 (Novo Código Florestal). In: **Jus Navigandi**. Teresina, ano 17, n. 3406, 28 out. 2012.

MAIA NETO, Geraldo de Azevedo. O meio ambiente na Constituição Federal de 1988. In: **Jus Navigandi**. Teresina, ano 15, n. 2525, 31 maio 2010.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. **Responsabilidade ambiental**. Disponível em: <[http://www.ufsm.br/direito/artigos/ambiental/responsabilidade\\_ambiental.htm](http://www.ufsm.br/direito/artigos/ambiental/responsabilidade_ambiental.htm)> Acesso em: 20 Fev.2013.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, Rogério. **Princípios do direito ambiental**. (2006). Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1147>>. Acesso em: 20 de fev.2013..

PAVLOVSKY, Fernando Awensztern. A reforma do Código Florestal. In: **Jus Navigandi**. Teresina, ano 16, n. 2900, 10 jun. 2011.

SANTOS, Fabiano Pereira dos. Meio ambiente e poluição. In: **Jus Navigandi**. Teresina, ano 9, n. 201, 23 jan. 2004.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Índios, Convenção nº 169 da OIT e meio ambiente. In: **Jus Navigandi**. Teresina, ano 11, n. 1074, 10 jun. 2006.

TEIXEIRA, Williane dos Santos. Minorias étnicas: índios no Brasil. In: **Jus Navigandi**. Teresina, ano 11, n. 997, 25 mar. 2006.

