

ISSN 1516-4551

REVISTA
da Faculdade de
DIREITO
do Sul de Minas

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Faculdade de Direito do Sul de Minas

Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Faculdade de Direito
do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito –
Pouso Alegre, MG, v. 27, n. 1 (jan./jun. 2011)

Semestral 2008

ISSN 1516-4551

Anual 1984-2007 – Resumo em Português e Inglês.

1. Direito – Periódicos. I Faculdade de Direito do Sul de Minas.
Programa de Pós-Graduação e Mestrado em Direito.

CDD 340.05





**DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS
DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL
NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA COMO DIREITO
HUMANO FUNDAMENTAL**

**FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS OF PUBLIC
ADMINISTRATION IN SOCIAL PARTICIPATION:
PARTICIPATORY DEMOCRACY AS A
FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT**

*Leandro Konzen Stein**
*Caroline Limberger Costa***

RESUMO

O presente ensaio procura discorrer, primeiramente, sobre a visão histórica dos direitos humanos, seu surgimento e suas delimitações, perpassando por concepções como o jusnaturalismo e o positivismo. No segundo momento, analisar-se-ão as chamadas dimensões dos direitos humanos e como estas passaram a influenciar diretamente a evolução social de tais direitos, tendo como resultado a Democracia Participativa, a qual amplia o princípio democrático de sociedade. O método a ser adotado será o dedutivo-indutivo numa perspectiva histórica e crítica.

Palavras-chaves: Democracia participativa; Direitos humanos; Gerações de direitos.

* Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Foi bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Integrante dos Grupos de Estudos e Pesquisas. Advogado. Áreas de Interesse: Direitos Humanos e Gestão Pública Compartida. Correspondência para/*Correspondence to*: Rua Marechal Deodoro, n. 178, 3º Andar Sul (salas 303/304/305), Prédio Golden Center, Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul. Endereço eletrônico: leandrostein@gmail.com.

** Acadêmica do Curso de Direito da UNISC. Bolsista PIBIC/CNPq, sob orientação do Prof. Dr. Rogério Gesta Leal. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisas “Estado, Administração Pública e Sociedade”, vinculado ao CNPq. Áreas de Interesse: Direito Humanos, Gestão Pública Compartida e Licitações. Correspondência para/*Correspondence to*: Rua Marechal Deodoro, n. 178, 3º Andar Sul (salas 303/304/305), Prédio Golden Center, Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul. Endereço eletrônico: carolinecosta89@gmail.com.

ABSTRACT

This essay attempts to discuss first, the historical view of human rights, their emergence and their boundaries running through concepts such as natural law and positivism. In the second phase, it will examine the human rights dimensions of calls and how they came to directly influence the social evolution of such rights, resulting in a Participatory Democracy, which extends the principle of democratic society. The method to be adopted will be the deductive-inductive historical and critical perspective.

keywords: Participatory democracy; Human rights; Generations of rights.

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos ressurgem no século XX, especialmente após o holocausto, com força renovada, não mais vinculados apenas à teoria do direito natural, mas com amplo papel social, seja no plano interno (constitucional) quanto internacional (por meio de documentos que consagram importantes direitos, a começar pela Declaração da ONU de 1948).

As diversas dimensões ou gerações desses direitos são objeto de estudos da doutrina jurídica e filosófica que categoriza esses postulados de acordo com o surgimento histórico e sua vocação instrumental. Desde os direitos individuais, do período liberal, passando pelos direitos sociais e transindividuais, chega-se a um novo momento: o fim do século XX e o amadurecimento da democracia que passa a ser participativa, surgindo os direitos humanos fundamentais de quarta dimensão que se vinculam à participação direta do cidadão na concretização dos destinos da Nação e na efetivação das promessas constitucionais.

Nesse sentido, pretende-se: (1) avaliar as diversas possibilidades aproximativas e conceituais em torno aos direitos humanos fundamentais; (2) analisar a evolução histórica das gerações de direitos humanos; para fins de (3) compreender o processo hodierno de redefinição da democracia e dos direitos humanos fundamentais que leva à incorporação da democracia participativa como direito de quarta geração, na concepção pioneira de Paulo Bonavides.

**PERSPECTIVAS DE ANÁLISE DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS:
O (RES)SURGIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS – ASPECTOS CONCEITUAIS**

O século XX, especialmente após o Segundo Pós-guerra¹, viu o retorno a uma posição de destaque do conceito de direitos humanos, numa espécie de ressurgimento dos direitos naturais². Como aponta Pérez-Luño:

¹ “O reconhecimento da necessidade dos direitos humanos até aumentou com o desmantelamento, ou o colapso crítico da utopia moderna de progresso. Justamente o horror dos crimes do nacional-socialismo cometidos em um moderno Estado europeu levaram, ao término da Segunda Guerra Mundial, à segunda ruptura histórica decisiva dos direitos humanos, qual

Direitos humanos fundamentais de participação social na administração pública

El renacimiento de los derechos está propiciando uno de esos periódicos “renacimientos” o eternos retornos” del Derecho natural. Se asiste en los últimos años al replanteamiento de tesis, tácita o *expressis verbis*, neoiusnaturalistas que invocan los clásicos argumentos esgrimidos por los autores del Derecho natural racionalista de la ilustración como ideología informadora del orto del Estado de Derecho: a) existencia de derechos anteriores y superiores al Estado, cuya validez no deriva de haber sido positivados, es decir, promulgados por vía legal (*tesis de los derechos humanos como derechos naturales*); b) fundamento de la legitimidad política en la participación democrática de los ciudadanos como expresión de la soberanía popular (*tesis del constitucionalismo*)³.

Todavía, hoje podemos perceber que os direitos humanos se desprenderam do movimento teórico do direito natural que os guindou à posição de destaque no sistema jurídico no século XVIII, notadamente com o movimento liberal-burguês da Revolução Francesa de 1789, existindo, atualmente, diversas perspectivas de análise que podem ser usadas. Vieira de Andrade classifica esses distintos modos de abordagem dos direitos humanos fundamentais em três: (a) perspectiva filosófica (jusnaturalismo); (b) perspectiva universalista (direito internacional positivo); e (c) perspectiva estatal (direito constitucional)⁴.

Interessante perceber que, no campo da filosofia e da teoria do direito, vive-se num contexto em que foram superados tanto jusnaturalismo quanto juspositivismo, e, em razão disso, a força dos direitos humanos (nesse momento que se pode classificar de pós-positivista⁵) advém da suplantação da noção (ainda vinculada a um sistema meramente moral) de direito natural sem ceder a uma postura meramente estatista (como se os direitos humanos fossem concessões do ente político). Heiner Bielefeldt faz uma importante observação sobre a importância renascida dos direitos humanos em sua pretensão normativa:

Como direitos universais, os direitos humanos sobrepõem-se à ordem jurídica particular, mesmo sobre os direitos civis aprovados desde a

seja, sua incorporação ao direito internacional. Após a anexação desses direitos à *Carta das Nações Unidas*, a Assembleia Geral dessa organização aprovou, em 1948, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*”. BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000. p. 41.

² BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Tradução de Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: UnB, 1998. p. 18 e ss.

³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La tercera generación de los derechos humanos*. Navarra: Arazandi, 2006. p. 26.

⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 15.

⁵ Sobre o conceito de pós-positivismo, conferir BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 225, 2001.

formação dos Estados modernos. Em sua pretensão emancipatória de serem direitos de igualdade e liberdade solidárias, opõem-se criticamente à ordem jurídica tradicional de classes com privilégios e, com base em sua tendência de serem fixados em constituições e tratados internacionais, diferem de postulados meramente naturais, que não reivindicam comprometimento jurídico. Somente a firme união desses três aspectos – a pretensão de universalidade, a força emancipatória e a tendência à imposição política e jurídica – forma o perfil normativo dos direitos humanos⁶.

Importante deixar claro que esse processo histórico de direitos que advém da própria condição humana (sendo anteriores à organização social e política) ocorre ainda antes do Iluminismo e da Revolução Francesa, sendo características do descobrimento pessoal e da autoconsciência humana⁷:

Los derechos que a lo largo de los siglos XVII e XVIII serán conocidos en Inglaterra, Francia y los Estados Unidos como *derechos naturales*, los mismos derechos que durante el siglo XIX serán denominados por la doctrina y jurisprudencia alemana y francesa como *derechos públicos subjetivos* y los mismos derechos que después de la Segunda Guerra Mundial y del proceso constitucional que experimenta la Europa continental occidental con posterioridad a ésta serán conocidos como *derechos humanos* y también como *derechos fundamentales* no son un concepto realmente novedoso ni siquiera cuando originalmente se configuran como derechos ‘naturales’ en el siglo XVII, habida cuenta de que, si bien con otro carácter, al menos embrionariamente ya habían sido intuídos en otras normativas, tales como el denominado “Derechos de Indias” elaborado *ad hoc* para minimizar el impacto que experimentaron los habitantes del *Nuevo Mundo* con la llegada y el establecimiento de los colonos españoles, normativas todas que son encuadradas hoy en lo que se considera no tanto la historia como la ‘prehistoria’ de los derechos fundamentales⁸.

No plano conceitual, porém, a substituição do termo “direitos naturais”⁹ por “direitos humanos” ocorre já no final do século XVIII, sendo que no mesmo período surge o termo “direitos fundamentais”, consistindo, portanto, esses dois

⁶ BIELEFELDT, 2000, p. 37-38.

⁷ GORCZEWSKI, Clóvis. *Direitos humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005. p. 22.

⁸ IBEAS, Javier Santamaría. Los textos ingleses. In: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio; DE ASIS ROIG, Rafael. *Historia de los derechos fundamentales*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas/Universidad Carlos III de Madrid, 2001. t. II, v. III, p. 7.

⁹ Ainda se mantém contemporaneamente uma dimensão natural dos direitos humanos ou fundamentais: “Os direitos fundamentais são, na sua dimensão natural, direitos absolutos, imutáveis e intemporais, inerentes à qualidade de homem dos seus titulares, e constituem um núcleo restrito que se impõe a qualquer ordem jurídica.” VIEIRA DE ANDRADE, 2006, p. 19.

Direitos humanos fundamentais de participação social na administração pública

últimos vocábulos sinônimos até hoje¹⁰, daí utilizar-se no curso deste artigo o termo “direitos humanos fundamentais” para evitar confusões terminológicas:

Durante la segunda mitad de siglo XVIII se produjo la paulatina substitución del término clásico de los “derechos naturales” por el de los “derechos del hombre”, denominación definitivamente popularizada en la esfera doctrinal por la obra de Thomas Paine *The Right of Man* (1791-1792). La nueva expresión, al igual que la de los “derechos fundamentales”, forjada también en este período, revela la aspiración del iusnaturalismo iluminista por constitucionalizar, o sea, por convertir en derecho positivo, en preceptos del máximo rango, los derechos naturales¹¹.

Habermas revela as possibilidades conceituais do termo “direitos humanos”, seja no âmbito do direito positivo, seja no âmbito de ação moral, tornando claros os diversos usos da mesma noção jurídica e valorativa (moral).

(...) quando pretendemos falar do direito no sentido do direito positivo, temos que fazer uma distinção entre direitos *humanos* enquanto normas de ação justificadas moralmente e *direitos humanos* enquanto normas constitucionais positivamente válidas. O *status* de tais direitos fundamentais não é o mesmo que o das normas morais – que possivelmente têm o mesmo significado. Na forma de direitos constitucionais normatizados e de reclamações, eles encontram abrigo no campo de validade de determinada comunidade política¹².

11

Do ponto de vista do jusnaturalismo, os direitos humanos são advindos dos estudos da teoria do direito natural, pois esse movimento visa identificar os direitos que toda e qualquer pessoa tenha em função de sua própria natureza. Como explica Vieira de Andrade: “Foi numa perspectiva filosófica que começaram por existir os direitos fundamentais. Antes de serem um instituto no ordenamento positivo ou na prática jurídica das sociedades políticas, foram uma ideia no pensamento dos homens”¹³.

¹⁰ Embora essa sinonímia não seja unânime: “Los términos ‘derechos humanos’ y ‘derechos fundamentales’ son utilizados, muchas veces, como sinónimos. Sin embargo, no han faltado tentativas doctrinales encaminadas a explicar el respectivo alcance de ambas expresiones. Así, se ha hecho hincapié en la propensión doctrinal y normativa a reservar el término ‘derechos fundamentales’ para designar los derechos positivados a nivel interno, en tanto, que la fórmula ‘derechos humanos’ sería la más usual para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como a aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico-positivo.” PÉREZ-LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 44.

¹¹ *Ibid.*, p. 32-33.

¹² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2, p. 316.

¹³ VIEIRA DE ANDRADE, 2006, p. 15.

No plano da perspectiva estadual ou constitucional dos direitos humanos fundamentais, é se destacar a importância do movimento constitucionalista do século XX que trouxe, notadamente após 1945, os direitos humanos fundamentais para o centro das cartas constitucionais. Como afirma Canotilho:

A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os “direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechtsnormen*)¹⁴.

É nesse plano que vem se revelando a importância cada vez maior dos direitos humanos, por meio do amplo catálogo de direitos fundamentais que caracterizam os textos do chamado *constitucionalismo contemporâneo*.

*El constitucionalismo actual no sería lo que es sin los derechos fundamentales. Las normas que sancionan el estatuto de los derechos fundamentales, junto a aquéllas que consagran la forma de Estado y las que establecen el sistema económico, son las decisivas para definir el modelo constitucional de sociedad. Sin que quepa considerar estas tres cuestiones como compartimentos estancos, habida cuenta de su inescindible correlación. Así, se da un estrecho nexo de interdependencia, genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho*¹⁵.

O fenômeno da globalização e da integração, bem como a criação de organismos internacionais (como a ONU ao final da Segunda Grande Guerra), veio a trazer mais uma dimensão para os direitos humanos fundamentais, qual seja, a perspectiva universalista ou internacionalista¹⁶. Expressão maior dessa perspectiva internacionalista é a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948¹⁷ que consolida um ideal comum a ser buscado por todos os povos e nações.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Lisboa: Almedina, [s.d.]. p. 371.

¹⁵ PÉREZ-LUÑO, 2005, p. 19-20.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 333-334.

¹⁷ SOUZA, Ielbo Marcus Lobo de; KRETSCHMANN, Ângela. A universalidade dos direitos humanos no discurso internacionalista: o debate continua. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Unisinos*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 121-122.

Direitos humanos fundamentais de participação social na administração pública

Com essa orientação em mente é que se pretende, no próximo capítulo, perquirir sobre a evolução histórica dos direitos humanos fundamentais, enquanto conquistas sociais paulatinas da humanidade, de modo a deixar evidenciado o processo de ampliação do direito humano de participação nos destinos políticos da nação (Administração Pública) enquanto direito de quarta dimensão com fundamento nas teses do eminente constitucionalista pátrio Paulo Bonavides (e não mais apenas direito civil-político de primeira dimensão como classicamente entendido).

DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONTEMPORANEIDADE

A historicidade dos direitos humanos é palpável. A variabilidade dos direitos que foram guindados à categoria de postulados fundamentais tem-se modificado sobremaneira com o passar do tempo, levando Bobbio¹⁸ a afirmar que “os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas”¹⁹.

A partir dessa constatação, a doutrina jusfilosófica passou a adotar uma classificação em *gerações* ou, mais hodiernamente, em *dimensões*²⁰ de direitos humanos fundamentais no sentido de possibilitar uma compreensão didática da evolução social desses direitos.

A história dos Direitos Humanos no Ocidente é a história da própria condição humana e de seu desenvolvimento nos diversos modelos e ciclos econômicos, políticos e culturais pelos quais passamos; é a forma com que as relações humanas têm sido travadas e que mecanismos e instrumentos institucionais as têm mediado. Em cada uma destas etapas, os Direitos Humanos foram se incorporando, sendo primeiro nas ideias políticas, e em seguida no plano jurídico (portanto no sistema normativo do direito positivo internacional e interno)²¹.

Como adverte Sarlet, “costuma-se, neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações, de direitos, havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta geração”²². Desse modo, a classificação mais aceita ainda é em três

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

¹⁹ *Ibid.*, 1992, p. 18.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 525 e ss.

²¹ LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 33.

²² SARLET, 2007, p. 50.

gerações que podem ser sintetizadas basicamente em: (1) direitos civis e políticos (direitos de defesa do período do liberalismo); (2) direitos econômicos, sociais e culturais (direitos a prestações vinculados à luta por direitos da classe operária por políticas públicas); e (3) direitos difusos e coletivos (direitos ligados ao princípio da solidariedade, sendo de titularidade indeterminada, exs.: paz, desenvolvimento, meio ambiente ecologicamente equilibrado etc.).

Todavia, recentemente, essa clássica construção passa por uma profunda revisão, havendo quem propugne uma quarta e até mesmo uma quinta geração dos direitos humanos fundamentais.

Mas antes da análise desse novo movimento de incorporação de direitos humanos, façamos uma breve análise dessa importante evolução sociopolítica dos direitos fundamentais.

A primeira geração ou dimensão nasce vinculada à Revolução Francesa de 1789, que visava limitar o poder do absolutismo monárquico do *ancien régime*, constituindo-se num sistema de proteção do indivíduo em relação ao Estado, sendo o que Bonavides²³ chama de direitos de resistência ou de oposição perante o Estado:

Os direitos fundamentais triunfaram politicamente nos fins do século XVIII com as revoluções liberais. Aparecem, por isso, fundamentalmente, como *liberdades*, esferas de autonomia dos indivíduos, em face do poder do Estado, a quem se exige que se abstenha, quanto possível, de se intrometer na vida econômica e social, como na vida pessoal. São liberdades sem mais, puras autonomias sem condicionamentos de fim ou de função, responsabilidades privadas num espaço autodeterminado²⁴.

14

O processo de ampliação do voto (de censitário a universal) e a luta pela resolução das desigualdades sociais provocadas pelo capitalismo liberal²⁵ irão revelar a necessidade de uma nova geração de direitos humanos vinculada ao processo de consolidação do Estado Social.

Contrariamente aos direitos de primeira dimensão (liberalismo), os quais implicavam uma *abstenção* do Estado (liberdade de ação individual), os direitos de segunda dimensão (direitos humanos fundamentais sociais) necessitam de uma *atuação* do ente estatal. Ingo Sarlet²⁶ fala em *liberdade por intermédio do Estado*:

²³ BONAVIDES, 2000, p. 517.

²⁴ VIEIRA DE ANDRADE, 2006, p. 51.

²⁵ “A liberdade individual e a concorrência econômica não tinham conduzido ao melhor dos mundos, mas a um mundo de injustiças flagrantes – designadamente, a liberdade contratual entre empresários e trabalhadores tivera como resultado uma exploração social infrene, que reduziu massas humanas a um nível degradante da sua dignidade e abriu uma ‘questão social’, em termos de afectar a própria segurança burguesa.” VIEIRA DE ANDRADE, 2006, p. 58.

²⁶ SARLET, 2007, p. 52.

Direitos humanos fundamentais de participação social na administração pública

A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um “direito de participar do bem-estar social”. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado²⁷.

Surge, assim, uma “*nova categoria de direitos*, designados por *direitos a prestações (Leistungsrechte)* ou, relativamente a serviços existentes, por *direitos de quota-parte (Teilhaberechte)*. (...) representam exigências de comportamentos estaduais positivos”²⁸. Como bem aborda Paulo Bonavides:

Os direitos da segunda geração (...) dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século²⁹.

Nesse processo evolutivo, surgiram, complementarmente, já ao final do século XX, questões de cunho transindividual que revelam demandas comuns da humanidade, como a defesa do patrimônio cultural, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, demandando, como explica Ingo Sarlet, um esforço conjunto e mundial para que tenham efetividade: surgem, assim, os *direitos humanos fundamentais de terceira geração/dimensão*.

A nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e à qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção. A atribuição da titularidade de direitos fundamentais ao próprio Estado e à Nação (direitos à autodeterminação, paz e desenvolvimento) tem suscitado sérias dúvidas no que concerne à própria qualificação de grande parte destas reivindicações como autênticos direitos fundamentais. Compreende-se, portanto, por que os direitos da terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação³⁰.

²⁷ SARLET, 2007, p. 56-57.

²⁸ VIEIRA DE ANDRADE, 2006, p. 59.

²⁹ BONAVIDES, 2000, p. 518.

³⁰ SARLET, op. cit., p. 54.

Ainda mais contemporaneamente, surgem concepções acerca da existência de uma quarta ou ainda quinta dimensão dos direitos humanos fundamentais. Alguns vinculam essas gerações aos direitos advindos da manipulação genética³¹ e aos avanços da internet, respectivamente.

Essa evolução denota que somente por meio das lutas reivindicatórias que o direito se atualiza e a cidadania conquistada as prerrogativas necessárias a cada período histórico. Esse processo, sem dúvida, está incompleto e certamente que outros direitos serão conquistados. Mas importa, para os fins deste trabalho, observar mais atentamente a teoria do professor Bonavides no sentido de identificar claramente os direitos civis de participação popular na Administração Pública (democracia participativa) como direito humano fundamental de quarta geração/dimensão.

DIREITOS HUMANOS E PARTICIPAÇÃO CIVIL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL DE QUARTA GERAÇÃO

16

Pode-se captar da evolução das gerações de direito uma nítida linha de ampliação do princípio democrático, ou seja, quanto maior ênfase se dê à participação (quantitativa e qualitativamente), mais amplo é o catálogo de direitos humanos. Isso se percebe na transição da primeira geração para a segunda, pois é o sufrágio universal que irá obrigar o legislador a incorporar os direitos sociais nas Constituições. Mas nunca se viu um processo de ampliação da democracia (especialmente a participativa) como se vê hoje, sendo justamente esse o elemento central da construção da quarta geração de direitos humanos fundamentais.

Em outros termos, captar *as possíveis dimensões jurídico-políticas de participação social no espaço público enquanto espécies de direitos fundamentais civis*³² é condição de possibilidade para uma apreensão adequada da quarta geração de direitos humanos, na formulação que lhe empresta Bonavides. Mas, afinal, o que é a democracia participativa? O próprio mestre cearense explica que “do ponto de vista teórico faz-se mister, portanto, acrescentar e admitir que a democracia participativa, soube transcender a noção obscura, abstrata e irreal de povo nos

³¹ “Hoje em dia fala-se em direitos de 4ª geração, que dizem respeito não somente à preservação do meio ambiente, mas também com o avanço à genética, à preservação da identidade biológica dos indivíduos dentre outras considerações. Tais direitos são chamados de *difusos*, pois é difícil estabelecer, concretamente, quais são os destinatários de tais direitos”. PRUDENTE, Mauro Godoy. *Bioética: conceitos fundamentais*. Porto Alegre, 2000. p. 70.

³² LEAL, Rogério Gesta. Esfera pública e participação social: possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *A administração pública compartilhada no Brasil e na Itália: reflexões preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. p. 177.

Direitos humanos fundamentais de participação social na administração pública

sistemas representativos, transcende, por igual, os horizontes jurídicos da clássica separação de poderes”³³.

Essa forma de democracia representa, por um lado, o amadurecimento do sistema representativo (e da própria teoria da separação dos poderes) e, por outro, uma importante evolução da teoria dos direitos fundamentais.

Todavia, é no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU que fica mais evidente esse direito:

Os direitos civis e políticos estabelecidos pela ONU neste documento foram: direito à igualdade de trato ante os tribunais e demais órgãos de administração da justiça; direito à segurança da pessoa e à proteção pelo Estado contra toda a violência ou dano físico, tanto infligidos por funcionários do governo como por indivíduos, grupos ou instituições; *direitos políticos, em especial o de participar de eleições, a votar e a ser candidato, com base no sufrágio universal e igual, a tomar parte no governo, assim como na condução dos assuntos públicos em todos os níveis, e à igualdade de acesso à Administração Pública*; o direito de liberdade de trânsito e de residência dentro das fronteiras do Estado, direito a sair de qualquer país, inclusive do próprio, e voltar ao próprio país; direito à nacionalidade; direito ao matrimônio e à escolha do cônjuge; direito à propriedade individual ou em associação; direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; direito à liberdade de opinião e expressão; direito à liberdade de reunião e associação pacífica³⁴.

17

Assim, na perspectiva internacional, existe uma clara positivação dos direitos fundamentais de participação civil.

Sob o aspecto interno (perspectiva constitucional ou estadual), no caso brasileiro é nítida a adoção na Carta Política de 1988 de um direito fundamental à participação na Administração Pública, especialmente quando se observam os instrumentos do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular que são evidentemente exemplos de democracia participativa.

A incorporação desses direitos de participação direta na administração é tão importante na teoria de Bonavides que o mesmo identifica o seu surgimento com o advento de um terceiro modelo de Estado de Direito que nomina de Estado de Direito de democracia participativa. Note-se que a transição do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito era notadamente vinculada à transição dos direitos humanos fundamentais de primeira para os de segunda geração.

³³ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 27.

³⁴ LEAL, 2008, p. 192.

(...) os direitos da terceira e quarta gerações assumem importância capital. Com eles se vislumbram, já, nos horizontes do constitucionalismo aberto e democrático o advento da terceira categoria de Estado de Direito, do qual é pressuposto essencial o Estado social, e que se chama Estado de Direito da democracia participativa e direta, estuário de todas as correntes que fluem para a libertação humana, e que tem sido a utopia de todas as idades na palavra e na razão de grandes filósofos e pensadores³⁵.

Somente assim, o direito fundamental à participação social se desvincula dos clássicos direitos civis e políticos consagrados numa espécie de segundo momento dos direitos individuais liberais de primeira dimensão³⁶ e assume efetivamente um caráter de “novos” direitos, ou seja, direitos de quarta geração:

Na verdade, enquanto os direitos civis e políticos à autodeterminação foram aplicados somente à esfera do governo, a democracia esteve restrita ao voto periódico ocasional, contando pouco na determinação da qualidade de vida das pessoas. Para que a autodeterminação possa ser conquistada, aqueles direitos humanos e fundamentais precisam ser estendidos do Estado a outras instituições centrais da sociedade, pois a estrutura do contemporâneo mundo corporativo internacional torna essencial que as prerrogativas civis e políticas dos cidadãos sejam ampliadas permanentemente por um conjunto similar e variado de deveres, centrados na ideia de responsabilidade coletiva que marca a gestão dos interesses comunitários³⁷.

18

Todavia, o problema mais latente é o da efetivação desse direito fundamental de participação, ou seja, urge criarem-se instrumentos que efetivem a democracia participativa:

Tais previsões normativas internacionais, entretanto, não se projetaram direta e incisivamente sobre os Estados Nacionais (em fase já de internacionalização), e isto por razões múltiplas e complexas, tema que não podemos exaurir nos limites deste trabalho. Isto pode ser aferido tanto

³⁵ BONAVIDES, 2001, p. 227.

³⁶ VIEIRA DE ANDRADE, 2006, p. 54-55: “Este processo de democratização (política) não poderia deixar de influenciar decisivamente a matéria dos direitos fundamentais, precisamente na medida em que fez sobressair as *garantias de igualdade* no contexto das relações indivíduos-Estado. Essa influência manifesta-se, desde logo, no aparecimento de novas figuras, pela promoção a direitos fundamentais das faculdades básicas necessárias ao funcionamento do sistema democrático. (...) O direito de voto e o direito de ser eleito, aos quais se juntam o direito a tomar posse do cargo para que se é eleito (*jus ad officium*) e o de exercer esse cargo até nova eleição (*jus in officio*) completam a forma jurídica que sustenta o processo eleitoral, reforçando o seu peso constitucional e assegurando uma proteção mais efectiva dos métodos e valores democráticos.”

³⁷ LEAL, 2008, p. 194-195.

Direitos humanos fundamentais de participação social na administração pública

pela lentidão do processo de recepção dos tratados nos países signatários, como pelo desconhecimento e pela falta de eficácia deles na ordem jurídica cotidiana³⁸.

Assim, é evidente a consolidação em âmbito externo (internacional) e interno (constitucional) do direito humano fundamental à democracia participativa, sendo imperioso que sejam criados instrumentos práticos capazes de darem real efetividade a esse importante direito humano fundamental de quarta geração.

CONCLUSÃO

Os direitos humanos fundamentais civis de participação política na Administração Pública estão evidenciados seja nos documentos internacionais (perspectiva internacional), seja na Constituição Federal de 1988 (perspectiva constitucional), revelando, assim, um verdadeiro direito de quarta dimensão e não apenas direito civil-político de primeira dimensão como classicamente entendido.

A consagração desse direito, contudo, não é o suficiente, sendo imprescindível que a luta social (que permeou a evolução geracional dos direitos humanos) persista na busca de instrumentos pragmático-jurídicos, devendo Estado e Sociedade assumirem sua parte de responsabilidade na consagração de democracia participativa como direito fundamental da cidadania.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 225, 2001.
- BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Tradução de Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: UnB, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Lisboa: Almedina, [s.d.].
- GORCZEWSKI, Clóvis. *Direitos humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

³⁸ LEAL, 2008, p. 192.

Leandro Konzen Stein / Caroline Limberger Costa

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

IBEAS, Javier Santamaría. Los textos ingleses. In: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio; DE ASIS ROIG, Rafael. *Historia de los derechos fundamentales*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas/Universidad Carlos III de Madrid, 2001. t. II, v. III.

LEAL, Rogério Gesta. Esfera pública e participação social: possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *A administração pública compartilhada no Brasil e na Itália: reflexões preliminares*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La tercera generación de los derechos humanos*. Navarra: Arazandi, 2006.

PÉREZ-LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PRUDENTE, Mauro Godoy. *Bioética: conceitos fundamentais*. Porto Alegre, Editora do Autor, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

20

SOUZA, Ielbo Marcus Lobo de; KRETSCHMANN, Ângela. A universalidade dos direitos humanos no discurso internacionalista: o debate continua. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Unisinos*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

Data de recebimento: 28/09/2010

Data de aprovação: 04/03/2011

**DIREITOS HUMANOS E A INCLUSÃO SOCIAL:
O RESGATE DA CIDADANIA ATRAVÉS DA ASSISTÊNCIA
SOCIAL – ACERTOS E DESACERTOS**

**HUMAN RIGHTS AND SOCIAL INCLUSION:
THE RESCUE OF CITIZENSHIP THROUGH SOCIAL CARE –
RIGHTS AND WRONGS**

*Edna Luiza Nobre**

RESUMO

O presente artigo busca analisar o direito da assistência social, de forma genérica, como política pública, partindo-se da evolução dos direitos humanos, sua previsão na Constituição Federal e a legislação infraconstitucional – LOAS, bem como o impacto dessas políticas para aqueles que são ou estão na situação de excluídos socialmente e quais medidas estão sendo adotadas para que a sua inclusão aconteça. A assistência social é um direito social e deve ser prestada a todos aqueles que dela necessitar. É um direito fundamental. A legislação existente é bastante farta, mas a pergunta a ser feita é: estamos atingindo o objetivo da redução da desigualdade social e regional? O levantamento da legislação permitiu a análise dos principais pontos, sem nos adentrarmos nos programas específicos.

Palavras-chaves: Assistência social; Cidadania; Direitos humanos; Direito fundamental social.

ABSTRACT

This article explores the law on social assistance, more broadly, as public policy, starting from the evolution of human rights, its forecast in the Federal Constitution and the nonconstitutional legislation LOAS, as well as the impact of these policies for those who are or are in situation of socially excluded and what measures are being adopted for their inclusion happen. The social assistance is a social right and should be given to those who need it. It is a fundamental right. The existing law is quite abundant, but the question to ask is: are we reaching the goal of reducing social and regional inequality? A survey of legislation allowed the analysis of the main points, we enter without the specific programs.

Keywords: Social assistance; Citizenship; Human rights; Fundamental social right.

* Mestre em Direito Processual Civil e Especialista em Direito Público e Didática para o Ensino Superior pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Correspondência para / *Correspondence to:* Rua Iraguaçu, 152, Vila Medeiros, São Paulo-SP, 02214-050. E-mail: ednanobre1@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

Carl Schmitt ensinava que a palavra grega para a primeira medição, base de todas as medições posteriores, para a primeira tomada da terra como primeira partição e divisão do espaço com o objetivo de partição e primitiva distribuição é o *nomos*. E que toda ordem social e econômica está baseada na ideia original da primeira partição da terra. Alertava ainda que basicamente essas formulações estavam divididas na apropriação, na distribuição e na produção. Mas alertava o autor que a história do mundo não está terminada, está aberta e em movimento, e que enquanto os homens e as pessoas ainda tiverem um futuro e não apenas um passado, sempre surgirão novas formas de apresentações dos acontecimentos histórico-universais, um novo *nomos*¹.

O mestre russo Kojève critica parte dessa interpretação em se classificar o *nomos* apenas em apropriação, distribuição e na produção. Para ele, a raiz grega da palavra *nomos* compreende implicitamente o “dar” também: se tudo foi tomado, só é possível a distribuição se alguém der e o outro o receber.

Tengo claro que no estoy haciendo ninguna crítica al profesor Carl Schmitt, porque su “dividir” incluye implícitamente mi “dar”: si todo ha sido tomado, solo es posible la división si alguien dona lo que los otros reciben. Sólo quería apuntar que, desde un punto de vista etimológico, el verbo “dar” puede sonar mejor que el verbo “tomar”, aunque en la práctica signifiquen lo mismo. Así, solemos decir que nosotros somos los que pagamos los impuestos, no que éstos se nos quitan, a no ser que los consideremos excesivos o injustos².

22

A assistência social está relacionada com o “dar” de Kojève, ou em outras palavras, com a distribuição de bens e o bem-estar social das pessoas. Essa política está calcada na distribuição – no dar – tão apregoado pela Teoria do *Welfare Stat*, e na ideia de reconhecimento.

Mas para que o Estado brasileiro pudesse fornecer a prestação assistencial como é feita nos dias de hoje, o Estado brasileiro passou por um processo, que está interligado ao processo internacional. Valério Mazzuoli³ alerta que o direito internacional dos direitos humanos é o direito do pós-guerra e Clarice Seixas⁴ afirma que

¹ SCHMITT, Carl. *El nomos de la tierra en el derecho de gentes del jus publicum europaeum*. Tradução de Dora Schilling Thon CEC. Madrid: Maribel Artes Gráficas, 1979. p. 56-59.

² KOJÈVE, Alexandre. Perspectiva europeia del colonialismo. Traducción de Manuel Vela Rodriguez. *La Torre del Virrey: Revista de Estudios Culturales*, ISSN 1885-7353, n. 1, 2006. p. 74-80.

³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, n. 52, jul./set. 2005. p. 327.

⁴ SEIXAS, Clarice. Proteção internacional do meio ambiente e o STF: desafios para uma maior integração. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Org.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 558.

De direitos meramente individuais, concebidos pela teoria liberal para a proteção da esfera da autonomia privada dos indivíduos contra interferências abusivas do Estado, os Direitos Humanos passam a direitos coletivos, tendo como pano de fundo a luta das classes trabalhadoras e dos movimentos socialistas do final do sec. 19 e início do sec. 20. Já a partir da década de 1960... alcançaram não apenas os indivíduos e grupos de pessoas (coletividade), mas a humanidade como um todo, incluindo-se, aí, as futuras gerações.

Antecedentes

Desde a defesa de sua dissertação de mestrado em 2004 que Barcellos elabora perguntas sobre o assunto, a saber: que medidas devem ser adotadas para se erradicar a pobreza? A Assistência social⁵? Será que é o caminho da eliminação da desigualdade de nosso país?

Se entre as possibilidades que existissem, a resposta fosse sim, Barcellos levantava três séries de questões acerca da sua prestação: Entregando numerário ao necessitado, sem desestimular o trabalho. Mas qual seria o valor? E como controlar? De onde seriam os recursos? Uma segunda modalidade seria um sistema de vales, distribuídos pelo poder público, para serem utilizados em instituições privadas conveniadas que seriam responsáveis pela prestação, e a última seria a entrega *in natura* – alimentos, vestuário e abrigo, ou seja, a disponibilização *in natura* desses bens, em estabelecimentos mantidos pelo poder público, diretamente ou não. Para ela, essas três propostas não são simples, porque dependem de decisão do órgão competente, e que o vital é que os desamparados tenham onde obter socorro.⁶

Concordamos com Nancy Fraser⁷ quando diz ser injusto que a alguns indivíduos e grupos seja negada a condição de parceiros integrais na interação social, porque simplesmente em virtude de padrões institucionalizados de valoração cultural, de cujas construções eles não participaram em condições de igualdade, e os quais depreciavam as suas características distintivas ou as características distintivas que lhe são atribuídas.

A Ciência Política tem por objeto de estudo o conhecimento; é a disciplina que estuda os acontecimentos, as instituições e as ideias políticas, tanto em sentido teórico (doutrina) como em sentido prático (arte), referido ao passado, ao presente e as possibilidades futuras, segundo Paulo Bonavides⁸. A ela cabe o

⁵ BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 225.

⁶ BARCELLOS, op. cit., p. 323.

⁷ FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética. *Lua Nova Revista de Cultura e Política*, n. 70, 2007. p. 111.

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 38.

Edna Luiza Nobre

exame das instituições, dos fatos e das ideias referidas aos ordenamentos políticos da sociedade. Pelo prisma filosófico, os fatos, as instituições e as ideias são matérias do conhecimento de ciência política, podendo ser tomadas das seguintes maneiras: I: Consideração do passado – como foram ou deveriam ter sido; II. Compreensão do presente – como são ou devem ser; e III. Horizontes do futuro – como serão ou deverão ser.

Cidadania

A compreensão dos direitos relaciona-se com a compreensão da cidadania, que deve ser analisada pela ótica de um contexto internacional, valorizando-se a dignidade da pessoa humana e o seu papel estatal. A evolução dos direitos humanos acompanha a própria evolução do homem e o papel que vêm desempenhando ao longo dos séculos.

Será necessário fazer a análise histórica para se entender o que realmente significa ser cidadão hoje. Num mundo único, a cidadania, como base para o direito a ter direitos e como condição para um indivíduo beneficiar-se do princípio da legalidade, serve para se evitar o surgimento de um novo estado totalitário. Esse é o motivo pelo qual Hannah Arendt afirma que o primeiro direito humano é o direito a ter direitos⁹.

24

E ainda devemos entender que a solidariedade é parte integrante do conceito de cidadania, podendo ser entendida como o caminho da participação dos cidadãos nas instituições do Estado e na ocupação dos espaços e das instituições da sociedade civil, formando uma rede de articulação entre o Estado e a sociedade.

Barroso assegura que um regime, fundado sobre o princípio democrático, sempre pretende assegurar a inclusão social, o que pressupõe participação popular e exercício dos direitos de cidadania, e que cidadão é aquele que goza, ou detém direitos civis (liberdades individuais) e políticos (participação política), mas também direitos sociais (trabalho, educação, habitação, saúde e prestações sociais em tempo de vulnerabilidade). O vínculo da cidadania, sob esse ponto de vista, materializa-se em duplo sentido. E finaliza:

A cidadania permite que o indivíduo sinta-se participe da sociedade na medida em que esta sociedade se preocupe ativamente com sua sobrevivência, e com uma sobrevivência digna. Assim, verifica-se que a cidadania é uma relação de mão dupla: dirige-se da comunidade para o cidadão, e também do cidadão para a comunidade. Portanto, só se pode exigir de um cidadão que assuma responsabilidades quando a comunidade política tiver demonstrado claramente que o reconhece como

⁹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras. 1988. p. 154.

Direitos humanos e a inclusão social

membro, inclusive, através da garantia de seus direitos sociais básicos. O reconhecimento de integração na comunidade depende, deste modo, não apenas da garantia dos direitos civis e políticos, mas também da participação nos direitos sociais indispensáveis para ter uma vida digna¹⁰.

Portanto, vamos analisar se a assistência social prevista na Constituição Federal pode ser utilizada como instrumento eficaz na diminuição das desigualdades sociais e regionais. Para tanto, será necessário resgatar a análise estrutural de todo o arcabouço jurídico.

Para iniciar o tema, trazemos à colação as pontuações de Pérez Luno:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas¹¹.

A cidadania pressupõe a liberdade para o exercício dos direitos fundamentais. É uma condição da pessoa que vive em uma sociedade livre. Onde há tirania, não existem cidadãos. A cidadania pressupõe a igualdade entre todos os membros da sociedade, para que inexistam privilégios de classes ou grupos sociais no exercício de direitos, ensinamentos de Smanio¹², com o qual concordamos.

A assistência social é um direito social e deve ser prestada a todos aqueles que dela necessitar porque é um direito fundamental. O Estado tem o dever de atender aos ditames sociais e garantir a dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil, conforme disposto no art. 1º, III, da Carta Magna. Sem nos apartarmos que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais.

Por muito tempo, esse tema não recebeu o tratamento adequado do Estado, embora contextualizado no texto constitucional. Historicamente podemos lembrar que logo após a promulgação da carta ascendeu ao poder Fernando Collor de Mello, primeiro presidente eleito diretamente pelos cidadãos, fruto de toda

¹⁰ BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 131.

¹¹ PÉREZ LUNO, Antonio Henríque. *Los derechos humanos, significación, estatuto y sistema*. Sevilha: Publicaciones de la Universidad de Sevilha, 1979, apud SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 177.

¹² SMANIO, Gianpaolo Poggio. As dimensões da cidadania. *Novos Direitos e Proteção da Cidadania, Revista Jurídica*. São Paulo: Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, jan./jun. 2009. p. 20.

uma luta democrática, mas que, infelizmente, estava comprometido com o modelo neoliberal e, em razão da própria redação da carta constitucional, não a implementou de fato. Itamar Franco não seguiu o modelo liberal proposto por Collor e também não criou os mecanismos para sua realização.

Por que isso não aconteceu? Talvez a resposta seja porque os intérpretes brasileiros se pautavam, até então, na sistematização de José Afonso da Silva, acerca da aplicabilidade das normas constitucionais, que em 1967, sob influência da doutrina italiana, principalmente das ponderações de Crisafulli, afirmava que as normas sociais eram de princípio programático, revelando um compromisso entre as forças políticas liberais e tradicionais e as reivindicações populares de justiça social¹³ e, ainda, “que há normas programáticas que mencionam uma legislação futura para atuação positiva do programa previsto, enquanto outras não o indicam”¹⁴. Essa teoria exerceu à época uma grande influência nos doutrinadores, nos operadores do direito e na jurisprudência, tais como Pinto Ferreira¹⁵, Celso Bastos¹⁶, Paulo Napoleão¹⁷, J. H. Meirelles Teixeira¹⁸ e outros. O STF e o STJ se alinharam a essa corrente e manifestaram constantemente que os direitos sociais, por serem programáticos, dependiam unicamente da vontade do administrador e não tinham aplicação imediata.

26

Começa a haver uma pequena mudança na gestão de Fernando Henrique Cardoso – 1995/1998 e 1999/2002, pois foram feitas coalizões políticas de modo a que se tivesse a sustentação a seu governo e se pudesse realizar os objetivos e dar a continuidade às políticas liberais. Não nos esqueçamos que, na época de Collor, Fernando Henrique Cardoso era o Ministro da área econômica e arquiteto do plano real.

Sucintamente, foram feitas grandes reformas estruturais: fim do monopólio estatal do petróleo e telecomunicações, reforma da previdência, acordos com o FMI, sobre a dívida externa, aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal, mudança em relação ao câmbio e capital estrangeiro e uma grande privatização, transferindo ao setor privado as empresas estatais. Comprometido com as metas do FMI, fez duros ajustes fiscais, novos planos e finalmente estabilizou-se a moeda.

¹³ Para se aprofundar no assunto, consultar a obra de Miguel Calmon Dantas (*Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 250-370), onde se faz um vasto estudo sobre a obra de Crisafulli e de sua influência no ordenamento jurídico brasileiro antes e depois da Constituição, cap. 4º.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 82-83.

¹⁵ PINTO FERREIRA. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1, p. 247.

¹⁶ MARTINS, Ives Gandra; BASTOS, Celso Bastos. *Comentários à Constituição Federal do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2, p. 481.

¹⁷ NOGUEIRA DA SILVA, Paulo Napoleão. *Breves comentários à Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 189.

¹⁸ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 324.

No entanto, para esse governo, essa área social não era prioridade, uma vez que a assistência social não estava na meta dos neoliberais. E essa atuação governamental recebeu críticas severas, entre elas a feita por Secon:

Constitucionalmente, a Assistência Social ser garantida como direito, ela não implica na efetivação deste, visto que a estrutura do atendimento não se alterou permanecendo precário e dependente de sobras orçamentárias, reforçando seu caráter de benemerência coincidindo com a *Poor Law* (Lei dos Pobres), como Marx já discutia, e a *Poor Law Reform* (Nova Lei dos Pobres) onde a Assistência Social tinha um caráter de auxílio aos pobres com vistas a ocultar a afirmação e emergência da economia capitalista de mercado e que como hoje com a LOAS (Novíssima Lei dos Pobres?!) contribuem significativamente, para a efetivação deste sistema por manter a ordem vigente e a força de trabalho disponível sob um mínimo necessário para sobreviver: “No caso da assistência, propende a comparecer apenas como instrumento de produção da força de trabalho para fins do capital, ou como cortina de fumaça para aliviar a pobreza”¹⁹.

Na sucessão presidencial, Luis Inácio Lula da Silva foi eleito em 2003 e reeleito em 2007, por uma vitória de quase 61% contra 39% de Geraldo Alckmin. Vitória consagrada nas zonas mais pobres do Norte e Nordeste (60 a 85% dos votos válidos), que estavam próximas ao limite inferior do índice de desenvolvimento humano (IDH) em detrimento dos setores com mais concentração de renda, como é a região Sul e a região Sudeste²⁰.

Hunter afirma que seu sucesso foi consequência da sua postura, ou seja, manteve o controle dos gastos e focalizou os aumentos sobre as famílias mais pobres, reforçando, por meio de política social, as tendências econômicas e o aumento do poder de compra desses brasileiros. Em seu discurso político, prometia investimentos sérios nas áreas mais comprometidas da população brasileira carente, entre elas, a assistência social.

A assistência aos desamparados identifica um conjunto de pretensões cujo objetivo é evitar a indignidade em termos absolutos, envolvendo particularmente a alimentação, o vestuário e o abrigo. E conclui alertando que é um direito de não cair abaixo de um determinado patamar mínimo, independentemente de qualquer outra coisa²¹.

¹⁹ SECON, Mileni Alves. *Assistência social: o preço mínimo da força de trabalho*. Serviço Social em Revista/publicação do Departamento de Serviço Social, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina, Londrina: Ed. UEL, v. 1, n. 1, jul./dez. 1998. p. 144.

²⁰ HUNTER, Wendy; POWER, Timothy. Recompensando Lula – Poder Executivo, política social e as eleições brasileiras de 2006. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcántara. (Org.). *Democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007. p. 332.

²¹ HUNTER; POWER, op. cit., p. 288-289.

Edna Luiza Nobre

Muito feliz a posição de Barcellos quando afirma que “se a sociedade não for capaz de reconhecer a partir de que ponto as pessoas se encontram em uma situação indigna, isto é, se não houver consenso a respeito do conteúdo mínimo da dignidade, estar-se-á diante de uma crise ética e moral de tais proporções que o princípio da dignidade da pessoa humana terá se transformado em uma fórmula totalmente vazia, um signo sem significado correspondente”²².

Para prosseguirmos, será necessário fazer uma breve análise histórica dos direitos humanos para se entender verdadeiramente o papel na assistência social no arcabouço jurídico brasileiro.

EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O BRASIL

1ª Fase dos direitos humanos

Gustavo Garcia²³ em seu pequeno ensaio “O Futuro dos Direitos Fundamentais” faz a seguinte afirmação: “a doutrina dos direitos humanos fundamentais tem origem na ideia de que o direito é algo que o ser humano recebe e descobre. Nesta linha, defende-se a existência de um direito justo, sábio, que é dado aos homens”. E prossegue:

28

que merece atenção a doutrina do Direito Natural, com raízes na própria antiguidade (Aristóteles), fazendo-se presente, ainda que com enfoques próprios, em Roma (Cícero), na Idade Média (São Tomás de Aquino) e nos séculos XVII e XVIII, quando se passa a defender o jusnaturalismo laico, nas doutrinas de Hugo Grócio e do contrato social de Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau.

Vamos entender o que isso significa. Na sociedade primitiva, gentílica, os bens pertenciam a todos e havia uma comunhão democrática de direitos, não havendo poder algum dominante, porque era interno à sociedade, não havendo opressão social ou política²⁴, pois o homem buscava livrar-se da opressão do meio natural, mediante descobertas e invenções. Isso foi mudado com o desenvolvimento do sistema de apropriação privada, aparecendo uma forma social de subordinação e opressão, pois o titular da propriedade impõe seu domínio, fazendo surgir a forma de poder externo da sociedade, e é assim que o Estado é formado. Não havia direitos, só deveres.

A humanidade evoluiu e essa evolução pode ser constatada a partir do amadurecimento da filosofia grega e greco-romana, que tem uma história milenar.

²² BARCELLOS, 2008, p. 229.

²³ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. O futuro dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, n. 56, jul./set. 2006. p. 106.

²⁴ SILVA, 1996, p. 150.

Notadamente a partir do período naturalista caracterizado pela *physis*; passando pelo período humanista, que teve como protagonistas os sofistas e Sócrates, em que se procura determinar a essência do homem. Com Platão e Aristóteles se evidencia a descoberta do suprassensível e pela explicitação e formulação orgânica de problemas da filosofia. As escolas helenísticas iniciam o seu período com Alexandre Magno e perduram até o fim da era pagã, quando surgem os movimentos do cinismo, epicurismo, estoicismo, ceticismo e ecletismo. A partir de então, eclode o período religioso cujo pensamento cristão tenta formular racionalmente o dogma da nova religião e defini-lo à luz da razão, com categorias derivadas dos filósofos gregos²⁵.

Nesse estágio pode-se inferir que as normas jurídicas são atribuídas a uma divindade; o direito se manifesta pelos costumes, como uma prática do povo; a identificação do direito é feita pelos “sábios”, ou seja, revelado pela sabedoria. O direito humano, em suas diversas formas, constitui implemento do direito divino, do direito natural e do direito eterno. A vontade de Deus é o terreno último e final de todo o direito e de todas as leis.

São Tomás de Aquino, estudado por Friedrich²⁶, se posicionava no sentido de que os reis estavam subordinados aos sacerdotes e que era tarefa primordial da igreja assegurar que os príncipes atuassem de acordo com os princípios cristãos e a ordem cristã da vida. Se estes não respeitassem as admoestações da Igreja, se pregava a desobediência civil, principalmente em caso de excomunhão do príncipe, uma vez que essa obediência era um preceito, tanto divino quando natural. O bem geral, que possuía existência objetiva, só podia ser determinado pela comunidade ou seus representantes e que a lei almejava esse bem comum, uma vez ser este uma regra para o comportamento humano, mas que a finalidade de tal comportamento é a felicidade tal almejada pelos homens.

Com a evolução da sociedade, os súditos começaram a se organizar, e como fruto desse movimento, passaram a ter alguns direitos, como podemos observar na afirmação de Rousseau, “Do Contrato Social”: “Toda a justiça vem de Deus, que é a sua única fonte; se soubéssemos, porém, recebê-la de tão alto, não teríamos necessidade nem de governo, nem de leis.”

Jose Afonso da Silva²⁷, ao estudar esse período, infere que alguns antecedentes formais das declarações de direitos foram sendo elaborados, como o veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios em Roma, a lei de Valério Públicola proibindo penas corporais contra cidadãos em certas situações, até

²⁵ Para um maior aprofundamento da história da filosofia: Giovanni Reale e Dario Antiseri. *História da filosofia: filosofia pagã antiga*. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2003. v. 1, e *História da filosofia: patrística e escolástica*. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2003. v. 2.

²⁶ FRIEDRICH, Carl J. *Perspectiva história da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 1965. p. 63.

²⁷ SILVA, 1996, p. 150-151.

Edna Luiza Nobre

culminar com o *Interdito de Homine Libero Exhibendo*, remoto antecedente do *habeas corpus*, aplicáveis aos membros das classes dominantes.

A sociedade começa a perceber que há necessidade de mudanças e as exige. Começa a nascer o primórdio dos direitos humanos.

2ª Fase dos direitos humanos

No bojo desta Idade Média, relembra Silva²⁸, foram surgindo os pactos, os forais e as cartas de franquia, outorgantes de proteção de direitos individuais – embora grupais, entre eles apenas a título de exemplificação: Aragão (1265), Viscais (1556), Mayflower Compact (1620); Charter of Maryland (1632), Charter of Connecticut (1662), Charter of Rhode Island (1663) e outros. Na Inglaterra: Magna Carta, de (1215-1225), A Petition of Rights (1628), o Habeas Corpus Amendment (1679) e Bill of Rights (1688).

Virgílio Silva salienta que a Inglaterra, sempre precursora da ideia de direitos fundamentais, não tinha uma verdadeira declaração até 1789, pois os documentos como a Magna Carta, de 1215, o *Petition of Right*, de 1629 e o *Bill of Right*, de 1689, eram ou são declarações destinadas a garantir privilégios e prerrogativas de uma classe – a nobreza²⁹.

30

A declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão adotada pela Assembleia Constituinte francesa em 27.8.1789 foi um grande marco histórico. Nela encontramos direitos dos homens – liberdade, propriedade e segurança e os direitos, que pertencem ao indivíduo enquanto participante de uma sociedade política, como direito de resistência à opressão, o direito de concorrer, pessoalmente ou por representantes, para a formação da lei, como expressão da vontade geral; o direito aos cargos públicos.

As Revoluções Francesa e Industrial redundaram na formação de uma classe operária organizada, para quem as liberdades formais eram insuficientes, pois não havia a materialização desses direitos e havia a falsa noção de concessão dos mesmos, pois existiam formalmente, no papel não eram consolidados. O indivíduo era uma abstração, sendo um cidadão desvinculado da realidade da vida. Havia uma igualdade abstrata entre os homens, nos apontamentos de Silva³⁰. As declarações surgidas, sejam europeias ou mesmo americanas, refletem os pensamentos dos teóricos da época, como Rousseau, Locke, Montesquieu.

Iniciamos a segunda fase dos direitos humanos, em que se reconhece o grande papel do Estado e inúmeros direitos particulares são positivados com a

²⁸ SILVA, 1996, p. 150.

²⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 6, 2005, p. 541-558.

³⁰ *Ibid.*, p. 159.

separação do direito da moral. Há o nascimento de um Constitucionalismo moderno. Substituiu-se o paradigma do direito natural por um novo – filosofia do direito, e preponderou-se a ideia de que não existe direito que não o positivo³¹. Deixou o direito de ter como função operacional qualificar condutas, e sim um poder estatal que estabelece a diferença entre o lícito e o ilícito e assegura a efetividade desta diferença através da sanção, assumindo um papel técnico-instrumental de gestão da sociedade ao permitir, proibir, comandar e estimular comportamentos.

A declaração de Virgínia, a título de exemplificação, estava preocupada com a situação particular que afligia as ex-colônias inglesas na América – era mais concreta, enquanto a francesa, mais universalizante, e, segundo Jacques Robert³², tinha três características: (a) intelectualismo, em razão da afirmação dos direitos imprescritíveis do homem e da restauração de um poder legítimo; (b) mundialismo, uma vez que os princípios têm um valor geral que ultrapassa o país, para alcançar um valor universal; e (c) individualismo, porque só consagra as liberdades dos indivíduos, não mencionando a liberdade de associação nem a de reunião, preocupando-se em defender o indivíduo contra o Estado.

Nesse momento histórico, o poder era exercido pelo Estado e pelo poder econômico capitalista. Aparentemente, existe a concessão de liberdades de imprensa, liberdade de associação, mas, de fato, tais liberdades não podem ser exercidas senão pelos capitalistas burgueses. É toda uma concepção abstrata de liberdade ou igualdade, contrariamente ao período do jusnaturalismo. Aqui se tem a positivação de muitos direitos, mas que não saem do papel.

Os socialistas criticaram essas tendências capitalistas, e o Manifesto Comunista foi um documento político de muita importância, referência para outras transformações. A constituição mexicana de 1917, pela primeira vez, sistematiza o conjunto dos direitos sociais do homem, e, logo em seguida, na Alemanha, em 1919, na Constituição de Weimar, encontramos um capítulo de direitos e deveres fundamentais dos alemães: direitos da pessoa individual, direitos da vida social, direitos da vida religiosa, educação e escola e os da vida econômica.

Segundo Norberto Bobbio, até então o Legislativo, o Judiciário e o Executivo formam um todo no que tange a ação do Estado, mas é em matéria de efetividade da proteção aos direitos fundamentais que encontramos o principal problema, e ainda faz as seguintes ponderações:

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder dos meios disponíveis para realização

³¹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 47.

³² ROBERT, Jacques, *Liberté publiques*, p. 44-45 apud SILVA, 1996, p. 157.

dos mesmos, das transformações técnicas etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações³³.

Virgílio da Silva³⁴ relembra também a importância da Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, aprovado em 1918 pelo Terceiro Congresso *Panrusso dos Soviets*, fundada sobre o princípio da livre união das nações livres, propondo suprimir toda a exploração do homem pelo homem, abolir definitivamente a divisão da sociedade de classes, esmagar sem piedade todos os exploradores, realizar a organização socialista da sociedade e fazer triunfar o socialismo em todos os países.

Na Primeira Guerra Mundial, alianças foram formadas. De um lado, a Tríplice Aliança – Alemanha, Império Austro-Húngaro e Itália, e de outro, a Tríplice Entente – Reino Unido, França e Rússia, em que os mercados eram disputados entre as grandes potências. A Tríplice Aliança tinha como principal objetivo combater a concorrência comercial que avançava sobre a África e a China, e a Alemanha representava uma nova força na Europa. Por outro lado, o objetivo da Tríplice Entente era combater a Alemanha.

32

Somente para lembrar, o estopim da guerra foi o assassinato do arquiduque Francisco Ferdinando, herdeiro do império Austro-Húngaro, ocorrido em 28.6.1914³⁵. Em novembro de 1918, a Alemanha se rende e foi elaborado o Tratado de Versalhes; mas havia um grande desemprego, o fortalecimento de movimentos nacionalistas e a projeção dos Estados Unidos como potência mundial.

No período de 1919 a 1939, os Estados Unidos se transformaram em uma potência, graças a sua política de exportações e endividamento de seus camponeses, o que também o levou a uma crise, culminando com a “quebra da Bolsa de Valores” em 1929. Essa quebra atingiu o mundo em razão da interdependência dos países.

3ª Fase dos direitos humanos

Foram necessários os abusos da guerra, particularmente o totalitarismo nazista, para que esses direitos fossem internacionalizados e protegidos. Essa é a terceira fase dos direitos humanos. Esse é o sentido da Reconstrução de que fala

³³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 59.

³⁴ SILVA, 2005, p. 160.

³⁵ Segundo os apontamentos de BAPTISTA, Olívia Cerdoura Garjaka. *Direitos de nacionalidade em face das restrições coletivas e arbitrárias*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 25.

Celso Lafer na obra *A reconstrução dos direitos humanos*³⁶. Após todos os horrores perpetrados pela Alemanha, percebe-se que os direitos humanos precisavam sair da esfera local e serem internacionalizados, aplicando-se às nações de modo universal, mas de maneira consensual, de forma a que se evitasse, para o futuro, aqueles fatos que marcaram a humanidade.

O sentido universalizante passou a ser objeto do reconhecimento supraestatal em documentos declaratórios de feição multinacional ou mesmo universal. Nessa terceira fase encontraremos a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, com 30 artigos, fruto de um trabalho iniciado em 1945 na Carta das Nações Unidas. Nessa declaração foram consagrados três objetivos fundamentais: a certeza do direito, a segurança dos direitos e a possibilidade dos direitos, segundo Dallari³⁷.

A declaração afirma os preceitos da liberdade, da dignidade da pessoa humana, o ideal democrático, os direitos e as garantias fundamentais, o direito à resistência à opressão, o direito à nacionalidade³⁸. Mas ainda faltava a eficácia³⁹ dessas normas.

³⁶ LAFER, 1988, p. 30-31.

³⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 179.

³⁸ Vamos mencionar apenas alguns trechos, partindo do preâmbulo e as considerações, a saber: Preâmbulo: Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,

Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso.

³⁹ Vamos adotar a diferenciação tradicional sobre efetividade, eficácia, vigência da norma. A Vigência é qualidade da norma que a faz existir e a torna obrigatória ou o modo específico da existência da norma. Publicada a norma – ela é vigente, portanto tem validade. A Eficácia é a capacidade de atingir seus objetivos, em maior ou menor grau – aplicabilidade –, portanto aqui estamos tratando da possibilidade enquanto a Efetividade é o alcance dos objetivos. Eficácia é encarada como potencialidade (a possibilidade de gerar efeitos jurídicos), pensando em aplicabilidade como Realizabilidade. Assim – eficácia e aplicabilidade podem ser tidas como as duas faces da mesma moeda, na medida em que apenas a norma vigente será eficaz (no

A Assembleia Geral, em New York, em 16.12.1966, aprovou dois pactos importantes para essa efetivação: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), e, após essa aprovação, os pactos passavam a incorporar, com maior precisão e detalhamento, os direitos constantes da Declaração Universal. A conjugação da Declaração de 1948 com os dois Pactos resultou na “Carta Internacional dos Direitos Humanos” ou *International Bill of Rights*, que traduz a mais significativa expressão do movimento internacional dos direitos humanos.

Na ordem contemporânea, os direitos elencados na Carta Internacional de Direitos representam o amplo consenso alcançado acerca dos requisitos minimamente necessários para uma vida com dignidade. Enquanto o Pacto dos Direitos Civis e Políticos estabelece direitos endereçados aos indivíduos, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece deveres endereçados aos Estados. Enquanto o primeiro Pacto determina que “todos têm o direito a...” ou “ninguém poderá...”, o segundo Pacto usa a fórmula “os Estados-partes reconhecem o direito de cada um a...”.

Os direitos civis e políticos foram constituídos como direitos de resistência e de oposição perante o Estado Liberal, enquanto os direitos fundamentais sociais desde logo foram reconhecidos como direitos a serem obtidos através do Estado a quem cabe assegurar o bem comum e a justiça social.

34

A trajetória evolutiva do Estado, inspirada nesses novos conceitos, impôs o cânone da dignidade da pessoa humana, basilar no sistema constitucional, como um dos fundamentos da organização nacional para ser melhor observado e bem mais concretizado, mediante a adoção efetiva de hábeis instrumentos, em nível internacional e no seio de cada Estado-nação, direcionados à efetiva consagração dos valores éticos e jurídicos da liberdade, justiça, segurança e solidariedade, na expressão de Gomes⁴⁰.

Mas, como todos sabemos, para a implantação de qualquer pacto, e especificamente do PIDESC, os Estados-membros necessitam aderir ao pacto e, infelizmente, o direito existe, mas não é aplicado em toda a sua plenitude, por uma série de argumentos: falta de recursos, estrutura, vontade política etc. O Brasil ratificou o PIDESC apenas em 24 de janeiro de 1992. Hoje existe um monitoramento bem intensivo em relação a esse pacto⁴¹.

sentido jurídico), por ser aplicável, e na medida de sua aplicabilidade entre vigência e eficácia (a primeira como pressuposto da segunda) existe uma correlação dialética de complementariedade. Esta a precisa lição de Maria Helena Diniz, *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia supremacia*, p. 67, baseada, por sua vez, em Miguel Reale.

⁴⁰ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Direitos fundamentais sociais: uma visão crítica da realidade brasileira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, n. 53, out./dez. 2005, p. 40.

⁴¹ Pode-se acompanhar as realizações e a organização no site <<http://www.dhescbrasil.org.br>>.

A evolução da assistência social se confunde com a evolução da própria sociedade e dos homens. Talvez seja em razão da busca pelo reconhecimento tão prolatado pelo filósofo Hegel em sua obra⁴², publicada em 1807.

Essa questão do reconhecimento – tão antiga para o ser – é uma das questões-chaves para se entender o homem, afirma o filósofo russo Kojève (político marxista que na França, entre 1933 e 1939, ministrava curso na universidade sobre Hegel). Embora não tenha deixado um livro publicado, nas anotações de suas aulas, percebe-se que estudou com profundidade a obra de Hegel⁴³. E Kojève vai mais além ao afirmar que é necessário o agir, o fazer, o transformar:

Mas para se compreender o edifício da história universal e o processo de sua construção, é preciso conhecer o material que serviu para construí-lo. Esse material são os homens. Para saber o que é história, é preciso saber o que é o homem que a realiza. É claro que o homem não é um tijolo. Primeiro, se quiser comparar a história universal à construção de um edifício, é preciso dizer que os homens não são apenas os tijolos que entram na construção: são também os pedreiros que a constroem e os arquitetos que fazem o projeto, o qual se elabora progressivamente durante a própria construção. Além disso, até como “tijolo” o homem é essencialmente diferente do tijolo material: até o homem-tijolo muda durante a construção, tanto quanto o homem-pedreiro e o homem-arquiteto. Mesmo assim, há algo no homem, em todo homem, que o torna apto a participar – passiva ou ativamente – da realização da história universal⁴⁴. O homem só pode transcender a sua obra e ser sua ação se a obra e a ação forem sociais. (...) A obra do cidadão é uma realidade social. A obra manifesta igualmente a sua natureza e por ela, a natureza inata (animal) é dissolvida e o homem atinge sua verdade, torna-se verdadeiramente homem, o homem real⁴⁵.

Concluindo, podemos pensar que a evolução da assistência social partiu do *nomos* original e que, hoje, conceituar a assistência é conceituá-la a partir da percepção do Estado em dar, àqueles que estão em hipossuficiência, uma parcela de serviços que lhes permitam ser reintegrados à sociedade, e a partir do trabalho, produzirem para o bem comum. O objetivo dessa prestação estará calcada na busca pelo reconhecimento enquanto cidadão, numa visão mais estendida daquela feita em sua origem. Ainda será necessário analisar a dimensão desse direito de segunda dimensão.

⁴² Maiores detalhes e aprofundamento ver: HEGEL, George Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do espírito*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

⁴³ KOJÈVE, Alexandre. *Introdução à leitura de Hegel*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, EDUERJ, 2002.

⁴⁴ KOJÈVE, 2002, p. 158.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 89.

DIMENSÕES DO DIREITO

Os direitos fundamentais, inicialmente, foram classificados em quatro gerações, isto é, direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta gerações. Para efeitos de precisão terminológica, não vamos adotar o termo “geração”, pois pode gerar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, e sim a palavra dimensão, por concordar que a expressão pode induzir à ideia de que o reconhecimento de uma nova geração somente pode ou deve ocorrer quando a geração anterior já estiver madura o suficiente, dificultando bastante o reconhecimento de novos direitos, sobretudo nos países ditos periféricos (em desenvolvimento), onde sequer se conseguiu um nível minimamente satisfatório de maturidade dos direitos da chamada “primeira geração”. Por causa disso, a teoria contribui para a atribuição de baixa carga de normatividade e, conseqüentemente, de efetividade dos direitos sociais, tidos como direitos de segunda geração e, portanto, sem prioridade de implementação⁴⁶⁻⁴⁷.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão foram os primeiros reconhecidos pelos ordenamentos constitucionais e surgiram no final do século XVIII, dominaram todo o século XIX e correspondem aos direitos da liberdade, igualdade e fraternidade; tem um *status* negativo, pois exigem uma abstenção do Estado em favor da esfera de liberdade do indivíduo; eles correspondem aos direitos civis e políticos (direito de locomoção, direito de manifestação, direito de propriedade etc.).

36

Num segundo momento, os ordenamentos constitucionais começaram a expressar a preocupação com os desamparados, com a necessidade de se assegurar o mínimo de igualdade entre os homens; o indivíduo abandonou a terra e passou a viver na cidade, enfrentando toda uma agitação decorrente do desenvolvimento tecnológico. Passou a participar de novos espaços, como a fábrica e os partidos políticos, começou a aspirar a um bem-estar material propiciado pela modernidade, desenvolvendo-se, então, os direitos econômicos, culturais e sociais, assim como os direitos coletivos, já que diferentes formas de Estado social tinham sido introduzidas, fazendo nascer a segunda dimensão de direitos fundamentais, ligados ao ideal de igualdade: correspondem aos direitos sociais, culturais e econômicos.

No final do século XX, observou-se uma terceira geração de direitos fundamentais, com a finalidade de tutelar o próprio gênero humano, direitos considerados transindividuais, direitos de pessoas consideradas de forma

⁴⁶ LIMA, George Marmelstein. *Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Dissertação de Mestrado, Ceará, 2005, p. 60. Disponível em: <www.georgelimablogspot.com>. Acesso em: 14 abr. 2010.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45-46.

coletiva. São os direitos de fraternidade, de solidariedade, traduzindo-se num meio ambiente equilibrado, no avanço tecnológico, numa vida tranquila, à autodeterminação dos povos, à comunicação, à paz.

Hoje, já se fala em direitos fundamentais de quarta, quinta e sexta dimensões. Paulo Bonavides⁴⁸ afirma que os de quarta dimensão são aqueles ligados à globalização política, fenômeno mundial, que atinge, em maior ou menor grau, todas as nações, correspondendo ao direito de informação, de democracia e de pluralismo. O autor na nova edição de seu manual traslada os direitos antes classificados em terceira para a quinta dimensão.

Ferrajoli⁴⁹, por sua vez, denomina ao conjunto de todas as pessoas independentemente da cidadania como direito da pessoa ou direito da personalidade, e ao conjunto das outras classes de direitos como direitos dos cidadãos ou de cidadania, além dos direitos primários ou substanciais, secundários ou formais. Assim, da combinação dos direitos fundamentais, resultará: os direitos da pessoa (direitos humanos), a partir dos direitos primários e dos direitos dos cidadãos (direito público); e dos direitos secundários, teremos os direitos das pessoas – direitos civis e os direitos dos cidadãos – direitos políticos.

Para finalizar essas árduas e instigantes conceituações, mencionaremos que Perez Luño⁵⁰ acresce na classificação dos direitos de terceira geração, além da paz, a qualidade de vida e a liberdade de informática, que para ele já estão consagrados, bem assim outros, como: a garantia frente à manipulação genética, o direito de morrer com dignidade, o direito de disfrute do patrimônio histórico e cultural da humanidade, o direito aos povos em desenvolvimento, o direito à troca de sexo, ou das reivindicações das feministas em aborto livre e gratuito. Na obra *Los Derechos Fundamentales* sustenta que:

(...) los derechos fundamentales han sido fruto de una doble confluencia: a) de un lado, suponen el encuentro entre La tradición filosófica humanista, representada prioritariamente por el iusnaturalismo de orientación democrática, con las técnicas de positivación y protección reforzada de las libertades propias del movimiento constitucionalista, encuentro que se plasma em el Estado de Derecho; b) de outro lado, representan un punto de mediación y de síntesis entre las exigências de las libertades tradicionales de signo individual, con el sistema de necesidades radicales de carácter económico, cultural y colectivo a cuya satisfacción y tutela se dirigen los derechos sociales⁵¹.

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 566-570.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 292-294.

⁵⁰ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. La generation de derechos humanos. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 10, Sept./Dic. 1991, p. 209.

⁵¹ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 43.

Como a assistência social é um direito fundamental de segunda dimensão⁵², ainda será necessário explicar a questão da eficácia e aplicabilidade desse direito.

Para tanto, vamos nos socorrer novamente de Sarlet:

A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo de direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que as cartas anteriores e os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em princípio e ressalvada algumas exceções, reconhecido caráter meramente programático, enquadrando-se na categoria de normas de eficácia limitada⁵³.

[E arremata:] Aliás, na doutrina nacional já foi virtualmente pacificado o entendimento de que o rol dos direitos sociais (art. 6º) e o dos direitos sociais dos trabalhadores (art. 7º) são – exemplo do art. 5º, § 2º, da CF – meramente exemplificativos⁵⁴, de tal sorte que ambos podem ser perfeitamente qualificados como cláusula de abertura⁵⁴.

As constituições, como muito bem ministrado por Daniel Sarmento⁵⁵, são compostas de regras jurídicas e princípios. “Uma constituição que só contivesse princípios não emprestaria a segurança jurídica e previsibilidade necessárias ao ordenamento, mas uma Constituição, fundada exclusivamente em regras, não possuiria a plasticidade necessária à acomodação dos conflitos que eclodem na sociedade”.

38

Vamos também adotar a noção de princípio como normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, no sentido de que os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada, apenas impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fática ou jurídica⁵⁶. E salientamos que existe uma diferença e grau e de qualidade entre normas e princípios, e que para a teoria dos direitos fundamentais é uma das

⁵² Voto do Min. Celso de Mello: “enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade” (STF, MS 22.164/SP, jul. em 30.10.1995).

⁵³ SARLET, 2009, p. 82.

⁵⁴ Id.

⁵⁵ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 195.

⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 534.

colunas- mestras⁵⁷. Os princípios admitem uma ponderação entre eles, resolvendo-se o problema no plano do peso. Do próprio conceito de princípio resulta que a ponderação não é uma questão de “tudo ou nada”, mas uma tarefa de otimização⁵⁸. Não há qualquer direito fundamental que se aplique de maneira inflexível. Sem ponderação não será possível verificar o exato conteúdo dos direitos fundamentais e, por consequência, dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Ainda assim, trazemos a pontuação de Ricardo Chimento, que afirma que um direito de segunda dimensão, como a assistência social, impõe ao Estado o fornecimento de prestações destinadas ao cumprimento da igualdade e redução de problemas sociais, onde a aplicabilidade direta e imediata dos direitos dá ao indivíduo direito subjetivo de exigir do Estado prestações positivas⁵⁹.

Assim, coadunando com a posição de Sarlet⁶⁰, os direitos sociais, bem como os individuais, exigem obrigações negativas ou positivas por parte do Estado. Os direitos civis e políticos são realizados não apenas mediante obrigações negativas, assim como os direitos sociais, econômicos e culturais não são realizados apenas com obrigações positivas. Ambos deverão promover a redução das desigualdades sociais e regionais e resgatar a cidadania.

ASSISTÊNCIA SOCIAL E A LEGISLAÇÃO

Historicamente, a assistência pública caminhou da concepção filantrópica e beneficente para a pública, com um cunho de amparo, conforme pontuado por Cury:

Desta maneira, as expressões que, recorrentemente, aparecerão no corpo das Constituições Federais serão, ou o silêncio, como é o caso de 1891, ou a expressão Amparo à infância, ou então, como na Constituição de 37, que afirma que à infância à qual vier faltar recursos, o Estado deverá providenciar cuidados especiais. Portanto, a figura nesse caso, coerente com o Estado Novo, é Cuidado e não Dever, é Amparo e não Direito.

A Constituição de 46 de novo assume a expressão Assistência. Somente com a Constituição Federal de 67 e da Junta Militar de 69 é que se introduz, pela primeira vez, a noção de que uma Lei própria providenciará a Assistência à Infância. Mas continua havendo a figura da Assistência e do Amparo, agora na forma de uma Lei, e não simplesmente de uma forma genérica, feita através de qualquer tipo de instrumento⁶¹.

⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85-86.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 90-91.

⁵⁹ CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 46.

⁶⁰ SARLET, 2009, p. 205-206.

⁶¹ CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação infantil como direito. In: *Subsídios para credenciamento e funcionamento de instituições de educação infantil*. Brasília, MEC/SEF, COEDI, 1998. v. II, p. 12.

Edna Luiza Nobre

A Constituição Federal organizou a seguridade social (art. 194) como um sistema, um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde (196), à previdência (201) e à assistência (204) (esses são seus subsistemas). Vamos tratar diretamente da assistência social.

Ela será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II – o amparo às crianças e adolescentes carentes; III – a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e V – a garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (art. 203)⁶².

É um marco histórico essa normatização estampada na Constituição Federal/88, pois claramente ficou rompida a postura assumida nas cartas anteriores de concessão de favores ou filantropia ou beneficência, passando agora a um caráter de prestação de serviços estatal, com controle e responsabilidade⁶³.

Nesse aspecto, a assistência social, que tem um caráter subsidiário, e por ser considerada como um importante instrumento de inclusão daqueles que estão às margens da sociedade, por estarem destituídos do trabalho e sem possibilidade de ter a sua subsistência suprida por si ou por seus familiares, seja por fatores externos ou internos.

Isso em razão do sistema partir do pressuposto que o homem é autossuficiente para buscar o provimento às suas necessidades por meio do trabalho – essa é a regra social. Se surgirem circunstâncias, externas ou internas, que o impeçam de exercê-lo e se a sua família não puder provê-las, é que será acionado o mecanismo protetivo.

Marques⁶⁴ “esclarece que o sistema maior só intervirá quando o seu antecessor (menor) não se mostrar apto” e “observando-se sempre a ordem do menor para o maior (família, sociedade, Estado)”; é sempre bom lembrar que a ordem social capitulada na Carta Magna tem como base o trabalho e como objeto o bem-estar e a justiça sociais.

⁶² Reproduzido na Lei n. 8.212/91, art. 4º, e Lei n. 8.742/90 – LOAS, art. 2º.

⁶³ Para aprofundar a diferença entre estes institutos, ver: GOMES, Maria do Rosário Corrêa de Salles. *Assistência social: eixos estruturantes no Brasil e sua atividade normativa*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 40-41; HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 16.

⁶⁴ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O benefício assistencial de prestação continuada: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social*. São Paulo: LTr, 2009. p. 27.

Uma explicação deve ser feita nesse momento acerca da pobreza, tema relacionado. Moro conceitua direito antipobreza, exclusivamente, como aqueles direitos voltados apenas aos pobres e cujo objetivo é resgatá-los do estado de pobreza, diferenciando-os de direitos voltados exclusivamente aos pobres, mas que não têm o mesmo objetivo, como o direito à assistência judiciária gratuita, e de direitos que podem eliminar ou amenizar a pobreza, mas cujos destinatários não são exclusivamente os pobres, como o direito à saúde ou à educação, que, no Brasil, são a todos conferidos⁶⁵.

Portanto, fica declarado o caráter subsidiário desse direito, pois a Carta não o concedeu incondicionalmente a todas as pessoas, mas apenas a quem dele necessitar, conforme disposto no *caput* e reafirmado no inciso V, do art. 203, mencionado.

Objetivos e princípios

Ela se submete aos objetivos genéricos da seguridade social, ou seja, universalidade da cobertura e do atendimento; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; irredutibilidade do valor dos benefícios; equidade na forma de participação no custeio; diversidade da base de financiamento e caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Observa-se que esses objetivos só podem ser alcançados não apenas pelas ações governamentais, mas é fundamental a contribuição, inclusive dos aposentados, para a manutenção dos benefícios. É uma questão de justiça. John Rawls (autor da obra *Teoria da Justiça*) afirmava que uma concepção política da justiça é uma concepção moral elaborada para um certo tipo de questão: especificamente para as instituições políticas, sociais e econômicas⁶⁶.

Apenas para mencionar a Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993 – LOAS (Lei de Organização da Assistência Social), disciplina a sua organização e estrutura, reproduzindo, além dos artigos específicos da Constituição Federal, esses objetivos mencionados aqui.

A assistência social, como integrante do sistema de seguridade social, também resguarda suas ações conforme o princípio da seletividade e da distributividade na prestação de benefícios e serviços. A seletividade, na assistência social,

⁶⁵ MORO, Sérgio Fernando. Questões controvertidas sobre o benefício da assistência social. In: ROCHA, Daniel Machado da (Org.). *Temas atuais de direito previdenciário e assistência social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 144.

⁶⁶ RAWLS, John. Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica. Tradução de Regis de Castro Andrade. *Lua Nova. Revista de Cultura de Política*, n. 25, 1992. p. 33.

Edna Luiza Nobre

ocorre com relação às necessidades sociais. A distributividade, por sua vez, é averiguada com relação às pessoas consideradas economicamente pobres, que não têm condições de promover sua própria manutenção, ou de tê-la provida por sua família⁶⁷. São princípios que farão toda a diferença entre os diversos programas e os fins a serem alcançados.

Mas não é a pobreza que gera direitos, e sim a qualidade de ser cidadão, conforme as palavras de Sposati, que arremata:

(...) Por consequência, enquanto for atribuída a responsabilidade da assistência social ao trato do pobre, ela não será uma política de direito de cidadania. Esta é uma das questões mais difíceis a ser enfrentada, pois muda o “polo energético” da assistência social.

(...) Desta feita, a assistência social não é “mãe dos pobres” e, muito menos, mãe de “pobres envergonhados”. Caso me fosse possível, diria até que essa versão agride o disposto constitucional, raiando as beiras de uma inconstitucionalidade. A identidade atribuída de forma conservadora e moralista à assistência social, no interior do Estado, nega ao cidadão seus direitos⁶⁸.

42

Um Estado justo, para garantir a dignidade da pessoa humana e impedir a desumanização, que leva o homem a um patamar inferior ao mínimo que se pode suportar, deve ter um programa social que proteja e permita às pessoas terem um mínimo indispensável. A proteção social deve garantir a segurança da sobrevivência (de rendimento e autonomia) e do convívio ou vivência familiar.

Luiza Frischeisen aduz que a igualdade é um valor, e que pode ser construída em contraste com tudo o que se relaciona com a mera existência, não nos é dada, mas resulta da organização humana, porquanto é orientada pelo princípio da justiça. Concordamos com Luiza quando afirma que não nascemos iguais; tornamo-nos iguais como membros de um grupo por força da nossa decisão de nos garantirmos direitos reciprocamente iguais.

Política pública

A cidadania, em seu conceito jurídico clássico, estabelece um vínculo entre o cidadão e o Estado. Vicente de Paulo afirma que cidadão é aquele que goza, ou detém direitos civis (liberdades individuais) e políticos (participação política), mas também direitos sociais (trabalho, educação, habitação, saúde e prestações

⁶⁷ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 276-277.

⁶⁸ SPOSATI, Aldaiza. Assistência social: da ação individual a direito social. *Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC): Revista do Programa de Pós-Graduação “Lato Sensu” em Direito Constitucional*. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC). São Paulo: ESDC, n. 10, jul./dez. 2007. p. 441.

sociais em tempo de vulnerabilidade). O vínculo da cidadania, sob esse ponto de vista, materializa-se em duplo sentido, para a comunidade e o cidadão. E finaliza: “Portanto, só se pode exigir de um cidadão que assuma responsabilidades quando a comunidade política tiver demonstrado claramente que o reconhece como membro, inclusive, através da garantia de seus direitos sociais básicos”⁶⁹.

A política nacional de assistência reafirma a nova concepção de assistência social como direito à proteção social, direito à seguridade social, e tem duplo efeito: o de suprir sob dado padrão predefinido um recebimento e o de desenvolver capacidades para maior autonomia.

O desenvolvimento depende também de capacidade de acesso, vale dizer da redistribuição, ou melhor, distribuição dos acessos a bens e recursos; isto implica um incremento das capacidades de famílias e indivíduos. Assim, a proteção não pode ser aplicada em uma só frente, mas em várias. Portanto, alia-se aqui o caráter distributivo com o bem-estar.

Assim, atentos a essas particularidades e em cumprimento à determinação da Comissão de fiscalização do PIDESEC, bem como de toda movimentação social que exigia mudanças na área social, o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) editou a Resolução n. 145, de 15 de outubro de 2004 (DOU 28.10.2004), que aprovou o Plano Nacional de Assistência Social, cujo item 2 trata da política pública de assistência social⁷⁰.

Disciplina essa Resolução que a proteção social deve garantir as seguintes seguranças: segurança de sobrevivência (de rendimento e de autonomia); de acolhida; de convívio ou vivência familiar e que essa política social transitará no campo dos direitos, da universalização dos acessos e da responsabilidade estatal. Para os órgãos executivos, o conceito de política pública não é nenhuma novidade, mas para os operadores do direito esse é um conceito novo que envolve uma gama imensa de variáveis e intervenções articuladas, de modo a garantir que o necessitado possa ser atendido e ter o seu papel de cidadão resgatado, o que nem sempre é muito fácil de ser concebido juridicamente e resguardado judicialmente.

As diretrizes determinadas na política para a assistência social são a I – descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; e a II – participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

A descentralização da assistência e a participação da população na formulação das políticas sociais são diretrizes privilegiadas na LOAS, bem como a

⁶⁹ BARRETO, 2003, p. 131.

⁷⁰ PNAS/2004. *Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome* – Secretaria Nacional de Assistência Social. Brasília, novembro de 2005, reimpresso em março 2010. p. 31-38.

universalização dos direitos sociais e a igualdade no acesso aos serviços, figurando-os como questões basilares. A descentralização é aqui entendida não apenas no sentido de remanejamento de competências decisórias e executivas, mas também de recursos financeiros e, introduzindo em contrapartida, a participação da sociedade civil, conforme posição de Rosa Okabayashi⁷¹.

A sociedade pode se organizar em conselhos para anuir na formulação de diretrizes. Esses conselhos participativos terão, a partir de agora, um importante papel na divisão das tarefas, pois para a verdadeira implementação e a eliminação da pobreza absoluta, é necessário que a sociedade participe. Não se pode mais esperar que a tarefa apenas seja desempenhada pelo Estado, mas a constituição cobra a forma solidária entre os entes federativos e a comunidade, principalmente a partir da iniciativa do cidadão em solicitar o serviço ou benefício.

O Estado, por meio da Resolução n. 145/2004, com o intuito de cumprir os objetivos enumerados acima, propõe duas óticas de segurança: a segurança de rendimentos (a justiça distributiva) e a de acolhida (*welfare state*). A segurança de rendimentos não é uma compensação do valor do salário-mínimo inadequado, mas a garantia de que todos tenham uma forma monetária de garantir sua sobrevivência, independentemente de suas limitações para o trabalho ou do desemprego. Essa forma responde a uma das formulações elaboradas por Barcellos, ficando a questão do *quantum* a ser determinado.

44

A segurança da acolhida é uma das seguranças primordiais da política de assistência social. Ela opera com a provisão de necessidades humanas que começa com os direitos à alimentação, ao vestuário, e ao abrigo, próprios à vida humana em sociedade. A conquista da autonomia na provisão dessas necessidades básicas é a orientação desta segurança da assistência social. As formas seletivas de distribuição e redistribuição de bens materiais (como a comida e o dinheiro), quanto os bens culturais (como os saberes), que permitirão a sobrevivência e a integração, sob várias formas na vida social. Não é esmola, é política, uma conjugação, pois, num primeiro momento, precisamos dar o peixe e simultaneamente ensinar o indivíduo a pescar. Essa forma responde a outra das formulações elaboradas por Barcellos.

A Política Nacional de Assistência Social prevê ser dever enfrentar as desigualdades socioterritoriais, visando à garantia dos mínimos sociais, ao provimento de condições para atender à sociedade e à universalização dos direitos sociais. O público dessa política são os cidadãos e grupos que se encontram em situações de risco, já mencionados.

⁷¹ OKABAYASHI, Rosa Yoko. *Lei Orgânica da Assistência Social (Loas): uma reflexão preliminar sobre a descentralização da assistência e a universalização dos direitos sociais*. Dissertação (Mestrado) – apresentada Universidade Estadual de Londrina, 1994.

Cada município verificará a possibilidade de ampliação gradual dos serviços (em obediência ao princípio da progressividade), de modo a abarcar outras situações de risco ou violação de direitos, com relação às pessoas idosas, pessoas com deficiência, mulheres vítimas de violência, população de rua, entre outras. Atualmente, esse é um serviço que não está totalmente implementado e em funcionamento, embora a defasagem dos serviços seja imensa.

A gerência da assistência social é feita pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate a Fome (MDS), que desenvolve programas, administra, controla, conforme apresentação no site www.mds.gov.br. Este Ministério, que abarcou o antigo Ministério da Assistência Social, foi criado em 23 de janeiro de 2004 e regulado pela Lei n. 10.869, de 13 de maio de 2004. Ao lado do Ministério da Previdência e do Ministério da Saúde, compõe o esquema operacional das políticas de seguridade social⁷².

RELAÇÃO JURÍDICA ASSISTENCIAL PÚBLICA

A relação jurídica assistencial pública compõe-se de um tripé: usuário, fornecedor da prestação e do objeto a ser prestado.

Usuário do sistema

Constitui o público usuário: os cidadãos e os grupos que se encontram em situações de vulnerabilidade e riscos, tais como: famílias e indivíduos com perda ou fragilidade de vínculos de afetividade, pertencimento e sociabilidade; ciclos de vida; identidades estigmatizadas em termos étnico, cultural e sexual; desvantagem pessoal resultante de deficiências; exclusão pela pobreza e, ou, no acesso às demais políticas públicas; uso de substâncias psicoativas; diferentes formas de violência advindas do núcleo familiar, grupos e indivíduos; inserção precária ou não inserção no mercado de trabalho formal e informal; estratégias e alternativas diferenciadas de sobrevivência que podem representar risco pessoal e social.

O art. 1º da Lei n. 8.472/92 expressamente consigna ser a assistência social *direito do cidadão*. Ora, se a Constituição Federal diz que a Assistência Social deve ser prestada a quem dela necessitar, não há uma incoerência ao se excluir os estrangeiros, os apátridas (pode haver casos de refugiados) e os nacionais, com irregularidades em seu título de eleitor?

Não podem se alistar como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos, afirma o art. 14 da Constituição Federal, e no art. 15 encontramos as situações de perda dos direitos políticos que só se

⁷² SANFELICE, Patrícia de Mello. Assistência social. *Cadernos de Direito Previdenciário*, Porto Alegre: Emagis, n. 3, v. II, 2005. p. 103.

Edna Luiza Nobre

darão nos casos de: I – cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; e IV – recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII.

Se realmente o legislador optou pela exclusão tanto dos estrangeiros – talvez em razão da falta de previsão da fonte do custeio, quanto dos nacionais que estejam com irregularidades em seu título de eleitor, essa não foi uma boa opção, por ferir a dignidade da pessoa humana.

Para melhor entender essa questão, vamos trazer dados encontrados na Política Nacional para Inclusão Social da População em Situação de Rua⁷³, publicado em maio de 2008, em Brasília. Nesse documento são encontrados os resultados de uma ampla pesquisa nacional realizada no ano de 2007, sob a coordenação do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, acerca das pessoas que estão nessa situação.

Inicialmente, a população em situação de rua é conceituada como o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória (Dec. n. 7.053/2009).

46

Os dados apontam que grande parte dos entrevistados teve algum tipo de desavença familiar – 29,1%, desemprego – 29,8%, alcoolismo/drogas – 35,55%. Muitos deles têm em seu histórico de vida internações em instituições, seja por dependência química (28,1%), ou abrigo institucional (27,0), casa de detenção (17,0), FEBEM (12,2%), orfanato (15,5%), hospital psiquiátrico (16,7)⁷⁴. E a grande maioria não é atingida pela cobertura dos programas governamentais: 88,5%. Finalmente, 24,8% das pessoas não possuem quaisquer documentos de identificação e 61,6% não possuem título de eleitor⁷⁵.

Nesse aspecto, será impossível se ater à conceituação restrita de cidadão, se o objetivo do legislador for realmente atender a todos os necessitados e, em particular, aqueles que estão em situação de miséria absoluta, como são grande parte da população em situação de rua, até porque a carta constitucional assim não o fez, principalmente em relação aos serviços prestados pelo Estado. Deve-se abandonar a forma restrita para se adotar a conceituação ampla de cidadão.

Outro usuário bem distinto são os idosos, que além dos direitos enumerados no Estatuto do Idoso – Lei n. 10.741/2003, também terão ações, realizadas de

⁷³ POLÍTICA NACIONAL para inclusão social da população em situação de rua. Disponível em: <<http://www.congemas.org.br/pnprconsultapublica.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2010. p. 12.

⁷⁴ Id.

⁷⁵ Ibid., p. 14.

forma articulada, conforme os princípios e diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, na Política Nacional do Idoso, no Sistema Único de Saúde e demais normas pertinentes. Sua proteção vai desde o recebimento do benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo àqueles que a partir de 65 anos não possuem meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família até o acolhimento, em locais determinados, como casa-lar.

Em relação ao deficiente, precisamos fazer uma análise mais profunda. Conforme art. 203, V, da Carta, (reproduzido na Lei n. 8.212/91, art. 4º, e Lei n. 8.742/90 – LOAS, art. 2º), é garantido um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência que comprovar não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Mas o legislador na LOAS, art. 20, § 2º, acresceu um requisito não previsto na constituição, ou seja: para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é *aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho*.

Para o texto constitucional, basta ser portador da deficiência e que, em razão dessa deficiência, não possa ter condições laborativas, a ser devidamente averiguado por meio de perícia. Para a LOAS, além de ser portador da deficiência, são necessários dois requisitos: que esta deficiência lhe provoque incapacidade para a *vida independente e para o trabalho*.

Salvo melhor juízo, não pode o legislador ordinário acrescentar outro requisito que limitará e restringirá a concessão do benefício, sob pena de usurpação de competência e, portanto, vício de inconstitucionalidade. Além do mais, a assistência social será prestada, quando não houver possibilidade de trabalho – em razão do seu próprio caráter subsidiário. Caso contrário, vinculado o deficiente estará ao regime de previdência social, não necessitando da assistência social.

Outro ponto a ser mencionado é que a lei criou um critério de aferição da miserabilidade, pois considera incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a ¼ (um quarto) do salário-mínimo (art. 20, § 3º).

Esse parágrafo foi declarado constitucional pelo STF, na ADIN n. 1.232/DF (Galvão, *DJ* 01.06.2001) e Reclamação n. 2.264, e acatado como critério de aferição da miserabilidade, ou seja, famílias que percebam um pouco mais de ¼ do salário-mínimo, não são consideradas miseráveis para o STF, porque entenderam que a legislação ordinária criou apenas esse critério para aferição e nenhum outro mais. O STF optou pela literalidade do texto legal em desfavor da dignidade da pessoa humana.

No entanto, em outro julgado afirmam, contrariando a própria literalidade do § 3º, e sua própria decisão, em que se aduz que a totalidade do capital será o

Edna Luiza Nobre

percebido pela família⁷⁶, ou seja, o somatório dos valores percebidos por todos os membros, o seguinte:

Não contraria o entendimento adotado pela Corte no julgamento da ADI n. 1.232/DF, a dedução da renda proveniente de benefício assistencial recebido por outro membro da entidade familiar (art. 34, § único, do Estatuto do Idoso), para fins de aferição do critério objetivo previsto no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93 (renda familiar mensal *per capita* inferior a 1/4 do salário-mínimo) – RE n. 561.936/PR, Rec. Ext. Relator: Min. CEZAR PELUSO, j. 15/04/2008, 2ª Turma.

Curiosamente, o STJ, quando acionado para se manifestar sobre esse mesmo inciso, se posiciona em sentido contrário, afirmando que é possível se aferir a carência por outros meios de prova e que o critério de aferição mensal deve ser tido como um limite mínimo⁷⁷.

Fornecedor

O art. 194 da Constituição Federal aduz que a seguridade compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade.

48

A sociedade pode estar organizada em sociedades civis, em grupos, ou a assistência pode ser prestada individualmente. O modo como está constituída não é importante, mas, sim, que a responsabilidade deve ser compartilhada.

Se uma sociedade civil, organizada em forma de pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, quiser ser certificada como entidades beneficentes de assistência social e para receber as benesses tributárias e subvenções públicas, deverá cumprir os requisitos da Lei n. 12.101/2009. Essa entidade deverá prestar os serviços, de forma gratuita, continuada e planejada, estar inscrita no Conselho Municipal de Assistência Social ou, em sua falta, no Conselho Estadual e integrar o cadastro nacional de entidades e organizações de assistência social.

Mas o principal responsável pela prestação desses serviços assistenciais é o Poder Público. Há uma verticalização federativa, no qual se conclama a União, os Estados-Membros ou Distrito Federal e os Municípios, que devem trabalhar conjuntamente para atender à demanda. Observa-se também que o sistema exige

⁷⁶ O art. 20, da LOAS, preceitua que entende-se por família a unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes e que o mesmo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, com exceção da assistência médica.

⁷⁷ REsp n. 1.112.557/MG – RECURSO ESPECIAL 2009/0040999-9, Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 3ª Turma, j. em 28.10.2009, *DJe* 20.11.2009, *RSTJ* v. 217 p. 963. No mesmo sentido AgRg no REsp n. 507.210, AgRg no Ag n. 1.117.071, AgRg no REsp n. 1.125.402, AgRg no REsp n. 938.279, todos do ano de 2010.

a interdisciplinariedade e intersectoriedade para a efetiva prestação, em obediência ao próprio comando constitucional estampado no art. 204.

É importante analisar onde serão disponibilizados os serviços e/ou prestações e como eles serão fornecidos. A opção encontrada foi a de relacionar as pessoas em seus territórios, ou seja, nos municípios. Nesta esteira, foi elaborada a estrutura denominada Centros de Referência de Assistência Social – CRAS, vinculados à proteção social básica, e o CREAS, à proteção social especial.

O CRAS é um espaço fundamental para desenvolver ações complementares do programa “Bolsa Família” e estabelecer as devidas interfaces com o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI) e com os de inclusão produtiva, geração de trabalho e renda, entre outros. Hoje, o programa de transferência de renda é concentrado aqui e, nos Municípios pequenos, ainda não existe estrutura totalmente implementada para o cumprimento dos outros programas.

O CREAS deve se constituir como polo de referência, coordenador e articulador da proteção social especial de média complexidade, sendo responsável pela oferta de orientação e apoio especializados e continuados de assistência social a indivíduos e famílias com seus direitos violados, mas sem rompimento de vínculos, por ocorrência de violência física, sexual, psicológica, exploração sexual, negligência, uso de drogas e trabalho infantil, entre outros.

Em um primeiro momento, prestará atendimento apenas às situações de risco e violação de direitos de crianças e adolescentes e atendimento a adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa em meio aberto (L.A. e PSC), direcionando o foco das ações para a família, na perspectiva de potencializar sua capacidade de proteção a suas crianças e adolescentes.

Apesar de todo o esforço apresentado pelo governo em concretizar o CRAS e o CREAS, ainda não é uma realidade plenamente palpável. Até março de 2010 estavam cadastrados no Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome 4.338 municípios, desde pequenos até as grandes metrópoles, e até 2007, havia 4.005 unidades dos CRAS em funcionamento e distribuídas em mais de 3.000 municípios brasileiros, sendo 3.200 financiados total ou parcialmente pelo governo federal e o restante por governos municipais ou estaduais⁷⁸. Na metrópole de São Paulo há somente 2 CREAS e 32 CRAS⁷⁹, o que nos leva a pensar que os programas de transferência de renda são priorizados frente aos outros, que ficam desprestigiados.

⁷⁸ CRAS, *um lugar de (re)fazer histórias*, ano 1, n. 1, 2007. Brasília: MDS, 2007. ISSN: 1982-4734. Assistência Social – Sistema Único. I. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. II. Secretaria Nacional de Assistência Social. III. Centro de Referência de Assistência Social – CRAS, p. 2.

⁷⁹ Disponível em: <<http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/ascom/index.php?cut=aHR0cDovL2FwbGljYWVnZXMuYWRzLmdvdi5ici9zYWdpL2FzY29tL2VuZGVyZWVnL2luZGV4LnBocA==&loc=mdsAddress>>. Acesso em: 2 ago. 2010.

Mas devemos frisar que é vista com acerto a centralização no CRAS/CREAS (como espaço físico) para o funcionamento do serviço municipal de atendimento psicossocial às famílias vulneráveis em função de pobreza e de outros fatores de risco e exclusão social. Para isso ser possível, terá, preferencialmente, sua base nos bairros, regiões ou comunidades onde houver maior concentração de famílias nessas condições, portanto, áreas mais pobres e vulneráveis, com renda *per capita* de até ½ salário-mínimo (o que avilta qualquer dignidade humana). É orientação do Ministério do Desenvolvimento Social e combate à Fome que o território é que deve orientar a melhor e mais justa maneira de cumprir as diretrizes da política⁸⁰.

Como ponto positivo, as famílias carentes – um dos principais eixos protetivos da proteção social – terão uma maior facilidade em seu acesso, o que torna o trabalho dos agentes públicos em acompanhar o efetivo emprego e a diminuição ou não da miserabilidade dessas pessoas, em suas visitas domiciliares, bem como cumpre o papel da disponibilização do serviço.

Como ponto negativo, pode-se criar um isolamento dessas mesmas áreas, criando-se bolsões dos excluídos, o que acabará levando a uma discriminação não tolerada pela Carta Constitucional. A Carta Magna proíbe qualquer forma de discriminação, mas não há tipificação penal para todas as suas formas de exercício. A solução será, a nosso ver, uma campanha maciça, por parte das autoridades públicas, de esclarecimento à população, convocando-a a participar de alguma forma.

50

Outro cuidado que se há de ter é em relação ao que Yazbek⁸¹ chama de primeiro-damismo em relação ao exercício da política assistencial. Isso pode evidenciar a presença do conservadorismo e a persistência em se manter o antigo caráter clientelismo e patrimonialista da cultura dos programas anteriores. A tendência é fazer, por exemplo, que no CRAS somente prevaleça programas de transferência de renda, enquanto os outros programas, relacionados a moradores de rua e a idosos, os programas de atenção à família, deficientes, combate à exploração sexual de crianças, jovens e adolescentes ou mesmo o programa de erradicação do trabalho infantil fiquem estagnados.

Um ponto a se pensar também é o da implementação da política nacional para inclusão social da população em situação de rua, aprovada em maio de 2008.

⁸⁰ CASTRO, Flávio José Rodrigues de. *CRAS: A melhoria da estrutura física para o aprimoramento dos serviços*: orientações para gestores e projetistas municipais. Brasília. DF: MDS, Secretaria Nacional de Assistência Social, 2009. p. 25.

⁸¹ YAZBEK, Maria Carmelita et al. Avaliando a implantação do sistema único de assistência social no Brasil. In: *IV Jornada Internacional de Políticas Públicas*. Trabalho para apresentação em mesa coordenada da IV Jornada Internacional de Políticas Públicas, promovida pelo Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão, São Luis 25 a 28.08.2009, Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

É preciso encontrar mecanismos e ambiente apropriado para atendimento a essa população⁸². Nesse documento, afirma-se a necessidade em se desconstruir a imagem de que essas pessoas não têm atividade alguma. Ao contrário! 70,95%, na pesquisa nacional realizada, trabalham em atividade informal, como: flanelinhas, catadores de material reciclável, construção civil ou carregadores. No CRAS/CREAS, pode-se iniciar todo um trabalho nesse sentido. Talvez para os municípios pequenos a política seja melhor aplicada, mas o programa deverá atingir também as grandes metrópoles, como a cidade de São Paulo.

Não será somente no CRAS que esse cidadão encontrará o seu resgate total em sua dignidade, pois eliminar esse estado de miserabilidade implicará haver políticas públicas interdisciplinares em saúde, assistência, assistência social, trabalho, geração de renda, cultura, habitação, sem se contar com o estigma criado pela sociedade, que precisa também ser trabalhado pelos órgãos de comunicação. É costume dizer que a crueldade no uso das palavras fere muito mais que a própria situação em si. Todas essas conexões precisam ter o amparo, a cooperação e a aceitação da sociedade.

Objeto

Aldaiza Sposati faz a seguinte afirmação acerca do objeto da assistência social:

Analisar a especificidade/particularidade da política assistencial no Brasil significa entender que estamos tratando de um objeto sócio-histórico, econômica e geograficamente situado, e que, portanto, se está tratando de uma dada relação de forças sociais, econômicas e políticas que, no caso, constrói o formato do regime brasileiro de assistência social. Essa relação de forças é conjunturalmente mutável a partir da relação democrática entre sociedade, mercado, governo, estado, executivo, legislativo, judiciário. É importante ter presente que, embora a execução da política social esteja a cargo do executivo, seu alcance sob o regime democrático depende do Legislativo — pela construção de normas e aprovação orçamentária —, bem como do Judiciário, pelo ritmo que imprime, e opera, a processualidade jurídica, em defesa dos direitos dos cidadãos.

Pratica o reducionismo aquele que analisa a política social tão só a partir do executivo. É o Poder Legislativo que torna a política “de Estado” quando a reconhece como lei duradoura e contínua. É por sua vez o Poder Judiciário que a confirma como direito de cidadania ao reconhecer a violação de direitos do cidadão ou a omissão do Estado em sua

⁸² *Política Nacional para inclusão social da população em situação de rua*, p. 15. Disponível em: <<http://www.congemas.org.br/pnprconsultapublica.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2010.

Edna Luiza Nobre

prática. Sem esses trânsitos, “morreremos na praia” do discurso, sem efetividade para o cidadão que quer ter certeza da atenção social e de sua cidadania reconhecida⁸³.

Do ponto de vista do Poder Executivo, a assistência social está estruturada em programas. Neles iremos encontrar benefícios e serviços.

É importante pontuar que precisamos tomar cuidado com o conceito de família, já que ele é primordial para os programas que serão apresentados. O que é família? Será que à família, para efeitos de assistência, o conceito é aplicado de modo uniforme? Esse conceito foi bem estudado por Sanfelice e se torna crucial nesse momento, uma vez que:

A questão da responsabilidade familiar tangencia o ambiente da assistência social, visto que apenas na ausência de condições da família nasce a responsabilidade do Estado – que é subsidiária, e não solidária. É, portanto, uma questão crucial para a assistência a definição de família, bem como dos contornos de sua responsabilidade no trato dos hipossuficientes que a compõem, quais sejam, os idosos, as crianças e os deficientes. Para esta análise, parte-se dos dispositivos constitucionais previstos nos artigos 227, 229 e 230⁸⁴.

52

A autora menciona que no texto original do § 1º, do art. 20, da Lei n. 8.742/93, família era a unidade mononuclear, ou seja, pessoas que residiam sob o mesmo teto, independentemente de haver consanguinidade ou não. Esta conceituação

foi afastada pela Lei n. 9.720/98, que deu nova redação ao dispositivo, informando que, para os efeitos do disposto em seu *caput*, será considerada como família o conjunto de pessoas elencadas no artigo 16 da Lei n. 8.213/91 – Lei de Benefícios da Previdência Social –, vivendo sob o mesmo teto.

Logo, a alteração legal vinculou tal conceito à determinação dos dependentes para benefícios previdenciários⁸⁵. Desta forma são integrantes da família o cônjuge ou companheiro(a), os filhos menores de 21 anos ou inválidos, desde que não emancipados, inclusive os enteados e menores tutelados, os pais, os irmãos, menores de 21 anos ou inválidos e não emancipados, desde que, em qualquer caso, residam sob o mesmo teto. Essa é a redação que vem sendo utilizada na regra genérica e aplicada para o *Benefício de Prestação Continuada* e adotada pelas Turmas Recursais do TRF da 3ª Região (Enunciados ns. 2 – MS e 15-SP).

⁸³ SPOSATI, 2007, p. 438.

⁸⁴ SANFELICE, 2005, p. 102.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 117.

Infelizmente, não há homogeneidade para a sua aplicação em todos os programas. Vamos finalizar, reiterando a urgência em se padronizar o conceito de família, sob uma ótica mais moderna e dinâmica, trazendo à tona a própria ponderação feita no Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, a saber:

A desnaturalização do conceito de família, a desmistificação de uma estrutura que se colocaria como ideal e, ainda, o deslocamento da ênfase da importância da estrutura familiar para a importância das funções familiares de cuidado e socialização questionam a antiga concepção de “desestruturação familiar” quando abordamos famílias em seus diferentes arranjos cotidianos.

Vimos, agora, surgir a imperiosa necessidade de reconhecimento do direito à diferença, desde que respeitado o referencial dos direitos de cidadania. Ou seja, a família nuclear tradicional, herança da família patriarcal brasileira, deixa de ser o modelo hegemônico, e outras formas de organização familiar, inclusive com expressão histórica, passam a ser reconhecidas, evidenciando que a família não é estática e que suas funções de proteção e socialização podem ser exercidas nos mais diversos arranjos familiares e contextos socioculturais, refutando-se, assim, qualquer ideia preconcebida de modelo familiar “normal”⁸⁶.

A assistência social é gerenciada pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), que desenvolve programas, os administra e controla, conforme apresentação no site www.mds.gov.br. Este Ministério, que abarcou o antigo Ministério da Assistência Social, foi criado em 23 de janeiro de 2004 e regulado pela Lei n. 10.869, de 13 de maio de 2004. Ao lado do Ministério da Previdência e do Ministério da Saúde, compõe o esquema operacional das políticas de seguridade social. A ele cabe a missão de coordenar, supervisionar, controlar e avaliar a operacionalização dos programas de transferência de renda⁸⁷.

CONCLUSÃO

A assistência social é um direito social e deve ser prestada a todos aqueles que dela necessitarem. É um direito fundamental. O Estado tem o dever de atender aos ditames sociais e garantir a dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil, conforme preceituado no art. 1º, III, da Carta Magna. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

⁸⁶ BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária* – Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília-DF: Conanda, 2006. p. 29.

⁸⁷ SANFELICE, 2005, p. 103.

Edna Luiza Nobre

A cidadania, em seu conceito jurídico clássico, estabelece um vínculo entre o cidadão e o Estado. Esse vínculo, entretanto, no quadro do estado democrático de direito, torna-se mais abrangente, pois cidadão é aquele que goza, ou detém direitos civis (liberdades individuais) e políticos (participação política), bem como direitos sociais (trabalho, educação, habitação, saúde e prestações sociais em tempo de vulnerabilidade).

Analisamos que a justiça é a possibilidade de todos terem acesso a bens e direitos considerados essenciais em determinada sociedade; a igualdade será um critério possível de distribuição de justiça.

A assistência aos desamparados identifica um conjunto de pretensões cujo objetivo é evitar a indignidade em termos absolutos, envolvendo particularmente a alimentação, o vestuário e o abrigo. E conclui alertando que é um direito de não cair abaixo de um determinado patamar mínimo, independentemente de qualquer outra coisa.

Foi analisada toda a legislação, e observamos que para o conceito de família não há conceituação uniforme, sendo aplicada de um modo a um benefício e de modo mais restrito ou ampliado a outro, o que fere a constitucionalidade.

54 Por fim, não podemos deixar de mencionar que a realidade de implantação e implementação do SUAS é diversa nos municípios de pequeno porte e nos grandes municípios. Logicamente, nos pequenos municípios, o CRAS se reveste de grande importância, pois é a entrada de famílias necessitadas e que pleitearão os benefícios assistenciais, procurando principalmente o BPC.

Nos grandes municípios, em particular nas metrópoles, esse fenômeno é um pouco diferente, pois a dimensão e a densidade populacional dessas cidades são imensas e existe uma tendência para o conservadorismo na operação do SUAS.

Enfim, ainda há uma gama imensa de trabalho a se fazer. O poder público se muniu de muitos programas, que atingirão, ideologicamente, a todos os problemas. Mas a pergunta que nos fazemos é: com os baixos salários municipais, esses serviços serão prestados a contento? Os profissionais municipais estão sendo capacitados de forma plena para atender toda a demanda necessitada? Todos os CRAS atendem às especificações técnicas? Está sendo fornecida alimentação com qualidade aos necessitados? A política para os moradores de rua está sendo cumprida ou ainda não saiu do papel efetivamente?

O que impede que as questões relacionadas aos programas e políticas da assistência social cheguem aos tribunais, com exceção daqueles relacionados à transferência de renda?

São muitas perguntas que precisam ser investigadas pelas Universidades, pois, como foi dito no início, muito se tem falado sobre os programas de transferência de renda, mas a proposta da política para a assistência social é muito mais

ampla e, se aplicada corretamente, poderá levar realmente ao resgate da cidadania para aqueles que se encaixarem em alguma das possibilidades enumeradas e reinquadrá-los a uma atividade laborativa, amparados pela previdência social.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BAPTISTA, Olívia Cerdoura Garjaka. *Direitos de nacionalidade em face das restrições coletivas e arbitrárias*. Curitiba: Juruá, 2007.
- BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária* – Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília-DF: Conanda, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.
- CASTRO, Flávio José Rodrigues de. *CRAS: A melhoria da estrutura física para o aprimoramento dos serviços: orientações para gestores e projetistas municipais*. Brasília. DF: MDS, Secretaria Nacional de Assistência Social, 2009.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação infantil como direito. In: *Subsídios para credenciamento e funcionamento de instituições de educação infantil*. Brasília, MEC/SEF, COEDI, 1998. v. II.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- FORTES, Simone Barbisan. Conceito aberto de família e seguridade social. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio (Org.). *Direito da previdência e assistência social*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.
- FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Edna Luiza Nobre

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética. *Lua Nova Revista de Cultura e Política*, n. 70, 2007.

FRIEDRICH, Carl J. *Perspectiva história da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil: alguns caminhos e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. O futuro dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, n. 56, jul./set. 2006.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Direitos fundamentais sociais: uma visão crítica da realidade brasileira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, n. 53, out./dez. 2005.

GOMES, Maria do Rosário Corrêa de Salles. *Assistência social: eixos estruturantes no Brasil e sua atividade normativa*. São Paulo: Malheiros, 2005.

HEGEL, George Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do espírito*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

HUNTER, Wendy; POWER, Timothy. Recompensando Lula – Poder Executivo, política social e as eleições brasileiras de 2006. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcántara (Org.). *Democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

56

IPEA. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/download/TerceiroRelatorioNacionalODM.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2010.

JUSTO, Carolina Raquel Duarte de Mello. *Assistência social e construção da cidadania democrático-participativa no Brasil: um estudo do impacto social e político do PGRFM de Campinas (1995-2000)*. Dissertação (Mestrado). Apresentada na Unicamp, 2002.

KOJÈVE, Alexandre. *Introdução à leitura de Hegel*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, EDUERJ, 2002.

KOJÈVE, Alexandre. Perspectiva europeia del colonialismo. Traducción de Manuel Vela Rodriguez. *La Torre del Virrey: Revista de Estudios Culturales*, ISSN 1885-7353, n. 1, 2006.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LIMA, George Marmelstein. *Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Dissertação de Mestrado, Ceará, 2005, p. 60. Disponível em: <www.georgemlima.blogspot.com>. Acesso em: 14 abr. 2010.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. La generation de derechos humanos. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 10, Sept./Dic. 1991.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los derechos humanos, significación, estatuto y sistema*. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979.

MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O benefício assistencial de prestação continuada: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social*. São Paulo: LTr, 2009.

Direitos humanos e a inclusão social

- MARTINS, Ives Gandra; BASTOS, Celso Bastos. *Comentários à Constituição Federal do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, n. 52, jul./set. 2005.
- MORO, Sérgio Fernando. Questões controvertidas sobre o benefício da assistência social. In: ROCHA, Daniel Machado da (Org.). *Temas atuais de direito previdenciário e assistência social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- NOGUEIRA DA SILVA, Paulo Napoleão. *Breves comentários à Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- OKABAYASHI, Rosa Yoko. *Lei Orgânica da Assistência Social (Loas): uma reflexão preliminar sobre a descentralização da assistência e a universalização dos direitos sociais*. Dissertação (Mestrado) – apresentada Universidade Estadual de Londrina, 1994.
- PICARELLI, Eduardo Tonetto. O conceito de família na assistência social. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 21, dez. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Eduardo_Picarelli.htm>. Acesso em: 19 maio 2010.
- PINTO FERREIRA. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1. PNAS/2004. *Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome – Secretaria Nacional de Assistência Social*. Brasília, novembro de 2005, reimpresso em março 2010.
- POLÍTICA NACIONAL para inclusão social da população em situação de rua. Disponível em: <<http://www.congemas.org.br/pnprconsultapublica.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2010.
- RAWLS, John. Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica. Tradução de Regis de Castro Andrade. *Lua Nova. Revista de Cultura de Política*, n. 25, 1992.
- REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia: filosofia pagã antiga*. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2003. v. 1.
- REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia: patrística e escolástica*. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2003. v. 2.
- SANFELICE, Patrícia de Mello. Assistência social. *Cadernos de Direito Previdenciário*, Porto Alegre: Emagis, n. 3, v. II, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- SECON, Mileni Alves. *Assistência social: o preço mínimo da força de trabalho*. Disponível em: <http://www.ssrevista.uel.br/c_v3n2_minimo.htm>. Acesso em: 10 ago. 2010.
- SEIXAS, Clarice. Proteção internacional do meio ambiente e o STF: desafios para uma maior integração. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Org.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

Edna Luiza Nobre

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 6, 2005.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. As dimensões da cidadania. *Novos Direitos e Proteção da Cidadania, Revista Jurídica*. São Paulo: Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, jan/jun. 2009.

SCHMITT, Carl. *El nomos de la tierra en el derecho de gentes del jus publicum europaeum*. Tradução de Dora Schilling Thon CEC. Madrid: Maribel Artes Gráficas, 1979.

SPOSATI, Aldaiza. Assistência social: da ação individual a direito social. *Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC): Revista do Programa de Pós-Graduação "Lato Sensu" em Direito Constitucional*. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC). São Paulo: ESDC, n. 10, jul./dez. 2007.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

YAZBEK, Maria Carmelita et al. Avaliando a implantação do sistema único de assistência social no Brasil. In: *IV Jornada Internacional de Políticas Públicas*. Trabalho para apresentação em mesa coordenada da IV Jornada Internacional de Políticas Públicas, promovida pelo Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão, São Luis 25 a 28.08.2009.

58

Data de recebimento: 6/10/2010

Data de aprovação: 10/3/2011

**A EFETIVIDADE DO DIREITO DE VOTO DO PRESO
PROVISÓRIO NAS ELEIÇÕES GERAIS DE 2010:
GRANDE AVANÇO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA**

**THE EFFECTIVENESS OF THE VOTING
RIGHTS OF PRISONERS OF PROVISIONAL
GENERAL ELECTIONS 2010:
GREAT ADVANCEMENT OF BRAZILIAN DEMOCRACY**

*Daniela Queila dos Santos Bornin**

RESUMO

O direito de votar é um direito fundamental decorrente do exercício dos direitos políticos de todos os brasileiros. A garantia do direito de voto aos presos provisórios decorre também do princípio constitucional da presunção da inocência. No Brasil, somente o preso condenado por sentença definitiva, com trânsito em julgado, é que tem seus direitos políticos suspensos, enquanto durarem os efeitos da condenação, e mesmo assim, na maioria dos Estados brasileiros, a Constituição Federal era ignorada, pois não existia a efetividade desse direito fundamental aos presos provisórios. Sendo assim, aqueles cidadãos que não tiveram condenação definitiva e que se encontram presos provisoriamente nos estabelecimentos penais não exerciam seus direitos políticos, por ineficiência e falta de interesse dos Estados e até mesmo da Justiça Eleitoral. Para as eleições gerais de 2010, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução n. 23.219, que regulamentou o direito de voto dos presos provisórios e dos adolescentes que se encontram privados da liberdade. Essa medida inédita constitui-se em grande avanço para a democracia brasileira.

Palavras-chave: Direitos políticos; Sufrágio; Preso provisório.

* Mestranda em Sistema Constitucional de Garantia de Direito pela ITE-Bauru, Especialista em Direito Penal e Processual penal pela UNIRP, S.J. do Rio Preto, Advogada. Professora no Centro Universitário Módulo- UnicSul, de Caraguatuba-SP. Correspondência para/*Correspondence to:* Rua Casemiro César, n. 542, centro, Guaraci-SP, 15420-000. E-mail: prof.danielabornin@hotmail.com.

ABSTRACT

The right to vote is a fundamental right arising from the exercise of political rights for all Brazilians. Guaranteeing the right to vote to prisoners provisional also stems from the constitutional principle of presumption of innocence. In Brazil, the only prisoner convicted of a definitive sentence, with *res judicata*, is that he has his political rights suspended for as long as the purposes of sentencing and yet, in most Brazilian states, the Federal Constitution was ignored because there was no effectiveness of this fundamental right of prisoners provisional. Therefore, those citizens who had no final conviction and who are temporarily imprisoned in penal institutions, did not exercise their political rights, inefficiency and lack of interest among states and even of Elections. For the 2010 general elections, the Supreme Electoral Tribunal issued Resolution n. 23.219, which regulates the right of prisoners to vote provisional and adolescents who are deprived of freedom. This unprecedented step is to a great breakthrough for Brazilian democracy.

Keywords: Political rights; Suffrage; Arrested provisional.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

60

Constrói-se um verdadeiro Estado Democrático de Direito com a efetiva participação de todos os cidadãos. Para que exista um verdadeiro Estado Democrático de Direito, dependemos, dentre tantos fatores, do sufrágio universal, para assim existir sustentação aos governantes, sendo os mesmos eleitos por todos os segmentos da sociedade.

A Constituição Federal garante a participação de todos os cidadãos na vida política da nação, com exceção de casos específicos previstos no artigo 15, I, II, III, IV e V. Ainda, pela leitura dos dispositivos, o preso provisório (aquele contra quem não existe condenação que não se possa mais recorrer) e o adolescente maior de dezesseis anos e menor de dezoito anos, que cumpre medida socioeducativa de privação de liberdade (internação/semiliberdade), não têm seus direitos políticos suspensos. Contudo, contrariando dispositivos constitucionais, o direito ao voto do preso provisório e do adolescente era sistematicamente negado na maioria dos Estados brasileiros.

A partir da edição da Resolução n. 23.219 do Tribunal Superior Eleitoral, que regulamenta a instalação de sessões eleitorais nas penitenciárias, centros de detenção provisória e nas unidades de internação de adolescentes, quando existir, no mínimo, vinte eleitores aptos a exercerem o direito de voto, o direito de voto do preso e do adolescente internado terá que ser garantido pelo Estado, efetivando-se um direito fundamental até então negado aos presos e adolescentes, em observância aos ditames constitucionais.

Cumpra observar, ainda, que essa parcela da população brasileira, ou seja, os cidadãos que se encontram privados de liberdade provisoriamente, perfaz a

A efetividade do direito de voto do preso provisório nas eleições gerais de 2010

quantia de mais de cento e sessenta e três mil, de acordo com os dados colhidos pelo Ministério da Justiça, em junho de 2010¹.

DIREITOS POLÍTICOS: CONCEITO

Antes de adentrarmos no assunto principal, é preciso buscar, etimologicamente, a origem das palavras: direito e política.

Segundo o dicionário, direito significa aquilo que é reto, que não se desvia, que dirige, endireita e ordena, originando-se do vocábulo latino *directum*, que por sua vez origina-se do verbo *dirigere*.

Já a palavra política é derivada do grego *politikós*, que constitui adjetivo que se origina da palavra *pólis*, que significa cidade, não como entendemos hodiernamente, mas das cidades-estados gregas, com autonomia, independência e soberania.

Originalmente, *politikós* significava tudo o que se referia a cidade, inclusive, seu governo. Nesse contexto, etimologicamente, com a junção dos conceitos de direitos e de política, podemos dizer que direitos políticos são aqueles que tratam do direcionamento e da ordenação da administração da cidade e do Estado.

Entretanto, juridicamente, encontramos na doutrina brasileira alguns conceitos que contribuem para uma conceituação de direitos políticos, a saber:

Os direitos políticos perfazem o conjunto de regras destinadas a regulamentar o exercício de soberania popular. Com isso, quer-se significar que a expressão “direitos políticos” é utilizada em sentido amplo, para designar: A) o direito de todos participarem e tomarem conhecimento das decisões e atividades desenvolvidas pelo governo; B) o Direito Eleitoral; e C) a regulamentação dos partidos políticos. Em síntese, pode-se afirmar que é o conjunto de normas que disciplinam a intervenção, direta ou indireta no poder².

É o conjunto de regras que disciplina as formas de atuação da soberania popular, conforme preleciona o art. 14 da Constituição federal. São direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no *status activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto de liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania³.

A expressão ampla refere-se ao direito de participação no processo político como um todo, ao direito ao sufrágio universal e ao voto periódico,

¹ Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITE-MIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 27 out. 2010.

² TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 540.

³ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 227.

livre, direto, secreto e igual, à autonomia de organização do sistema partidário, à igualdade de oportunidade dos partidos⁴.

Direito democrático de participação do povo no governo, por seus representantes, acabara exigindo a formação de um conjunto de normas legais permanentes, que recebera a denominação de direitos políticos⁵.

Os direitos políticos, ou de cidadania, resumem o conjunto de direitos que regulam a forma de intervenção popular no governo. Em outras palavras são aqueles formados pelo conjunto de preceitos constitucionais que proporcionam ao cidadão sua participação na vida pública do País, realizando, em última análise, o disposto no parágrafo único ao art. 1º da Constituição Federal⁶.

Finalmente, no que se refere ao conceito, importante destacar a contribuição de Kelsen⁷, que definia os direitos políticos como “as possibilidades abertas ao cidadão de participar do governo, da formação da ‘vontade’ geral”. Significando, ainda, que o cidadão pode participar da criação da ordem jurídica.

Como visto, a conceituação é ampla, no entanto, consideram-se direitos políticos como aqueles direitos que garantem ou facultam ao cidadão participar da vida do Estado. Ainda, por meio do exercício desse direito é que se efetivam todos os demais direitos, uma vez que une a vontade da Sociedade ao próprio Estado.

TITULARIDADE DOS DIREITOS POLÍTICOS

62

No que se refere à titularidade dos direitos supramencionados, é necessário entender alguns conceitos iniciais vislumbrados na própria Constituição Federal: a soberania e a cidadania.

A soberania, no seu conceito tradicional, representa o poder político do Estado; é um *poder supremo* que não se encontra limitado por nenhum outro poder na ordem interna e um *poder independente* na ordem internacional, que somente aceita as regras voluntariamente e em condições de igualdade com os demais poderes supremos dos outros Estados.

Para o presente estudo, a soberania deve ser compreendida como soberania popular, isto é, com o reconhecimento pela nossa Lei Maior de que a origem de todo poder na República Brasileira emana de seu povo e que toda estrutura do nosso Estado foi fundada em decorrência deste princípio.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 731.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 344.

⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 240.

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes; Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1990. p. 91.

A efetividade do direito de voto do preso provisório nas eleições gerais de 2010

Nossa Constituição, num primeiro momento, considera como titular de exercício dos direitos políticos o povo, consoante dispõe em seu artigo 1º que “todo poder emana do povo, que o exerce por meios de representantes eleitos ou diretamente”.

Desta forma, a titularidade pertence ao povo, aqui considerado sob a ótica do estudo do Estado e das regras de Teoria Geral do Estado. Para tanto, consideramos como povo o elemento humano do Estado, juridicamente considerado como sujeito e objeto de direitos e obrigações. Ressalte-se que essa titularidade pertence ao povo porque o povo é o detentor da Soberania Estatal.

Contudo, pelos preceitos constitucionais brasileiros, apenas parte do povo é quem detém a titularidade dos direitos políticos, que são os cidadãos.

Por oportuno, ressalte-se que povo, população e cidadão não se confundem, uma vez que população representa o conjunto de todos os indivíduos que habitam o território do Estado, povo é o conjunto de naturais do Estado, e o cidadão representa uma parcela do povo que está em gozo dos direitos políticos, ou seja, “é o indivíduo que seja titular dos direitos políticos de votar e ser votado e suas consequências”⁸.

Importante mencionar que o conceito de cidadania inserto no artigo 1º da Constituição comporta um significado mais amplo que a qualidade de votar e ser votado, significando a participação do cidadão em diversas atividades ligadas ao exercício de direitos individuais.

Assim, ao considerar que o cidadão é a parte do povo que participa do poder, escolhendo os integrantes desse poder e podendo ser escolhidos, conclui-se que a cidadania possui duas dimensões: a ativa e a passiva.

A cidadania ativa representa o poder de escolher (*jus suffragii*) e a cidadania passiva é o poder de ser escolhido (*jus honorum*)⁹.

Finalmente, a cidadania é pressuposto do Estado Democrático de Direito, e, constrói-se um Estado Democrático com a efetiva participação de todos os cidadãos, sem discriminações.

DIREITOS POLÍTICOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 adotou como regime político o regime democrático, ou seja, o artigo 1º da Constituição Federal reproduz o conceito de Rousseau de que a democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo, sendo essa a regra na maioria dos países, diferenciando-se do regime autocrático, que é aquele em que vigora a soberania do governante.

⁸ SILVA, 2009, p. 246.

⁹ CUNHA, André Luiz Nogueira. *Direitos políticos. Representatividade. Capacidade eleitoral e inelegibilidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 15.

Daniela Queila dos Santos Bornin

Encontramos no artigo 1º da Constituição Federal o princípio federativo e a menção de que no nosso país se constitui em “Estado Democrático de Direito”, bem como, expressamente, no parágrafo único, que “todo poder emana do povo”.

Dessa forma, considerando que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, onde o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos, os direitos políticos são aqueles direitos que “resumem o conjunto de direitos que regulam a forma de intervenção popular no governo”¹⁰.

A nossa Lei Suprema dispõe sobre os Direitos Políticos no Capítulo IV, do Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais, assim, *a priori*, os direitos políticos encontram-se no rol dos direitos fundamentais, notadamente, nos direitos fundamentais de primeira dimensão, também chamados de liberdades públicas.

Encontramos, explicitamente, no artigo 14 da Constituição Federal que a soberania popular é exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, o que caracteriza o regime democrático indireto. Também, o próprio artigo estabelece que essa soberania será exercida mediante iniciativa popular, referendo e plebiscito, todos instrumentos do regime democrático direto.

Assim, concluímos que o regime político que vigora em nosso país é junção entre a democracia direta e indireta, a qual se dá o nome de Democracia semidireta.

64 DIREITO DE SUFRÁGIO

Do latim, *sufragium* significa aprovação, apoio, é um direito público subjetivo de natureza política, que decorre do princípio constitucional de que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.

O direito de sufrágio “constitui a instituição fundamental da democracia representativa e é pelo seu exercício que o eleitorado, instrumento técnico do povo, outorga a legitimidade aos governantes”¹¹.

Para Alexandre de Moraes: “É um direito público subjetivo de natureza política, que tem o cidadão de eleger, ser eleito e de participar da organização e da atividade do poder estatal”¹².

O direito de sufrágio (direito de escolha) é a essência do direito político, pois nele se materializa a vontade do povo que, por sua vez, legitima o exercício do poder, “não é mero direito individual, pois seu conteúdo, que predica o cidadão a participar da vida política do Estado, transforma-o em um verdadeiro instrumento do regime democrático”¹³.

¹⁰ ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2008, p. 240.

¹¹ SILVA, 2009, p. 249.

¹² Ibid., p. 228.

¹³ ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2008, p. 240.

A efetividade do direito de voto do preso provisório nas eleições gerais de 2010

O sufrágio é um direito presente nas repúblicas democráticas e pode ser considerado como “função pública, função de instrumentação do povo: donde ser direito e dever”¹⁴.

De acordo com a doutrina, o sufrágio pode ser universal ou restrito, também chamado de qualificativo.

O sufrágio universal compreende o direito de votar concedido, indistintamente, a todos os nacionais, opondo-se ao sufrágio restrito (qualificativo) que ocorre sempre que a participação nas eleições é restringida a certas categorias ou classes. O sufrágio restrito poderá ser censitário, quando o nacional tiver que preencher qualificação econômica (renda, bens), ou capacitário, quando necessitar apresentar alguma característica especial (de natureza intelectual).

No Brasil, a Constituição de 1824 previa o sufrágio censitário, pois o voto era reservado aos que demonstravam certa riqueza (renda líquida anual de duzentos mil réis por bens de raiz, indústria e comércio ou empresa). Também, as Constituições de 1891 e de 1934 excluía os mendigos do direito de sufrágio, revelando o aspecto censitário. Importante mencionar, também, a exclusão das mulheres do direito de sufrágio, em tempos recentes.

Notadamente, o direito de sufrágio consubstancia-se no consentimento do povo, que legitima o exercício do poder, sendo essa a função essencial do exercício desse direito de que decorrem as funções de seleção e nomeação das pessoas que irão exercer as atividades governamentais, representando o povo.

O direito de sufrágio pode ser exercido por diversas formas que se encontram vinculadas pelo regime político do Estado, assim, se este for democrático, o sufrágio será universal; se elitista, autocrático ou oligárquico, o sufrágio será restrito.

A universalidade do direito de sufrágio encontra-se fundamentada no princípio constitucional da democracia brasileira e é acolhida no artigo 14 da Constituição, que dispõe sobre o direito de votar, sem restrições de quaisquer espécies discriminatórias. Ainda, é corolário da democracia contemporânea e fundamenta-o a dignidade da pessoa humana.

Importante consignar que, além de direito, a Constituição Federal dispõe que o exercício do sufrágio pelo voto é obrigatório aos maiores de dezoito anos, sendo facultativo para os analfabetos, para os maiores de setenta anos e maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos, podendo, desta forma, considerá-lo como “direito-dever de índole constitucional”¹⁵.

Finalmente, o direito de sufrágio abrange tanto o direito de votar como o direito de ser votado.

¹⁴ PONTES DE MIRANDA, F. C. apud ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2008, p. 240.

¹⁵ Ibid., p. 241.

CAPACIDADE ELEITORAL ATIVA: O DIREITO DE VOTAR

A capacidade eleitoral ativa corresponde ao direito de votar nas eleições, referendos e plebiscitos. Denomina-se de alistabilidade e constitui direito de todos os brasileiros, natos ou naturalizados, maiores de dezesseis anos, desde que não estejam na condição de conscritos (cumprindo serviço militar obrigatório) e que não tenham tido seus direitos políticos suspensos ou perdidos; nesse sentido, dispõe o texto constitucional, em seu artigo 14, §§ 1º e 2º:

DOS DIREITOS POLÍTICOS

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I – plebiscito;

II – referendo;

III – iniciativa popular.

§ 1º O alistamento eleitoral e o voto são:

I – obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

II – facultativos para:

a) os analfabetos;

b) os maiores de setenta anos;

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

§ 2º Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

66

A capacidade eleitoral traduz como proscricção do sufrágio, de maneira que todas as pessoas podem escolher os seus governantes, salvo quando não preencherem os requisitos gerais de capacidade previstos no ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, não se encontrem atingidas por um estado de incompatibilidade previsto normativamente.

A capacidade eleitoral ativa (direito de votar) é adquirida por meio de procedimento administrativo realizado perante a Justiça Eleitoral, que, no Brasil, é feito sempre a pedido da pessoa, após simples procedimento de expedição de título de eleitor.

O alistamento, por sua vez, é ato jurídico obrigatório que deve ser praticado pelos que cumprem os requisitos previstos pela Constituição Federal. Antes do alistamento, não existe, para o brasileiro nato ou naturalizado, o direito de participar da vida política do país, ou seja, são negados os direitos políticos aos brasileiros que não se alistarem.

Em nosso país, seguindo os parâmetros delimitados pela Constituição Federal, a legislação eleitoral prevê que o ato jurídico de alistamento eleitoral pode ser exercido, facultativamente, quando a pessoa completa dezesseis anos de idade,

A efetividade do direito de voto do preso provisório nas eleições gerais de 2010

e, obrigatoriamente, aos dezoito anos de idade, bastando para isso a comprovação de domicílio eleitoral e a idade mínima necessária por meio de documento de identidade (RG ou certidão de nascimento).

Uma vez inscrito, o alistado torna-se eleitor e tem o poder-dever de votar nos pleitos para os quais estiver qualificado, e o voto torna-se obrigatório para os maiores de dezoito anos. O voto é, porém, facultativo para os analfabetos, os maiores de setenta anos, bem como para os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

A obrigatoriedade do voto não impõe ao eleitor o dever jurídico de emitir necessariamente o seu voto, significa apenas que ele deverá comparecer à sua seção eleitoral e depositar sua célula de votação na urna, assinando a folha individual de votação.

EXERCÍCIO DO DIREITO DE SUFRÁGIO: O VOTO

Dispõe a Constituição Federal que o sufrágio é universal e será exercido pelo voto direto e secreto, com o valor igual para todos, nos termos estabelecidos em Lei.

Desta forma, a própria Carta Constitucional brasileira, no seu artigo 14, preceitua que o sufrágio é um direito, enquanto o voto (CF, artigo 14, § 1º) é um dos atos de exercício desse direito.

O voto é o ato político que materializa, na prática, o direito público subjetivo de sufrágio.

Ainda, considera-se que o voto é um direito público subjetivo, uma função social (função da soberania popular na democracia representativa) e um dever (sociopolítico), ao mesmo tempo.

O direito de voto é o ato fundamental para o exercício do direito de sufrágio e manifesta-se tanto em eleições quanto em plebiscitos e referendos.

A Constituição Federal de 1988 dispõe que o voto é livre, direto, secreto e personalíssimo, e a titularidade se formaliza pelo alistamento eleitoral.

PREVISÃO CONSTITUCIONAL DE CASSAÇÃO, PERDA E SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS

A Constituição brasileira dispõe no artigo 15 sobre a cassação, a perda e a suspensão (interrupção temporária) dos direitos políticos:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

- I – cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;
- II – incapacidade civil absoluta;

III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV – recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Pela análise dos preceitos constitucionais, de imediato, podemos afirmar que a Constituição veda peremptoriamente a cassação dos direitos políticos, que seria a retirada desses direitos por ato unilateral do Poder Público, sem a observância do princípio do contraditório e da ampla defesa, consoante determinação em cláusula pétrea, prevista no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.

Assim, a Constituição permite somente a perda e a suspensão dos direitos políticos nos casos acima especificados, ou seja, somente é admitida a privação dos direitos políticos nos casos constitucionalmente previstos, sendo que a perda somente ocorre em virtude de cancelamento de naturalização, com a perda da nacionalidade brasileira por sentença definitiva. Os demais casos são hipóteses de suspensão, que nada mais é que a privação temporária, ou seja, enquanto durarem os efeitos, a interrupção dos direitos políticos continua, caso contrário, se a causa que determinou for cessada, os direitos políticos são readquiridos.

O VOTO DO PRESO PROVISÓRIO

68

“Toda a pessoa tem direito de participar no governo de seu país, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos.”

Esse é um princípio universal, que desde 1776 consta no item IV, da Declaração de Direitos de Virgínia. Posteriormente, em 1778, fazia parte do rol dos direitos previstos pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que prevê no artigo XXV que a “Soberania reside no povo”.

Também, no artigo XXVI, consta que “nenhuma parte do povo pode exercer o poder do Povo inteiro, mas cada seção do Soberano deve gozar do direito de exprimir sua vontade com inteira liberdade”. Finalmente, o artigo XXIX dispõe que “cada cidadão tem o direito igual de concorrer à formação da lei e à nomeação de seus mandatários e de seus agentes pertence ao povo”.

Previsto, ainda, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948:

Artigo XXI

1. **Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.**
2. Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.
3. **A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.** (grifo nosso)

A efetividade do direito de voto do preso provisório nas eleições gerais de 2010

Importante mencionar ainda que, além de direito previsto na Carta de 1988, os direitos políticos são também assegurados pela Resolução n. 14, de 11 de novembro de 1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, que fixou as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil, que dispõe: “Art. 63. São assegurados os direitos políticos ao preso que não está sujeito aos efeitos da condenação criminal transitada em julgado”¹⁶.

Como visto, o direito de votar é um direito fundamental decorrente do exercício dos direitos políticos de todos os brasileiros, que se adquire por procedimento administrativo, sendo que a cassação é vedada; contudo, a perda e a suspensão somente deverão ocorrer nos casos previstos pela Constituição.

Assim, inicialmente, importante tecermos algumas considerações acerca do preso provisório.

Preso provisório é aquela pessoa que se encontra aguardando julgamento definitivo do processo pelo qual está sendo acusada, ou seja, é aquela pessoa, que, conforme dispõe a nossa Constituição no artigo 5º, *presume-se inocente*, ou melhor, definindo, *não culpado*, pois inexistente sentença penal condenatória com trânsito em julgado em seu desfavor, conforme dispõe o artigo 5º, LVII, que prevê: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Pela legislação infraconstitucional, verifica-se que o preso provisório é aquela pessoa que cumpre prisão processual (flagrante delito, prisão preventiva, prisão temporária). São eles: o preso autuado em flagrante delito, de acordo com os artigos 301 e 302; o preso preventivamente, de acordo com os artigos 311 a 316; o preso pronunciado para julgamento diante do Tribunal do Júri popular, de acordo com os artigos 413, § 3º; o preso em decorrência de desclassificação de delito contra a vida que aguarda decisão do juiz competente, nos termos do parágrafo único do artigo 419; o condenado por sentença penal recorrível, de acordo com os artigos 393, I, todos do Código de Processo Penal; e o preso temporário, nos termos da Lei n. 7.960/89.

Desta forma, afirmamos que a garantia do direito de voto é também decorrente do princípio constitucional da presunção da inocência.

No Brasil, somente o preso condenado por sentença definitiva, com trânsito em julgado, é que tem seus direitos políticos suspensos, enquanto durarem os efeitos da condenação, uma vez extinta a pena ou declarada extinta a punibilidade do Estado cessa a suspensão e o mesmo volta a ter garantido o seu direito de votar.

Não há, na Constituição Federal, hipótese de suspensão de direitos políticos em razão de prisão provisória.

¹⁶ Redação literal do artigo 63, da Resolução n. 14, de 11 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={28D9C630-49B2-406B-9160-0C04F4BDD88E}>>. Acesso em: 28 out. 2010.

Daniela Queila dos Santos Bornin

O respeito à dignidade e ao exercício da cidadania pelo preso não está previsto somente na Constituição Federal, mas também no Código Penal Brasileiro e na Lei de Execução Penal, nos artigos 40, 41, 64, 66, 67, 68, 78, 79, 80 e 81, além de constituir princípio fundamental do Direito Penitenciário.

Importante consignar que em outros países, como, por exemplo, Portugal, Alemanha, Holanda, Suécia, França, Grécia, Espanha, Noruega, o direito ao voto é garantido, inclusive, para os presos condenados.

Ademais, no Brasil, também não há nenhuma referência aos adolescentes que cumprem medidas socioeducativas de internação, nem mesmo existe previsão legal de suspensão de direitos políticos em razão de cumprimento de medida socioeducativa, e, mesmo assim, são tratados como se fossem condenados definitivamente, sendo impedidos de exercer o direito ao voto.

Desta forma, tanto os presos provisórios quanto os adolescentes que cumprem medida socioeducativa de internação e semiliberdade estão sendo privados de exercer o direito fundamental de sufrágio.

Assim, significativa parcela do eleitorado brasileiro é excluída do processo de escolha da representação popular, o que torna o processo de ressocialização ainda mais difícil, quiçá, impossível.

70

É simplesmente inadmissível que o Estado exclua essas pessoas da sociedade, retirando sua cidadania, mas, ao mesmo tempo, obrigue os mesmos a cumprirem as decisões e as leis.

Assim, a segregação de direitos das pessoas privadas de liberdade, notadamente, dos direitos fundamentais básicos, é a principal causa que dificulta o processo de ressocialização, nesse sentido:

O sentimento de injustiça que um prisioneiro experimenta é uma das causas que mais podem tornar indomável seu caráter. Quando se vê assim exposto a sofrimentos que a lei não ordenou nem mesmo previu, ele entra num estado habitual de cólera contra tudo o que o cerca; só vê carrascos em todos os agentes da autoridade; não pensa mais ter sido culpado; acusa a própria justiça¹⁷.

Além disso, os presos se sentem inferiores às outras pessoas. A Sociedade e o Estado também os consideram como desiguais na medida em que as violações aos direitos humanos mínimos pelo Estado na execução provisória e definitiva da pena não abrem espaço para as finalidades mais importantes da pena: recuperação e ressocialização.

¹⁷ PRÉAMENEU apud FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Rio de Janeiro: Vozes, 2009. p. 252.

A efetividade do direito de voto do preso provisório nas eleições gerais de 2010

A SITUAÇÃO DO DIREITO AO VOTO DO PRESO PROVISÓRIO

Como visto, a Constituição Federal de 1988 não trata de nenhuma hipótese que permite a suspensão do direito de voto do preso provisório, contudo, essa prática é adotada na maioria dos Estados brasileiros, considerando um grave atentado contra os preceitos constitucionais e os direitos fundamentais da pessoa do preso.

Contudo, mesmo depois da vigência da carta de 1988, o direito ao voto era sistematicamente negado em praticamente todos os Estados brasileiros.

Em 2002, pela primeira vez, o Tribunal Superior Eleitoral, na análise da Consulta n. 834 – formulada pelo Vice Procurador-Geral Eleitoral, Paulo da Rocha Campos, foi questionado sobre a possibilidade do juiz eleitoral, em anos de eleições gerais, deixar de instalar seção eleitoral em presídio que possuísse mais de cinquenta presos provisórios em pleno gozo dos direitos políticos, com domicílio eleitoral no Estado que estão recolhidos; questionou-se, ainda, se seria obrigatória a transferência do título eleitoral da cidade que possui residência, família e inscrição eleitoral e quais as providências que deveriam ser tomadas pelo Tribunal Regional Eleitoral para garantir o exercício do voto ao preso que está no gozo de seus direitos políticos.

Por decisão unânime, o Tribunal respondeu à consulta, com a seguinte ementa:

Consulta. Seção Eleitoral Especial. Estabelecimento Penitenciário. Presos Provisórios. A possibilidade de presos provisórios virem a votar depende da instalação de seções especiais, bem como de os interessados terem efetuado pedido de transferência eleitoral.

Desta forma, o exercício de um direito político, na visão do Tribunal, estaria subordinado a condições, ou seja, o Tribunal reconhecia o direito, porém negava-lhe efetividade, o que não se admite. O simples fato de se reconhecer um direito de nada vale se o seu exercício não é assegurado.

As experiências de alguns Estados brasileiros demonstram que, com força de vontade política, pode e deve ser garantido o direito de voto dos presos.

Na efetivação do direito de voto, Sergipe foi pioneiro, onde se realiza votação, desde o pleito de 2000, com implantação de seção eleitoral na Casa de Detenção de Aracaju, sendo que foi efetivado o direito no estabelecimento penal mencionado nos pleitos de 2002, 2004, 2005, 2006; no pleito de 2008, duas outras seções eleitorais foram instaladas e funcionaram no presídio feminino onde estavam aptas a votar 173 eleitoras.

O Estado do Acre, seguindo a tendência garantista, efetivou o direito instalando seção eleitoral na Unidade de Recuperação Social Francisco D'Oliveira

Daniela Queila dos Santos Bornin

Conde, no pleito de 2006; e no pleito de 2008 foi instalada outra seção eleitoral na Penitenciária Manoel Néri da Silva.

Da mesma forma, o Estado do Amazonas, Maranhão, Mato Grosso, com instalação de duas seções eleitorais para o pleito de 2006 e para o pleito de 2008.

No Ceará, houve votação em uma seção eleitoral em estabelecimento prisional de Juazeiro do Norte, no pleito de 2006 e 2008.

No Estado do Pará houve instalação para o pleito de 2004, 2005 e 2006, contudo, não constam dados referentes ao pleito de 2008.

O Rio de Janeiro instalou uma seção eleitoral nas eleições de 2008, a título de experiência, no 52º Distrito Policial, com 101 eleitores inscritos. No mesmo pleito também foi instalada seção eleitoral no Presídio central de Porto Alegre, com 103 eleitores aptos do Rio Grande do Sul, sendo que no pleito de 2006 havia duas seções instaladas naquele Estado.

O Rio Grande do Norte, em 2006, contava com duas seções eleitorais instaladas na Cadeia Pública de Mossoró e na Cadeia Pública de Caraúbas, e, para o pleito de 2008, instalou mais três seções eleitorais na cidade de Natal, no Centro de detenção provisória zona sul, Cadeia Pública de Natal, Centro de detenção provisória zona norte, também mais uma seção na Penitenciária Estadual do Serido Pereirão em Caicó.

72

Pernambuco, por sua vez, assegura o direito de votos dos presos com a instalação de duas seções eleitorais na cidade de Recife (Presídio Anival Bruno e Colônia Penal do Bom Pastor), uma seção eleitoral no Presídio Dr. Rorenildo da Rocha Leão em Palmares, uma seção eleitoral no Presídio Desembargador Augusto Duque, uma seção em Arcoverde no Presídio Advogado Brito Alves e uma em Caruaru, na Penitenciária Luiz Plácido de Souza, para o pleito de 2006, e, nas eleições de 2008, foi instalada mais uma seção eleitoral no Presídio Salgueiro, em Salgueiro.

Ainda, cumpre ressaltar que o Estado do Espírito Santo é o Estado que mais possuía seções eleitorais instaladas em unidades prisionais, perfazendo o montante de seis unidades prisionais, nas cidades de Barra do São Francisco, Colatina, Linhares, Cachoeiro do Itapemirim, Cariacica, Vitória, Vila Velha e Viana, no pleito de 2006. Contudo, por alegadas questões de segurança, não foi possível a instalação para o pleito de 2008.

Finalmente, os Estados de Alagoas, Bahia, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, São Paulo, Tocantins, Goiás, o Distrito Federal não instalaram seções eleitorais em nenhum estabelecimento prisional.

Desde então, não há nenhum registro de incidentes nos estabelecimentos penais onde foram instaladas seções eleitorais.

Para a garantia efetiva do direito do voto do preso provisório e para o cumprimento da Lei, algumas entidades fizeram um “Manifesto pela Cidadania”,

A efetividade do direito de voto do preso provisório nas eleições gerais de 2010

documento que solicita providências do Estado para que o direito ao voto do preso fosse efetivado e assegurado, constando no referido documento que até mesmo a suspensão dos direitos aos presos definitivos fere os dispositivos constitucionais e os direitos humanos¹⁸.

Em 13 de agosto de 2009, a Associação dos Magistrados Brasileiros efetivou a entrega do referido manifesto ao então Presidente do Tribunal Superior Eleitoral.

Posteriormente, para que pudesse efetivar o direito constitucionalmente previsto e que na maioria dos Estados não estava sendo observado, o Tribunal Superior Eleitoral e o Conselho Nacional de Justiça formaram uma comissão, que ocasionou a realização de audiência pública no início do corrente ano para a discussão do problema, com intensa atuação das Entidades Cíveis que organizaram o manifesto, órgãos do Estado, como Ministérios Públicos, Defensorias Públicas, Procuradorias Eleitorais, Procuradoria dos Direitos do Cidadão, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), Conselho Nacional dos Secretários de Estado da Justiça, Direitos Humanos e Administração Penitenciária (CONSEJ), Colégio de Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais (TREs), que, desde 2007, buscava a difusão do direito de voto do preso provisório.

Ainda, o Conselho Nacional de Justiça acentuou a necessidade de viabilizar o voto do preso, considerando que a questão prisional deve ser prioritária.

O exercício de um direito político não pode ser subordinado a qualquer condição, seja por falta de dinheiro ou problemas de informática.

Nada pode impedir as pessoas do exercício de voto.

Percebe-se que existem diversos argumentos frágeis para impedir, ou pelo menos dificultar, o acesso ao direito de voto. Argumentações técnicas que, certamente, poderiam ser contornadas, principalmente pela excepcionalidade da situação.

¹⁸ O Manifesto pela Cidadania conta com o apoio da Associação Juizes para a Democracia, ARP – Associação pela Reforma Prisional, IAJ – Instituto de Acesso a Justiça, IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Pastoral Carcerária Nacional/CNBB; Pastoral Carcerária da Igreja Metodista – Rio de Janeiro, Rede Social de Justiça, Justiça Global, AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros, Movimento Nacional de Direitos Humanos – Regional São Paulo, ANADEP – Associação Nacional dos Defensores Públicos, APADEP – Associação Paulista dos Defensores – SP, DDH – Instituto dos Defensores dos Direitos Humanos, IECERJ – Instituto de Estudos Criminais do Estado do Rio de Janeiro/RJ, ITTC – Instituto Terra, Trabalho e Cidadania; ITEC – Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, ABMP – Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude, Fórum Estadual de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente-SP, AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul /RS, entre outros. Conta ainda com os seguintes órgãos do Estado: CNPCCP – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, CONSEJ – Conselho Nacional de Secretários de Justiça, Cidadania, Direitos Humanos e Administração Penitenciária CONDEGE – Conselho de Defensores Públicos Gerais, Secretaria de Justiça e Direitos Humanos do Amazonas, Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria do Estado de SP, Núcleo Especializado da Infância e Juventude da Defensoria do Estado de SP. Disponível em: <http://www.ajd.org.br/noticias_ver.php?idConteudo=716>. Acesso em: 10 maio 2010.

Daniela Queila dos Santos Bornin

Após a audiência pública, com soluções possíveis e experiências apresentadas pelos Tribunais Regionais Eleitorais e os demais segmentos, o Tribunal Superior Eleitoral, no uso de suas atribuições legais, visando à efetivação de um direito fundamental assegurado pela Constituição, editou uma Resolução de número 23.219, de 2 de março de 2010, para resguardar e efetivar o direito de voto aos presos provisórios e adolescentes que se encontram privados da liberdade.

A RESOLUÇÃO N. 23.219 DO TSE PARA AS ELEIÇÕES DE 2010

Dispõe a normativa, no seu artigo 1º, que os Juízes Eleitorais, sob a coordenação dos Tribunais Regionais Eleitorais, criarão seções eleitorais especiais em estabelecimentos penais e em unidades de internação de adolescentes, a fim de que os presos provisórios e os adolescentes internados tenham assegurado o direito de voto.

A mencionada Resolução considera como preso provisório aquela pessoa que, apesar de recolhida em estabelecimentos penais, não possui condenação criminal transitada em julgado, estendendo a normativa aos adolescentes internados menores de vinte e um e maiores de dezesseis anos de idade submetidos às medidas socioeducativas de internação ou internação provisória. Considerando, também, todos os estabelecimentos penais e unidades de internação onde existam pessoas nas condições acima especificadas.

74

Nessa esteira, a resolução prevê a instalação de seção eleitoral em todos os estabelecimentos penais e unidades de internação do país, em que existam, no mínimo, vinte eleitores aptos a votarem.

Cada Tribunal Regional Eleitoral teria que encaminhar ao Tribunal Superior Eleitoral, até o dia 30 de março de 2010, eventuais particularidades, dificuldades e sugestões para a instalação das seções eleitorais especiais previstas na resolução.

Assim, efetivamente, onde houver a quantidade mínima de vinte eleitores aptos a votar, obrigatoriamente, os Tribunais Regionais Eleitorais terão que instalar seções eleitorais para efetivação do direito do voto das pessoas que se encontram recolhidas em estabelecimentos penais sem condenação definitiva e dos adolescentes que cumprem medida socioeducativa de internação ou encontram-se com internação provisória decretada.

Considerando que existem mais de cento e sessenta e três mil presos provisórios em todos os Estados da Federação e quinze mil adolescentes que cumprem medidas socioeducativas de internação e internação provisória, essa é uma conquista que certamente beneficiará toda a sociedade, e, possivelmente, os presos e adolescentes brasileiros, que são invisíveis aos olhos da sociedade e do Poder Público, numa afronta direta aos direitos humanos.

A medida inédita, certamente, é um grande avanço que esperamos que possa, por meio de representantes eleitos e bem escolhidos, encontrar uma solução para

A efetividade do direito de voto do preso provisório nas eleições gerais de 2010

situação do nosso sistema penitenciário, que passa despercebido à sociedade, com uma falta de sensibilidade tamanha em não reconhecer a pessoa do preso como sujeito de direitos que não são atingidos pela sentença.

É cediço que existe uma situação precária no sistema penitenciário, em que pessoas são tratadas como coisas, e não há observância dos direitos fundamentais.

A pessoa do preso é ignorada, passando mesmo a ser tratada como inimigo, na concepção do direito penal do inimigo proposto por Günter Jakobs¹⁹, no qual não pode ser reconhecido nenhum direito, nem mesmo os direitos humanos fundamentais, uma vez que o indivíduo que não admite ingressar no estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa, cabendo ao Estado o não reconhecimento de seus direitos, ainda que de modo juridicamente ordenado.

Em razão disso, contra o inimigo não se justifica nenhum procedimento amparado pela legalidade, mas, sim, um procedimento de guerra, tendo em vista que o inimigo não oferece segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal.

O inimigo não só não deve esperar ser tratado como pessoa, como o Estado também não deve tratá-lo como tal, pois do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.

Nessa linha de pensamento:

A verdade, entretanto, é que não existe qualquer interesse em se reconhecer o direito de cidadania àquele que se encontra recolhido preso, ainda que provisoriamente, pois como observou agudamente o saudoso Professor Manoel Pedro Pimentel, em seu depoimento à Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o sistema penitenciário: “É preciso falar a verdade – porque o preso não dá voto. O preso não rende politicamente. Então se o preso não rende politicamente, pouca gente se interessa por ele. Ele é um ônus pesado, não devolve nada do investimento Estado faz. Pretendemos fazê-lo devolver, mas hoje ele é um ônus malvisto que não comove ninguém”²⁰.

A realidade demonstra que os presos e adolescentes internados foram esquecidos por mais de vinte anos pelos Poderes do Estado, numa afronta aos limites constitucionais, negando-lhes a condição de pessoa, assim como faziam com as mulheres que até a pouco não podiam votar.

¹⁹ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*. Noções e críticas. 3. ed. Organização e tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

²⁰ TORRENS, Laertes de Macedo. O direito de voto do preso. *Revista Literária de Direito*, mar./abr. 1997.

Daniela Queila dos Santos Bornin

O que existe de argumento para a não implantação são, primeiramente, a questão da segurança e, depois, a grandiosidade da população carcerária, notadamente no Estado de São Paulo, que possui, aproximadamente, cinquenta e dois mil presos provisórios em cento e cinquenta e cinco estabelecimentos prisionais.

Também alegam para o descumprimento a “suposta” interferência de facções criminosas no processo de escolha de candidatos, como se as pessoas privadas provisoriamente da liberdade viessem a votar em membros das facções, o que não se admite, haja vista que para que se tenha a condição de elegível, necessário se faz observância de requisitos perante a Justiça Eleitoral.

Alegam ainda outras questões para preservar as demais pessoas a serviço da Justiça Eleitoral nas mesas receptoras, questões de informática, entre outras.

Contudo, argumentos imagináveis sem qualquer respaldo técnico e sem, ao menos, a tentativa de implantação não podem servir de justificativa para o descumprimento da Lei maior.

Nessa esteira, a referida Resolução é um marco no reconhecimento dos direitos dos presos provisórios e adolescentes privados de liberdade e representa uma evolução na observância dos preceitos constitucionais estabelecidos pelo Constituinte.

76

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cumprir os preceitos constitucionais é o dever de toda a sociedade brasileira, notadamente, dos poderes constituídos. Contudo, não podem os Estados criar obstáculos para o não cumprimento das normas constitucionais e os direitos fundamentais.

Os obstáculos opostos ao voto do preso provisório consistem em aplicação antecipada da pena de suspensão de direito, sansão admissível somente nos casos de sentença criminal definitiva.

Enfim, seguramente, não será desrespeitando os direitos fundamentais do cidadão preso provisoriamente que haveremos de exigir, no futuro, comportamento seu de acordo com a norma.

No Pleito de 2010, apesar da pouca vontade de muitos na sociedade livre, temos a certeza de que uma parcela da população estará entusiasmada em poder votar, aquela parcela que sempre foi esquecida por nossos Poderes.

As determinações constantes na Resolução n. 23.219, do TSE, além de efetivarem um direito constitucional, representam, para cada um dos presos provisórios e adolescentes internados, que terão garantido o exercício do direito de voto, a oportunidade de sentir que ainda pertencem à sociedade e que podem participar dela sem que seja por meio de rebeliões ou facções criminosas. Poderão sentir, no momento do voto, a cidadania, pressuposto do Estado Democrático, com a

A efetividade do direito de voto do preso provisório nas eleições gerais de 2010

possibilidade de votar nos mesmos candidatos que cada um de nós vota, pois o voto, no Estado Democrático de Direito, tem o mesmo valor para todos.

O voto do preso provisório é importante sob diversos aspectos da democracia, uma vez que, por meio do voto, os presos provisórios e os adolescentes internados podem escolher o representante que afirme e reafirme posturas que viabilizem condições dignas de encarceramento, que se comprometam com as finalidades essenciais da pena ou medida socioeducativa: reeducação, recuperação e ressocialização.

Precisamos de governantes que se comprometam com políticas públicas voltadas à inclusão do egresso no mercado de trabalho e com a viabilização de medidas alternativas à privação da liberdade.

Esperamos que, com o cumprimento da Constituição, possamos encontrar representantes legítimos que busquem alternativas para a criação de um novo sistema penitenciário, tirando as prisões da invisibilidade, diferente do que insistimos em aplicar hodiernamente.

Essa medida inédita com certeza será de grande valia e representa um importante avanço à tão sonhada ressocialização, pois, de início, temos que reconhecer a pessoa do preso como cidadão, com a certeza de que tratar o preso como um ser humano é o mínimo de respeito que devemos ter. O tratamento digno a eles dispensado não vai reverter em algo favorável somente para eles, mas para toda a sociedade.

77

REFERÊNCIAS

- ALEIXO, José Carlos Brandi. *O voto do analfabeto*. São Paulo: Loyola, 1982.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 19. ed. Porto Alegre: Globo, 1980.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12. ed. Brasília: UnB, 1999. 2 v.
- BRANT, Vinicius Caldeira. *O trabalho encarcerado*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- CUNHA, André Luiz Nogueira. *Direitos políticos. Representatividade. Capacidade eleitoral e inelegibilidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhe. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.
- GOMES NETO, Pedro Rates. *A prisão e o sistema penitenciário: uma visão histórica*. Canoas: Ulbra, 2000.
- IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 1998.

Daniela Queila dos Santos Bornin

- JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*. Noções e críticas. 3. ed. Organização e tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes; Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1990.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LIMONGI, Celso Luiz. Direitos humanos e execução penal. *Revista Direitos Humanos e Visões Contemporâneas*. Associação Juízes para a Democracia, Publicação especial em comemoração aos 10 anos de fundação. São Paulo, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- PUGGINA, Rodrigo Tönniges. O direito de voto do preso. *Revista da Ajuris – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 104, p. 277-300, dez. 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- TORRENS, Laertes de Macedo. O direito de voto do preso. *Revista Literária de Direito*, mar./abr. 1997.

78

Data de recebimento: 19/09/2010

Data de aprovação: 10/03/2011

JUSTICIA ALTERNATIVA ELECTORAL*

ELECTORAL ALTERNATIVE JUSTICE

Macarita Elizondo Gasperín**

RESUMEN

Bajo la premisa de que la “cultura de la reclamación”, ha sobreesaturado el trabajo judicial y jurisdiccional, debido al incremento de la complejidad de las relaciones sociales en un mundo en el que los ciudadanos están cada vez más dispuestos a defender sus propios intereses y disponen de los medios oportunos para hacerlo, se propone aprovechar las sinergias, buscando métodos alternos de resolución de controversias, que sean complementarios del sistema judicial y que garanticen a los ciudadanos el acceso a la justicia y al derecho.

Por ello, con la propuesta respecto de una “justicia alternativa electoral” se considera oportuno buscar ampliar las alternativas de solución de conflictos, pasando de una cultura de confrontación, a una cultura de paz, mediante la sensibilización de la gente sobre la posibilidad reales de gestionar y resolver sus conflictos con técnicas racionales que fortalecen las relaciones interpersonales, la tolerancia, el respeto a las diferencias, a los derechos humanos y los procesos democráticos.

* Conferencia impartida en el Foro “Circuitos de Cultura Político-Democrática”, organizado por el Instituto Electoral del Estado de México en el marco de la conmemoración del bicentenario de la independencia y del centenario de la revolución. 13 Abril de 2010; y en el Congreso Internacional de Derecho Electoral y Democracia, Morelia Michoacán, 16 al 19 de agosto de 2010.

** Doctora en Derecho con mención honorífica y medalla al mérito universitario “Gabino Barreda” por la UNAM. Especialista en Justicia Constitucional. Cuenta con más de 20 años de experiencia en derecho electoral y jurisprudencial. Plazo en el que igualmente ha sido investigadora y académica universitaria con diversos reconocimientos y distinciones por su alto desempeño. Autora de varios libros y numerosos artículos de investigación sobre cuestiones constitucionales y de justicia electoral. Miembro de número de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Fue Coordinadora Nacional de Jurisprudencia y Estadística Judicial Electoral, Juez y Magistrada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación designada por el Senado de la República, a propuesta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; y actualmente es Consejera Electoral del Instituto Federal Electoral, designada por la Cámara de Diputados. Correspondencia para/ *Correspondence to:* El Tepeyac no. 40 (arenal 451) Colonia Colinas del Bosque, Tlalpan. C.P. 14620, México Distrito Federal. E-mail: macarita@prodigy.net.mx.

El estudio está enfocado a la materia político-electoral, pues ésta no puede quedar al margen de estas nuevas tendencias de buscar, reconocer y desarrollar medios alternos de solución de conflictos.

Palabras claves: Métodos alternativos de solución de conflictos; Negociación; Mediación; Conciliación; Cultura de paz.

ABSTRACT

Under the premise that the “culture of complaint”, has overloaded the judicial and legal work, due to the increasing complexity of social relations in a world where citizens are increasingly willing to defend their own interests and have the appropriate means to do so, intends to exploit synergies, looking for alternative methods of dispute resolution, to complement the judicial system and to guarantee citizens the access to justice and law.

Therefore, with the proposal for an “electoral alternative justice” is considered appropriate to seek alternative solutions, in order to move from a culture of confrontation to a culture of peace, through awareness people about the real possibility to manage and resolve conflicts with rational techniques that strengthen interpersonal relationships, tolerance, respect for differences, human rights and democratic processes.

The study is focused on political – electoral matters, since it cannot be excluded from these new trends to look for, recognize and develop alternative means of dispute resolution.

Keywords: Alternative dispute resolution; Negotiation; Mediation; Conciliation; Culture of peace.

INTRODUCCIÓN

“Lo mucho se vuelve poco con desear otro poco más.”

Quevedo

Es de todos conocido el adelanto que ha tenido el sistema electoral en México, basta tan sólo recordar la palabras del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), José Miguel Insulza: “Quiero decirlo de manera muy clara y muy directa. No creo que exista otro país en América Latina que tenga un sistema de organización de elecciones y de justicia electoral tan avanzado como el de México”¹.

Dentro del camino que ha avanzado México en justicia electoral, hoy quiero plantear a Ustedes un parámetro más: **La justicia alternativa electoral** que considero un paso adelante en el horizonte de la cultura democrática que busca la corresponsabilidad en la construcción de ciudadanía.

¹ Firma del Convenio de Colaboración OEA-TEPJF. Vid. Informe Anual 2008-2009. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México, p. 13.

Mi único propósito es iniciar la reflexión y el diálogo sobre las ventajas e inconvenientes de este nuevo enfoque, al tiempo que nutra el análisis del problemario jurídico y los efectos que plantea.

Estamos en el momento propicio para indagar cómo la democracia puede convertirse en la organización de la sociedad que reconozca **una justicia electoral que amplíe la alternativa de solución de conflictos**. Identifiquemos aquellos elementos que contribuyan a evitar controversias. Revisemos cuidadosamente nuestro sistema electoral para realizar las adecuaciones necesarias que nos permitan adelantarnos a los conflictos. Pasemos de una cultura de confrontación a una cultura de solución, a una cultura de paz.

Vivimos inmersos en lo que se denomina la “*cultura de la reclamación*”, que ha sobrecargado el trabajo judicial hasta extremos insospechados. Los estudios comparados², arrojan similar fenómeno, consecuencia lógica del incremento de la complejidad de las relaciones sociales en un mundo en el que los ciudadanos están cada vez más dispuestos a defender sus propios derechos y disponen de los medios oportunos para hacerlo. Aprovechemos las sinergias y busquemos métodos alternos de resolución de controversias, que sean complementarios del sistema judicial y que garanticen a los ciudadanos el acceso a la justicia y al derecho que demanda la nueva sociedad, obviamente reservando para el método judicial clásico los asuntos de carácter innegociable y aquellos en los que no es posible otra solución que la de la sentencia judicial impuesta desde la autoridad de la administración e impartición de justicia.

La Agenda de la Haya para la Paz y la Justicia en el siglo XXI reconoce que “...una cultura de la paz se logrará cuando los ciudadanos del mundo entiendan los problemas...tengan habilidades para resolver conflictos, (y) luchen por la justicia de manera no violenta...Ese aprendizaje solo puede alcanzarse con una educación sistemática por la paz”³.

El arbitraje, la conciliación y la mediación son acciones en las cuales dos posturas encontradas se ponen de acuerdo, y llegan a un arreglo beneficioso para todos. No hay vencedores, ni vencidos. No son novedosos estos métodos como una alternativa en la solución de conflictos, son una gran ayuda para mejorar y complementar el sistema legal. La participación de una tercera persona que ayuda a los adversarios a solucionar su conflicto y que facilita el hecho de que sean ellos mismos quienes tomen las decisiones para los acuerdos, se ha dado desde

² Ortuño Muñoz, Pascual. El “Libro verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil” de 19.04.2002 de la Comisión de las Comunidades Europeas. Publicado en la *Revista Iuris-La Ley*, n. 77, Noviembre 2003, p. 42 a 48.

³ International Peace Bureau. Vid. <<http://www.ipb.org/pe/index.htm>>.

la existencia de los primeros grupos humanos en este planeta. Las formas que ahora se conocen y se identifican dentro del rubro de los medios o técnicas alternativas para la solución de controversias son la recuperación de estrategias que han sido exitosas para la vida social de antaño y ahora se adaptan a las circunstancias actuales. Hablar de ello no sólo es hablar de la solución de una disputa, sino de educación para la paz, a través de sensibilizar a la gente sobre la posibilidad de gestionar y resolver sus conflictos con técnicas racionales que fortalecen las relaciones interpersonales, la tolerancia, el respeto a las diferencias, los derechos humanos y los procesos democráticos. Así, las personas van tomando conciencia de su responsabilidad en la solución de sus propios problemas, y se va dando la coyuntura para promover un cambio generalizado hacia soluciones más eficientes que permitan la convivencia armónica⁴.

MARCO DE REFERENCIA

“Somos lo que hacemos repetidamente.
Por eso el mérito no está en la acción,
sino en el hábito.”

Aristóteles

96

Hace unos días, concretamente el lunes 22 de marzo de 2010, hubo una reunión en la Ciudad de México, en las instalaciones centrales del Instituto Federal Electoral. La Organización de los Estados Americanos (OEA) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) trabajaron de manera conjunta con las autoridades electorales federales de México: Instituto Federal Electoral y Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, para realizar un *conversatorio* que analice estos temas desde la perspectiva mexicana.

Se organizaron tres mesas de trabajo, en las que expertos del más alto nivel dialogaron sobre cada uno de los temas considerados en el informe preparado por la OEA y PNUD. *La democracia de ciudadanía. Una agenda para la construcción de ciudadanía en América Latina*⁵.

El concepto de democracia que se propone es el de una democracia de ciudadanos que vaya más allá de la noción de una democracia de electores, entendiendo la ciudadanía vinculada con los derechos civiles, políticos y sociales de los individuos. Se trata de una democracia deficitaria, en tanto no ha alcanzado los mínimos exigibles en términos de representación y satisfacción de necesidades de

⁴ Vid. Centro Interdisciplinario de Solución Alternativa de Conflictos. *Manual Básico del Conciliador*. México: Ed. Vivir en Paz, ONG, p. 10.

⁵ Organización de los Estados Americanos / Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Nueva York, 2009. Dicho documento retoma las bases teóricas y de diagnóstico sobre la democracia en América Latina que el propio PNUD publicó en 2004 bajo el título *Democracia en América Latina: Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*.

la mayoría de la población. Se hizo un análisis de la democracia latinoamericana por varios flancos: la desigualdad en la distribución en el ingreso, que se traduce en un desigual acceso al poder; la crisis de representación de los partidos políticos (creciente desconfianza hacia la política); la insatisfacción con los rendimientos de la democracia, lo que se convierte en un bajo nivel de legitimidad.

Así se proponen tres políticas públicas prioritarias que permitan atacar en su raíz el déficit democrático: fiscalidad (tributación directa para contrarrestar la desigualdad en el ingreso); integración social (garantizar los mínimos de bienestar como base de inclusión y participación social); seguridad pública (combatir la inseguridad ciudadana que mina en sus bases la legitimidad de la democracia y que lleva a casi la mitad de los latinoamericanos a preferir un retorno al autoritarismo ante la crisis de inseguridad).

Tomando como marco de referencia dicho documento, centro el discurso epistémico en este ensayo, sólo por cuanto hace a la integración social que garantice los mínimos de bienestar como base de inclusión y participación social.

Propongo luego entonces que reflexionemos y busquemos cómo hacer crecer un Estado para la democracia. Agreguemos elementos a la fórmula: Estado fuerte = legitimidad + finanzas sanas + administración efectiva y eficiente.

Es necesario que se abran espacios de diálogo institucional en los que sean los mismos participantes los que al exponer sus situaciones, encuentren caminos convergentes hacia una solución que satisfaga a todos. Son más fácilmente aceptados los resultados cuando se forma parte del diálogo en el proceso de construcción de la solución del problema. Eduquemos a la sociedad en el sentido de que frente a una controversia no sólo defienda sus derechos, sino que aporte por sí misma los grados de solución, con el compromiso de su cumplimiento. Lo anterior nos permite arribar a los siguientes elementos:

Ciudadanos participativos + facilitadores del diálogo + valor a la palabra
= cultura ética de paz.

La *agenda para la construcción de ciudadanía en América Latina* es una propuesta atendible, ya que como bien lo refiere, parte de un diagnóstico realista y propone una visión ampliada de la democracia pero no en una perspectiva utópica sino en función de un mínimo exigible y con un mayor involucramiento de la ciudadanía en la solución de los problemas que le afectan. Apuestan fundamentalmente a la construcción de ciudadanía y a la participación ciudadana como pilar de la corrección del déficit democrático en la región⁶.

⁶ Si bien, el documento reconoce no poner énfasis en el rediseño institucional en que han venido insistiendo los politólogos asociados a IDEA (Instituto para la Asistencia del Desarrollo Democrático), quienes proponen una especie de semiparlamentarismo para América Latina.

Coincido con la agenda anterior en cuanto a que no debe abrirse la brecha entre: a) ciudadanos e instituciones, b) ciudadanos y partidos, y c) ciudadanos frente a ciudadanos. Otra ciudadanía política es exigible. No solo de votos vive la representación democrática. Uno de los planteamientos interesantes de esta agenda fue: ¿Qué reformas de sus estructuras internas deben llevar adelante las autoridades y los partidos políticos para adaptarse al presente contexto?, ¿Más participación puede conducir a una mejor representación?

Las respuestas a estas interrogantes no deben pasar por alto que existe una efervescencia de formas de participación ciudadana que piden la *correspondiente creación de espacios institucionales*, bien en los procesos legislativos, en la distribución de recursos y en mecanismos de rendición de cuentas verticales de las autoridades públicas y por qué no decirlo, en la ampliación de una justicia alternativa que los tome en cuenta y que propenda a una nueva visión de una cultura democrática basada en la cultura de la paz⁷.

En México las premisas son:

- a) el Instituto Federal Electoral es árbitro electoral;
- b) los partidos políticos, como organizaciones de ciudadanos, exigen que su vida interna se desarrolle primero que nada, bajo sus propias normas estatutarias, y
- c) los ciudadanos ofrecen los elementos de complementariedad que articulan ideas nuevas y con un rol importante en la construcción del lazo entre representantes y representados.

Luego entonces, estamos en una *trilogía de responsabilidades*, de co-participación, de enlaces que propendan a la solución armónica de satisfactores mutuos y fortalezcan notoriamente la democracia exigible del siglo XXI.

MEDIOS ALTERNATIVOS DE JUSTICIA

“...una cultura de la paz se logrará cuando los ciudadanos del mundo entiendan los problemas... tengan habilidades para resolver conflictos, (y) luchan por la justicia de manera no violenta... Ese aprendizaje solo puede alcanzarse con una educación sistemática por la paz.”

Agenda de la Haya para la Paz y la Justicia en el siglo XXI

La Comisión de las Comunidades Europeas⁸ ha sostenido que el modelo de resolución de conflictos basado en unos jueces técnicos, semiautomatas, sometidos

⁷ Vid. La democracia de ciudadanía. Una agenda para la construcción de ciudadanía en América Latina. Organización de los Estados Americanos. Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo. ISBN 978-0-8270-5387-8, p. 92.

⁸ Este apartado está basado en la obra de Ortuño Muñoz, Pascual. El “Libro verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil” de 19.04.2002

a un reglamentismo legal exacerbado que ha absorbido toda la capacidad de los ciudadanos de negociar sus propios intereses, no es eficaz ni útil para los nuevos litigios que han surgido de un sistema de relaciones sociales que, en parte, era desconocido.

Se plantean en la sociedad actual nuevas tipologías de conflictos para los que es obsoleto el método adversarial clásico, tanto por la proliferación de litigios que se han incrementado en proporción geométrica en el ámbito del consumo, la responsabilidad civil, las relaciones de vecindad o las de familia, como por la complejidad de muchos de ellos. Las estadísticas judiciales ponen de relieve que es imposible que los tribunales acojan, tramiten y den una respuesta en derecho en un plazo razonable a gran parte de las controversias. En otros casos el nivel técnico de la disputa o la confluencia de factores de muy diverso signo determinan la necesidad de que la “gestión del conflicto”, en terminología post moderna, se aborde con metodología interdisciplinaria, (litigios en el sector tecnológico o informático con presencia de empresas multinacionales, la regulación de los efectos de los divorcios o la justicia juvenil). En muchos de estos casos, las necesidades de rapidez y eficacia que el comercio y el sistema financiero demandan, son incompatibles con los procesos judiciales de los que se dispone. Por tomar un referente europeo, es sorprendente el incremento de reclamaciones formuladas por los ciudadanos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: cuando se creó, en 1981, hubo 404 recursos, mientras que ya en 1993 fueron 2.037, para ascender en 1999 a 8.402 y finalizar el año 2002 con 27.500.

Se plantea incluso la puesta en marcha de métodos de resolución de conflictos “on line”, utilizando para este fin el Internet con la accesibilidad, simplificación y rapidez propias de este medio y el desarrollo de la mediación a todos los niveles. Estos sistemas metodológicos de resolución de controversias que son alternativos al sistema adversarial judicial clásico, pero que pueden ser un complemento eficaz del mismo, conforman los llamados “ADRs” esto es, la Alternative Dispute Resolution, (por su contracción en inglés).

Estos métodos alternativos de resolución de conflictos se caracterizan por facilitar una “modalidad de construcción y de gestión de la vida social gracias a la inmisión de un tercero neutral, independiente y sin otro poder que la autoridad que le reconocen las partes, que lo habrán elegido o reconocido libremente”⁹. “Cualquier intento de modernización de la justicia que olvide completar el sistema clásico con las nuevas metodologías, está abocado al fracaso”¹⁰. Se dice que la implantación de los ADRs es un signo de identidad de la Unión Europea (UE), a la vez que un medio para abordar la crisis de la administración de justicia, que

de la Comisión de las Comunidades Europeas. Publicat a *Revista Iuris-La Ley*, n. 77, Noviembre 2003, p. 42 a 48.

⁹ En la definición de Michèle Guillaume-Hofnung, citada por Ortuño Muñoz, Pascual. Op. cit.

¹⁰ Id.

no es únicamente un problema nacional, sino que representa un grave problema común de todos los estados miembros.

Es mi opinión que la materia electoral no puede quedar al margen de estas nuevas tendencias¹¹ de buscar, reconocer y desarrollar medios alternos de solución de conflictos¹². Es notorio el efecto multiplicador de los casos ante los tribunales bajo el esquema del proceso judicial clásico, tienden a alargarse y sus gastos se incrementan cada vez más, por lo que la conclusión que se obtiene es que es necesario implementar estos métodos alternativos como respuesta a la necesidad de facilitar el acceso a la justicia para dar cumplimiento a los preceptos constitucionales. Con ello, la tendencia es a conseguir una eficaz vía complementaria a los procedimientos jurisdiccionales, al mismo tiempo que se sientan las bases para profundizar en la paz social mediante la promoción de estos métodos basados en el restablecimiento del diálogo y el mantenimiento de las relaciones futuras¹³.

En todos los Estados miembros de la UE se constata que las leyes de enjuiciamiento establecen la posibilidad de que se intente la conciliación entre las partes antes del litigio, aun cuando el grado de obligatoriedad es distinto en unos de otros.

En México, la justicia alternativa es un derecho fundamental. En el apartado de las garantías individuales, el artículo 17 párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece textualmente:

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

¹¹ Como la materia, civil, familiar, penal, financiera, comercial, laboral, intercultural, etc.

¹² Como desarrollo de este interés deben citarse las conclusiones de la Presidencia del Consejo de Viena de diciembre de 1998, (apartado 83), que destaca la necesidad de desarrollar la mediación en los conflictos familiares transnacionales y el acuerdo de la Comisión de 9.4.2001 sobre mediación y derecho de consumo. La Recomendación de 29 de mayo de 2000 recoge el acuerdo de los ministros de justicia para la búsqueda y desarrollo de métodos alternativos en el ámbito civil y comercial, convencidos de la eficacia de los mismos. En el Acuerdo de 15 de marzo de 2001 la Comisión analiza la conveniencia de implantar la mediación en el ámbito penal para salvaguardar los derechos de las víctimas. El acuerdo de 7 de mayo de 2001 promueve la creación de la red FINNET, para la resolución de los conflictos en el ámbito financiero. Finalmente, en cuanto a las relaciones laborales, el Consejo europeo de Bruselas, Laeken, de diciembre de 2001 insistió en la importancia de prevenir y resolver los conflictos sociales, y muy especialmente los de carácter transnacional, mediante mecanismos voluntarios de mediación. (Pueden consultarse estos textos en la siguiente dirección: <<http://ue.eu.int/fr/Info/eurocouncil/index.htm>>.).

¹³ Vid. ELIZONDO GASPERÍN, Ma. Macarita (Coord). Relación de las Partes, los Jueces y los Abogados. XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Ed. Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho. División Editorial, México, 2004. p. 590.

Nótese que lo anterior es texto vigente de nuestra Constitución, cuyo proceso legislativo requiere para su aprobación no sólo la aceptación del Congreso de la Unión, sino de los Congresos Locales, es decir de los representantes populares de cada uno de los Estados de la República, quienes en consecuencia han manifestado su interés en elevar a rango de derecho fundamental, de garantía individual, el derecho irrestricto que le asiste a toda persona a conseguir una eficaz vía complementaria a los procedimientos jurisdiccionales tradicionales que logre el diálogo, la negociación y la solución plausible de sus intereses y derechos.

Incluye obligadamente a la materia penal, con las salvedades de aquellos casos en los que se requiera supervisión judicial.

En el Dictamen de la Cámara de origen¹⁴ el cual retoma su colegisladora Cámara Revisora, se precisa:

...La evolución progresiva de los derechos humanos ha derivado en la conclusión de que la obligación de los Estados de garantizar el libre ejercicio de los mismos no se limita únicamente a una cuestión formal, sino que además impone la obligación al Estado de proporcionar todos los medios necesarios para que el sujeto de dichos derechos pueda hacerlos efectivos. Esta conclusión tiene su origen en el sistema interamericano que nos rige, específicamente en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, donde se fija el compromiso de los Estados Partes respecto de la aplicación de dicho instrumento internacional. Es decir, se trata de la obligación del Estado de garantizar, como señaló puntualmente hace ya 30 años el notable jurista italiano Mauro Cappelletti, el acceso efectivo a la justicia.

“Hoy más que nunca, la concepción de Cappelletti cobra vigencia, pues mientras las elites políticas, sociales o económicas poseen múltiples canales informales para solucionar problemas relacionados con el ejercicio de sus derechos, sin tener que acudir a los mecanismos institucionales de justicia; los más desprotegidos económicamente se encuentran en franca minusvalía ante muchas de las entidades públicas o privadas con las que interactúan. Por ello, el acceso a la justicia debe servir para compensar esta desigualdad y asegurar la vigencia de los derechos y la legalidad, incluyendo la actuación de las instituciones encargadas de proporcionarla.

...

¹⁴ Extracto de la crónica legislativa y diario de debates con referencia a la reforma al artículo 17 constitucional: Dictámen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Origen de fecha 11 de diciembre del 2007 y Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Gobernación, de Seguridad Pública y de Estudios Legislativos de la Revisora de fecha 13 de Diciembre del 2007.

En el texto que se propone del artículo 17, se establecen los mecanismos alternativos de solución de controversias que son una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita. Estos mecanismos alternos a los procesos jurisdiccionales para la solución de controversias, entre otros la mediación, conciliación y arbitraje, permitirán en primer lugar cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propiciarán una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo; también servirán para despresurizar las altas cargas de trabajo de los órganos jurisdiccionales y para que las víctimas obtengan de forma más rápida la reparación del daño, que es una asignatura pendiente de nuestro sistema de derecho.

Con este texto el Constituyente permanente reconoce la necesaria vía de comunicación y de diálogo que la sociedad demanda en nuestros tiempos, dado que es la depositaria del poder democratizador y forma parte en su conjunto de la solución de los conflictos, como ya se dijo, es importante sustituir la estrategia del enfrentamiento por la de la colaboración.

La justicia alternativa cuenta con instrumentos eficaces para la paz social que refuerzan la cultura democrática, por lo que no puede ni debe ser ajena a ninguna materia.

102

AVANCE EN MEDIOS ALTERNATIVOS DE UNA JUSTICIA LABORAL-ELECTORAL

“Estudiémoslos, descubramos cuáles son nuestras buenas y malas tendencias; este conocimiento va a permitirnos entregar las unas al poder de construcción, las otras a la disolución del tiempo.”

Julio Payot

Durante las dos últimas décadas, México ha vivido una serie de cambios normativos en su orden constitucional que vienen transformando la naturaleza de sus instituciones político-electorales. Estas transformaciones se han sustentado en la intención de fortalecer y consolidar valores fundamentales para la vida democrática del país.

Por lo que hace a las instituciones electorales, la reforma de 1990 introdujo la concepción de un Instituto Federal Electoral como organismo constitucional autónomo que organiza las elecciones, en el que por primera vez participaron en su calidad de ciudadanos con importantes funciones y en el cual se formó un nuevo servicio profesional electoral permanente. Eso constituyó en su momento un avance sustancial hacia la consolidación de la imparcialidad como principio rector de la organización electoral.

El primer Estatuto del Servicio Profesional Electoral fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de 1992.

En 1996 tuvo lugar una reforma electoral en la que se señaló que se debía revisar y reformar el Estatuto del Servicio Profesional Electoral entonces vigente, estableciéndose la atribución al Consejo General del Instituto para aprobar un nuevo marco normativo que contribuyera a fortalecer el profesionalismo, la autonomía y la imparcialidad de la institución.

El 16 de marzo de 1999, por acuerdo del Consejo General CG06/1999 se aprobó el Estatuto del Servicio Profesional Electoral y del Personal del Instituto Federal Electoral, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de marzo del mismo año y entrando en vigor al día siguiente de su publicación.

El 14 de enero de 2008 se publicó, en ese mismo medio oficial, el Decreto por el que se expide el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales que abrogó al anterior, lo cual generó la emisión de un nuevo Estatuto. El día 16 de diciembre de 2009, en Sesión Extraordinaria del Consejo General del Instituto Federal Electoral, fue aprobada la reforma integral al Estatuto del Servicio Profesional Electoral y del Personal del Instituto Federal Electoral, el cual fue publicado en dicho diario oficial el 15 de enero de 2010.

En dicho estatuto, concretamente en el Título Séptimo “Procedimientos Disciplinarios para el Personal del Servicio Profesional Electoral”, se prevé la base de una justicia alternativa electoral, pues reconoce la conciliación como un medio para la solución de las controversias, de la siguiente manera:

CAPITULO DÉCIMO

DE LA CONCILIACION DE CONFLICTOS

Artículo 295. La conciliación es el procedimiento mediante el cual se puede solucionar un conflicto entre miembros del Servicio, que no afecte interés directo del Instituto, a través de la intervención de un funcionario ajeno a la controversia, denominado Conciliador, con el propósito de generar un acuerdo de voluntades.

Artículo 296. Los miembros del Servicio en conflicto que estén de acuerdo en someterse a una conciliación, podrán solicitar a la DESPE el inicio de la misma.

Artículo 297. El contenido del convenio constituirá obligaciones que deberán observar los miembros del Servicio que se hayan sometido a la conciliación; y su incumplimiento será considerado una infracción.

Artículo 298. La Junta, previo conocimiento de la Comisión y a propuesta de la DESPE, aprobará los lineamientos que regulen el procedimiento de conciliación.

TRANSITORIOS

PRIMERO. – Las disposiciones del presente Estatuto entrarán en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

SEGUNDO. – A partir de la entrada en vigor del presente Estatuto, se abroga el Estatuto del Servicio Profesional Electoral publicado en el

Diario Oficial de la Federación el 29 de marzo de 1999, así como sus modificaciones publicadas el 15 de septiembre y el 20 de octubre de 2008 y se derogan todas las disposiciones que contravengan al presente Estatuto.

VIGESIMO NOVENO. – Los Lineamientos del procedimiento de conciliación, serán aprobados dentro de los siete meses posteriores a la entrada en vigor del presente Estatuto.

Los servidores del IFE se irán familiarizando con el concepto alternativo a una justicia judicial y comenzarán a reconocer que las controversias pueden tener una solución con una connotación positiva. La implantación de los sistemas alternativos se ha de enmarcar en el objetivo prioritario de la facilitación del acceso a la justicia y a la obtención de una solución justa y eficaz en un plazo razonable.

Recordemos que la palabra **conflicto** tiene como sinónimo: dificultad, pleito, confrontación, disputa, diferencia, combate, choque, encuentro, antagonismo, aprieto, competencia, desacuerdo, pelea, oposición, pugna, disyuntiva, batalla, crisis, discusión, malentendido, mientras que el sinónimo de la palabra **conciliación** implica: arreglo, reconciliación, avenencia, semejanza, entendimiento, similitud, igualdad, conformidad, ajuste, transigencia, cordialidad, conveniencia, concordancia, concierto, paz, fraternidad, concordia, mediación, favor, protección. Así en la vida práctica, las partes entienden el valor de una interacción colaborativa, a diferencia de la que tenía previamente y que las ha conducido al conflicto. En esencia, el conciliador debe llevar a las partes a concretar acuerdos mediante la vivencia de una relación respetuosa, donde el punto de vista de ambas y sus preocupaciones adquieran la misma importancia, donde se compruebe que es posible escuchar a otra persona, aceptar su punto de vista, respetar sus valores y reconocer sus sentimientos, aunque sean incompatibles con las creencias y la experiencia del que escucha y sin menosprecio de los intereses personales de ninguno. Deben sumarse los esfuerzos de un trabajo conjunto y coordinado y buscar que las ganancias beneficien a todos los participantes involucrados en esa controversia. Se trata de una propuesta de negociación¹⁵, se trata de un modelo de negociación colaborativa asistida por un tercero imparcial para la resolución de problemas mediante un acuerdo negociado y viable que refleje las necesidades e intereses conjuntos de los involucrados¹⁶.

¹⁵ Hablar de negociar en otras materias tienen una connotación diversa a la materia electoral, por los índices de corrupción que se han dado en esta última. Vid. ELIZONDO GASPERÍN, Ma. Macarita. Las Naciones Unidas Contra la Corrupción. Hacia una cultura de rechazo a la corrupción en materia electoral (El caso México). Ed. Poder Judicial del Estado de Aguascalientes. Junio de 2006.

¹⁶ Centro Interdisciplinario de Solución Alternativa de Conflictos. Manual Básico del Conciliador. México: Ed. Vivir en Paz, ONG, p. 136.

La conciliación como medio alternativo de solución de conflictos se funda en los principios de imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, legalidad, honestidad y equidad, de acuerdo a lo siguiente¹⁷:

1. La voluntad de las partes para someterse a los medios alternativos de solución de controversias, y la libertad para dar por terminado el proceso en cualquier momento, con la posibilidad de instar ante los tribunales la tutela de sus derechos con carácter inmediato, pero deben establecer las cautelas necesarias para que dicha voluntad sea debidamente garantizada, en especial evitando que se utilicen estos métodos alternativos de forma abusiva contra la parte más débil o que supongan la supresión u obstaculización del ejercicio de las acciones judiciales, las cuales en materia laboral-electoral están constituidas por los Juicios para Dirimir los Conflictos o Diferencias Laborales de los Servidores del Instituto Federal Electoral¹⁸.
2. La autonomía para organizar el procedimiento. Es una de las ventajas más destacadas, puesto que en cada caso y para cada ámbito de actuación se pueden pactar o fijar las reglas mínimas de actuación, con lo que las propias partes en controversia comienzan a construir las bases para resolver por sí mismas el conflicto. Conseguir que dos partes con interés opuestos se sienten en una mesa y pacten entre ellas, con intervención del tercero, un turno para hablar, ya supone un gran logro, pues es la base de la reinstauración del diálogo. Es importante sustituir la estrategia del enfrentamiento por la de la colaboración, es un instrumento eficaz para la paz social, especialmente cuando las partes contendientes han de seguir conviviendo o relacionándose de algún modo.
3. La exigencia de imparcialidad del tercero. Junto con la neutralidad y la objetividad, son las condiciones indispensables que debe ofrecer el tercero. La búsqueda activa del equilibrio real entre las partes durante el proceso de negociación, para que ninguna de ellas pueda hacer prevalecer una posición de fuerza.
4. La necesidad de garantizar el equilibrio real entre las partes. Las partes deben percibir que el tercero considera legítimas sus respectivas opciones, que respeta las posiciones que muestran en la disputa y que les ayuda a encontrar la mejor solución posible para los intereses enfrentados, de

¹⁷ Ortuño Muñoz, Pascual. Op. cit., p. 42 a 48.

¹⁸ Mismos que son resueltos por las Salas Superior y Regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, de conformidad con la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, cuyo artículo 101 prevé inclusive en sede judicial la celebración de una audiencia de conciliación, admisión y desahogo de pruebas y alegatos, dentro de los quince días hábiles siguientes al en que se reciba la contestación del IFE.

tal forma que del acuerdo que se alcance no se genere la sensación de victoria ni de derrota para ninguna de ellas, sino la satisfacción de ambas por el problema resuelto.

5. Toda la actividad de los terceros, conciliadores o mediadores, debe estar regida por principios deontológicos específicos. El tercero interviniente debe guardar secreto sobre los hechos y circunstancias que le han sido confiados, no puede ser llamado a declarar como testigo en el juicio contencioso, así como que las partes no pueden utilizar en el posterior proceso judicial los hechos reconocidos en el contexto de la negociación. Para ello no es suficiente con las normas deontológicas, sino que se precisa una norma legal clara y concreta que así lo establezca.
6. La necesidad de garantizar que el acuerdo que se alcance sea el realmente querido o bien aceptado por las partes. De ello se deriva la necesidad de que esta vía de la conciliación sea fácil para los ciudadanos, no esté entorpecida por requisitos burocráticos, se desenvuelva con un alto grado de discreción, no despierte recelos de intervencionismo ni de publicitación de los conflictos. En cuanto a las garantías del procedimiento, es necesario que se fijen unas normas claras y precisas para evitar la indefensión, lo que implica establecer un mínimo irrenunciable, de orden público y de necesario cumplimiento.
7. Las características esenciales exigibles deben ser: a) el profesionalismo; b) la formación adecuada (posesión de recursos y habilidades); c) el manejo de técnicas de gestión de conflictos; d) la posesión de las cualidades imprescindibles de transmisor de confianza y de facilitador de la comunicación; f) el entrenamiento de la capacidad de ayudar a develar los intereses reales que subyacen en todo conflicto, debajo de las posiciones coyunturales de las partes.

Como la de honestidad es una de las reglas en las que se basan los medios alternativos, es necesario generar esquemas de confianza que reproduzcan valores y principios. El IFE ha dado pasos firmes en la elaboración de su Código de Ética, que espera ser aprobado en breve, después de seguir un procedimiento intenso de diagnóstico y consulta, dado que lo considera como una de las actividades preponderantes del *Programa Integral en contra de la Discriminación y a Favor de la Equidad Laboral y una Cultura Democrática al interior del Instituto Federal Electoral*.

Si lo que inicia formando parte de la cultura democrática al interior del IFE, se replica hacia el exterior, habremos contribuido en buscar que las personas tomen conciencia de su responsabilidad en la solución de sus propios problemas, mediante la utilización de vías alternativas a un buen sistema de justicia incluyente, de ahí que es igualmente importante un proceso de planeación estratégica

de la nueva política de educación cívica, en el que el Instituto Federal Electoral enfrenta el desafío de consolidar como una política pública, el Programa Estratégico de Educación Cívica. Se trata de un proceso que busca partir de una reflexión interna sobre la función de educación cívica del Instituto, y que incorpore también, por diversos medios, la visión de otros actores de la sociedad civil y el Estado, con el fin de lograr definir un documento que permita justificar, explicar, implementar y evaluar las políticas de educación cívica del IFE en los próximos años.

Como ya se dijo, es importante educar para la paz, a través de sensibilizar a la gente sobre la posibilidad de gestionar y resolver sus conflictos con técnicas racionales que fortalecen las relaciones interpersonales, la tolerancia, el respeto a las diferencias, los derechos humanos y los procesos democráticos. Así, se va dando la coyuntura para promover un cambio generalizado hacia soluciones más eficientes que permitan la convivencia armónica en un esquema exigible de cultura democrática.

MEDIO ADVERSARIAL CLÁSICO EN MATERIA ELECTORAL (VIDA INTERNA PARTIDISTA)

“Poseemos en nosotros mismos por los pensamientos y la voluntad, un poder de acción que se extiende mucho más allá de los límites de nuestra esfera corpórea.”

Allan Kaldec

107

Son los partidos, como organización de ciudadanos, los que definen legítimamente su libertad para autodeterminarse y resolver internamente sus disputas (artículo 46 párrafos 1, 2 y 3 del COFIPE), dejando para un régimen de excepción la solución judicial de sus conflictos internos. El objetivo de los precedentes judiciales es acotar espacios de impunidad en nuestro sistema jurídico, permitiendo que los institutos políticos puedan resolver los conflictos internos dentro del régimen democratizador.

Los criterios iniciales sustentados por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, se encaminaron en un principio por considerar que los actos de los partidos aún en contra de sus militantes, no podían considerarse como objeto de protección jurisdiccional, bajo el argumento de que sus acciones no constituían un acto de autoridad. Sin embargo, la tesis inicial dio un giro de 360° por la Sala Superior del TEPJF, que terminó aceptando en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias, la procedencia de la protección jurisdiccional a favor de los militantes afectados en sus derechos.

Los partidos políticos son la vía de los ciudadanos para ejercer sus derechos políticos y de esta forma acceder a las funciones públicas del Estado, es por ello que se considera que debiere establecer una regulación interna en sus estatutos, respetando de manera absoluta los principios constitucionales y legales; y bajo

ese principio, es necesario un catálogo de derechos mínimos de los militantes y simpatizantes que los estatutos de los partidos podrán ampliar más no restringir.

El siguiente texto corresponde al Dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Estudios Legislativos, el que contiene Proyecto de Decreto por el que se expide el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales:

Un fenómeno no deseable que se presenta desde hace varios años es la creciente judicialización de la vida de los partidos; afirmamos que se trata de un fenómeno negativo en tanto contradice el sentido de éstos como organizaciones de ciudadanos a los que une una misma ideología, programa y reglas entre todos convenidas. Si bien los partidos son, por definición constitucional, entidades de interés público, no son ni deben ser convertidos en entes públicos ubicados en la esfera del Estado. Fortalecer el papel de los partidos como organizaciones de ciudadanos supone que su vida interna se desarrolle, primero que nada, bajo sus propias normas estatutarias, las que deben establecer los medios y mecanismos de defensa para asegurar el ejercicio democrático de los derechos y obligaciones de sus afiliados.

En esa perspectiva es que la presente iniciativa contempla la incorporación en el Cofipe de normas que permitan a los partidos y a sus afiliados desarrollar su vida interna sin estar sujetos al cuestionamiento inmediato ante las autoridades electorales respecto de asuntos y decisiones que constituyen materias en las que, con apego a normas democráticas, cada partido puede y debe resolver internamente, y solamente una vez agotadas esas instancias, dejar abierta y garantizada la vía de la queja o denuncia ante las autoridades electorales.

No en pocas ocasiones los militantes de los partidos políticos ven afectados sus derechos políticos por los institutos a los que se encuentran afiliados, es por ello que la propia Constitución reconoce la jurisdicción adversarial clásica como una cuestión excepcional para dirimir estos conflictos. Ahora, para acudir a la jurisdicción del Tribunal, los militantes deben agotar previamente las instancias de solución de conflictos previstas por las normas internas de los partidos, además de reconocer el legislador que los partidos no son autoridades en el sentido *formal* del concepto, sino *material* por el poder de sus resoluciones que trascienden la esfera jurídica del gobernado, por lo que no son ni deben ser convertidos en entes públicos ubicados en la esfera del Estado y en consecuencia reconoce su grado de autonomía (como “ciudadanos organizados”, lo cual es lo mismo que organización de ciudadanos) para la toma de decisiones y para las relaciones en sociedad.

A raíz de la apertura de la procedencia del Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano (JDC), los militantes tienen la posibilidad de ver resarcirse sus derechos transgredidos a través de instancias judiciales ante el TEPJF. Previamente, los militantes sólo contaban con el

procedimiento administrativo sancionador, como un mecanismo indirecto de control de los partidos políticos, pero ese medio de defensa no restituía el derecho violado en todos los casos.

La vida interna de los partidos políticos se rige por sus normas estatutarias, las que regulan las relaciones existentes entre sus órganos directivos y los militantes; con ellos se da certeza a los afiliados sobre los derechos, obligaciones y procedimientos para ejercerlos o cumplirlas. Por ello, es indispensable que cada acto partidista se apegue a lo dispuesto en las normas que ellos mismos se otorgan como ciudadanos organizados¹⁹.

El principio consistente en el previo agotamiento de las instancias partidistas²⁰, se justifica, por regla general, porque las instancias o medios de impugnación ordinarios son instrumentos aptos y suficientes para reparar, oportuna y adecuadamente, las violaciones a las leyes generadas por el acto o resolución que se combata, idóneos para restituir al recurrente en el goce de sus derechos, y no meras exigencias formales para retardar la impartición de la justicia, o simples obstáculos para el gobernado con el afán de dificultarle la preservación de sus derechos²¹.

¹⁹ La tesis relevante que sostiene que los partidos políticos están obligados a regir su actuación por las disposiciones constitucionales y legales, lo que es admisible concretar como un deber de observancia al principio de legalidad. En esas condiciones, la garantía de audiencia también debe observarse por los partidos políticos, en tanto entidades de interés público con obligaciones, derechos y fines propios establecidos en la Constitución federal y en las leyes reglamentarias. De esta forma, cualquier acto emitido por un órgano partidario que pudiera tener como efecto privar de algún derecho político constitucional, legal o estatutario a uno de sus afiliados, sin que el sujeto afectado tuviese la posibilidad de realizar una adecuada y oportuna defensa previa al acto privativo, devendría en una transgresión al derecho de audiencia de la que es titular todo gobernado. Tesis XIII/2008 emitida por la Sala Superior.

²⁰ En atención a la tesis de jurisprudencia, identificada con la clave S3ELJ 04/2003, consultable en las páginas 178 a 181 de la Compilación Oficial de "Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005", bajo el rubro MEDIOS DE DEFENSA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. SE DEBEN AGOTAR PARA CUMPLIR EL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD.

²¹ El criterio judicial señala que el actor no está obligado a agotar alguna instancia previa para acudir al juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, si de la normatividad partidista no se advierte expresamente el medio a través del cual sea posible resolver lo atinente a las omisiones reclamadas, pues no obstante que el principio de definitividad, como condición de procedibilidad del juicio citado impone a los promoventes la carga de agotar las instancias previas para combatir los actos y resoluciones en virtud de los cuales pueden ser modificados, revocados o anulados los actos combatidos y si las instancias o medios de impugnación ordinarios no son instrumentos aptos y suficientes para reparar, oportuna y adecuadamente, las violaciones a las leyes generadas por el acto o resolución que se combata, ni idóneos para restituir al recurrente en el goce de sus derechos, resulta claro que el promovente no se encuentra obligado al agotamiento de las instancias intrapartidistas para acudir a la instancia federal. DEFINITIVIDAD. EL ACTOR NO ESTÁ OBLIGADO A AGOTAR UN MEDIO DE IMPUGNACIÓN INTRAPARTIDISTA, CUANDO DE SU NORMATIVA NO SE ADVIERTA EL IDÓNEO PARA RESOLVER LAS OMISIONES RECLAMADAS (Normativa interna del PRI).

Lo anterior sin olvidar que, en cada eslabón de toda cadena impugnativa rige el principio de preclusión, conforme al cual el derecho a impugnar sólo se puede ejercer, por una sola vez, dentro del plazo establecido por la normatividad aplicable, de ahí el criterio contenido en la Jurisprudencia 9/2007. PER SALTUM. EL JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO DEBE PROMOVERSE DENTRO DEL PLAZO PARA LA INTERPOSICIÓN DEL MEDIO DE DEFENSA INTRAPARTIDARIO U ORDINARIO LEGAL.

En México se observa que los ciudadanos son cada vez más combativos en la defensa de sus derechos, para ilustrar la magnitud de este fenómeno que comúnmente se conoce como judicialización de la vida interna de los partidos políticos. Los JDCs que resuelve el Tribunal Electoral del Poder Judicial Electoral (TEPJF) son cada vez más frecuentes. 53% están relacionados con conflictos internos de los partidos políticos. Cabe advertir que este tipo de asuntos ha mostrado una tendencia a la alza en los últimos seis años. La mayoría de los asuntos intrapartidistas versaron sobre procesos internos de selección de candidatos (46.4%), derecho a la información de los militantes (21.8%), afiliación (10.4%), e integración de dirigencias estatales (8.9%). Durante 2009, es el año en el que más asuntos ha recibido el Tribunal Electoral desde su incorporación al Poder Judicial de la Federación en 1996, llegando a un total de 21, 773, de los que prácticamente la totalidad (96%) fueron iniciados por el ciudadano (20,840). La cantidad de asuntos que se reciben para conocimiento y resolución en el Tribunal Electoral ha mostrado una tendencia creciente en los últimos años. Lo anterior para la autoridad le permite concluir que es una “clara señal de que los actores políticos han optado por la vía institucional para la solución de los conflictos político-electorales sobre cualquier otra vía”²².

El lapso promedio comprendido entre el ingreso y resolución de la mayoría de asuntos ante el TEPJF varía según el medio de impugnación. Los juicios para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (JDC) precisamente están entre los más tardados en que se emite la resolución²³.

Sin embargo, habrá que pensar en una dimensión diferente, donde los actores tengan otra vía legalmente aceptada de una justicia alternativa expedita

²² Vid. Informe de labores 2008-2009. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México. 2009. pp. 15 a 20.

²³ IDEM. Los asuntos laborales electorales, por ejemplo, son los que toman más tiempo en resolverse, pues ocupan 60 días en promedio. Reconozco que el plazo promedio si lo comparamos con el de otras instancias judiciales en diversas materias ya de suyo tiene mérito propio, pues si algo caracteriza al Tribunal Electoral de todos los tiempos (Contencioso, Federal y ahora del Poder Judicial de la Federación) es que no tiene rezago, pero la carga de trabajo en constante aumento ha generado costos institucionales de todo tipo.

para la solución de sus diferencias, que pase de una justicia formal cambiando el paradigma de la justicia restaurativa, y propicie una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo; también servirán para despresurizar las altas cargas de trabajo de los órganos jurisdiccionales y para que las víctimas obtengan de forma más rápida la reparación del daño, que es una asignatura pendiente de nuestro sistema de derecho.

La consecuencia de esta “judicialización” de los sistemas contenciosos electorales estriba en que *la resolución de los conflictos e impugnaciones sobre los procedimientos electorales debe basarse en el principio de juridicidad (constitucionalidad y/o legalidad)* y no según los criterios ampliamente discrecionales de la oportunidad política, como ha advertido el doctor Fix-Zamudio. Lo anterior también ha implicado —como la experiencia en el derecho comparado lo demuestra— un cambio en la actitud asumida por los partidos políticos, funcionarios electorales y demás partes o terceros interesados en determinada impugnación electoral, ya que los hechos, argumentaciones y medios de prueba planteados eventualmente ante el órgano jurisdiccional competente, han requerido ajustarse a exigencias técnico-jurídicas para su procedencia y fundamentación, ya que es evidente que la mera movilización o deslegitimación política no proporciona los medios y fundamentos suficientes para resolver un litigio electoral de manera objetiva, imparcial y conforme a derecho²⁴.

En los últimos años, la justicia ordinaria local en otras materias distintas a la electoral tiene una tendencia muy fuerte a desarrollar mecanismos alternativos de solución de conflictos, para evitar que los mismos ocupen el tiempo de los organismos oficiales establecidos para tales fines²⁵.

La sociedad civil tiene un papel que desempeñar en la resolución de conflictos electorales en la medida en que es debidamente informada de todos aquellos aspectos relativos al origen del conflicto, su instrucción y decisión por parte del órgano. La presencia de la sociedad civil, de la ciudadanía en general, a través del flujo de información completa, veraz e inteligible, constituye una garantía de

²⁴ Perspectiva Comparada en Centroamérica, México y la República Dominicana. SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ELECTORALES. San José, Costa Rica, 27 al 29 de marzo de 2000. Coordinado por Fundación Internacional para Sistemas Electorales (IFES); Instituto Federal Electoral (México), Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México) Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Asesoría y Promoción Electoral, y Tribunal Supremo de Elecciones (Costa Rica).

²⁵ En materia de Mediación en sede judicial a la fecha ya está en práctica en Chihuahua, Sonora, Nuevo León, Tamaulipas, Baja California Sur, Nayarit, Jalisco, Colima, Aguascalientes, Querétaro, Distrito Federal, Oaxaca, Tabasco y Quintana Roo, en los que existen Centros de Mediación Judicial Autónomos.

respeto a este principio competente, e incluso en aquellos conflictos que terminan siendo negociados, asistidos, arbitrados. En los que el orden público no está comprometido, deben ser manejados de forma tal que puedan alcanzarse acuerdos que propendan a que el proceso electoral se siga en armonía. En este escenario la sociedad civil también debe desempeñar su papel no sólo de control a través de la información que deba recibir, sino de facilitador de estos acuerdos. Debe tenerse cuidado y no podría ser aceptada una supuesta solución de un conflicto vía un acuerdo que no respete los principios fundamentales del régimen democrático y la institucionalidad, pues ello es mucho más pernicioso que estar obligado a ponerle fin a través de una decisión obligatoria del órgano jurisdiccional competente, bajo un esquema de letrista de la ley no convincente para los parámetros de tutela efectiva y acceso a la justicia alcanzados. Aprobar una ley que norme todas las actividades de los partidos políticos, estableciendo sus derechos y obligaciones y fortalecer la participación de la ciudadanía durante el proceso de solución de los conflictos, son elementos que contribuirían en el mismo sentido²⁶.

Habría que reflexionar si la justicia alternativa electoral puede alcanzar aquellos casos que tienen que ver con la defensa de los derechos de los ciudadanos, que en su carácter de militantes han sido afectados en el interior de los partidos políticos por la decisión de los órganos de dirección habría que reflexionar en ello, por ejemplo, para los procedimientos de postulación de candidatos o inclusive en la aplicación de sanciones o expulsión, o en aquellos casos que tengan que ver con la aplicación de usos y costumbres en la comunidad.

Las condiciones de una justicia alternativa intrapartidista, podrían quedar enmarcadas *prima facie* de la siguiente forma:

1. Que sean asuntos de la vida interna partidista.
2. Que no afecten a terceros ajenos al procedimiento conciliatorio.
3. Que sea asumido por voluntad expresa y libre de los participantes.
4. Que se trate de una sola instancia sumaria y expedita, con reglas claras y precisas que fijen el mínimo irrenunciable de orden público y de necesario cumplimiento.
5. Que se pueda solicitar por los participantes la conciliación previa o durante el procedimiento impugnatorio intrapartidista.

²⁶ Se sugiere la lectura: *Álvarez Valdez, Francisco*. Coordinador General de Participación Ciudadana. *República Dominicana. Principales dificultades en la resolución de conflictos electorales: el caso dominicano*. Perspectiva Comparada en Centroamérica, México y la República Dominicana. SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ELECTORALES. San José, Costa Rica, 27 al 29 de marzo de 2000.

6. Que garantice que el acuerdo que se alcance sea el realmente querido o aceptado por las partes.
7. Que respeten los términos de la conciliación como si se tratara de cosa juzgada intrapartidista.
8. Que en todo momento estén asistidos del facilitador del diálogo (árbitro, conciliador o mediador)
9. Una vez emitido el convenio de conciliación, los actos adquieren firmeza y se entenderán agotadas las instancias intrapartidistas para los efectos constitucionales de defensa legal.

Podría pensarse en si el facilitador deba estar en un Centro de Justicia Alternativa Electoral como órgano interno del IFE. Este tema lo dejo para otro momento de reflexión, pues mi intención por lo pronto, dada la extensión de este estudio, es plantear el dilema primario y dejar para uno secundario los pormenores de su implementación, como serían: a) Reconocer el verdadero papel de árbitro del IFE, b) buscar nuevas tipologías de conflictos para los que es obsoleto el método adversarial clásico (y encausarlos en consecuencia a esquemas de inmediatez en las relaciones, diálogo y negociaciones para la solución de las discrepancias²⁷), c) evitar la tendencia a formalizar las decisiones a su máximo órgano central que es el Consejo General, se trata de dialogar y resolver con la asistencia personal del árbitro y que sean los participantes quienes lleguen a una solución legal efectiva, eficaz y duradera. Lo anterior tiene como propósito por una parte generar espacios institucionales que despresuricen las altas cargas de trabajo que tienen tanto los órganos centrales del IFE, como el TEPJF, y por otra reconocer el poder ciudadano (individual u organizado) que tome en cuenta y que propenda a una nueva visión de una cultura democrática basada en la cultura de la paz.

Pensar en una justicia alternativa electoral es reconocer que aún en confrontación existen casos que demandan una solución entendida por todos, no impuesta por uno. “*Contraria sunt complementa*”, los opuestos son complementarios²⁸.

CONCLUSIONES

La participación ciudadana pide la *creación de espacios institucionales* en diversos ámbitos: en los procesos legislativos, en la distribución de recursos y en mecanismos de rendición de cuentas verticales de las autoridades públicas y en reconocimiento de nuevas formas alternativas que la tome en cuenta y que propenda a una nueva visión de una cultura democrática basada en la cultura de la paz.

²⁷ Sin descartar del todo la oralidad en el procedimiento conciliatorio.

²⁸ Inscripción de la UNESCO en una medalla acuñada en 1985 para conmemorar el centenario del nacimiento de Niels Bohr quien formuló a partir de la física cuántica el *Principio de la complementariedad*.

La Justicia Alternativa Electoral la inscribo en el rubro de comunicación entre el Estado y el ciudadano, entre las instituciones y los partidos políticos, entre los ciudadanos y los partidos entre sí. La inscribo como tema que incide en el área de una correcta integración social, donde se requieren acciones urgentes de política pública.

Amplíemos la democracia a través de su capacidad creciente para extender la ciudadanía a conceptos basados en estándares de convivencia social que afronten nuevas realidades.

Propongo a la sociedad actual nuevas tipologías de solución de conflictos electorales para los que es obsoleto el método adversarial clásico, tanto por la proliferación de litigios que se han incrementado en proporción geométrica en el ámbito del derecho electoral y laboral electoral, como por la complejidad de muchos de ellos y la necesidad de contar en breve plazo con respuesta inmediata, eficaz y justa.

Son más fácilmente aceptados los resultados cuando se forma parte del diálogo en el proceso de construcción de la solución del problema. Eduquemos a la sociedad en el sentido de que frente a una controversia no sólo defienda sus derechos, sino que aporte por sí misma los grados de solución.

El apotegma del sistema tradicional o convencional de justicia es: “*dadme los hechos y yo te daré el derecho*”, mientras que el de la visión alternativa de justicia es: “*expresa los hechos y busquemos opciones de solución*”. Busquemos su óptimo realizable dentro de la legalidad. Porque aún en confrontación existen casos que demandan una solución entendida por todos, no impuesta por uno. “*Contraria sunt complementa*” Los opuestos son complementarios”.

En el ámbito de las relaciones entre personas, debe reconocerse la importancia del arbitraje, la conciliación y la mediación como forma rápida y eficaz para resolver todo tipo de reclamaciones. Debe promoverse el respeto a los acuerdos y compromisos adquiridos, a los valores e impulsar el desarrollo de espacios para la confianza ciudadana y encausar, facilitar o proponer soluciones en caso de conflictos surgidos entre los participantes.

La solución a un problema nunca es una sola, todos los actores tienen que aprender a buscar la mejor manera de resolver, y animarse a ver las cosas desde muchos puntos de vista, bajo el lenguaje común de buscar la paz social en un régimen de leyes e instituciones, y de cultura democrática.

El arbitraje, la conciliación y la mediación gozan de prestigio en las propias instituciones jurídicas que lo potencian como sistema de resolución de conflictos (por ejemplo a nivel médico, empresarial, comercial, familiar, e incluso penal, etc). Si bien, no han gozado de una gran difusión, en su mayor parte por el desconocimiento de la institución a nivel general, actualmente y para paliar tal carencia, se ha apostado, incluso a nivel comunitario por esta vía, alternativa a

la judicial formal, en la resolución de conflictos que supone ventajas y ahorros tanto en el aspecto de tiempos como en el aspecto económico.

Hay que buscar formas que permitan construir una ciudadanía socialmente alcanzable y ésta es una de ellas que no hay que menospreciar, dado que reconocería el poder del ciudadano como parte de la solución del conflicto.

No estoy hablando de “negociar la política” o “negociar lo electoral” en el desafortunado sentido de corrupción al que se ha arrinconado dicho término en el lenguaje cotidiano, pasando por alto a la ley y a las instituciones. Estoy proponiendo que dentro de la legalidad se busquen los grados de acuerdo, de consensos que den solución inmediata y duradera y que satisfagan los índices de justicia electoral que demanda una sociedad cada vez más participativa. Conseguir una eficaz vía complementaria a los procedimientos jurisdiccionales electorales, al mismo tiempo que sentar las bases para profundizar en la paz social mediante la promoción de estos métodos basados en el restablecimiento del diálogo y el mantenimiento de las relaciones futuras, así como transmitir confianza y facilitar la comunicación.

Reitero que la justicia alternativa cuenta con instrumentos eficaces para la paz social que refuerzan la cultura democrática, por lo que no puede ni debe ser ajena a ninguna materia.

Si en México consideramos como premisas que: El Instituto Federal Electoral es árbitro electoral; que los partidos políticos, como organizaciones de ciudadanos, exigen que su vida interna se desarrolle primero que nada, bajo sus propias normas estatutarias, y que Los ciudadanos ofrecen los elementos de complementariedad que articulan ideas nuevas y con un rol importante en la construcción del lazo entre representantes y representados, entonces, estamos frente a una trilogía de responsabilidades, de co-participación, de enlaces que propendan a la solución armónica de satisfactores mutuos y fortalezcan notoriamente la democracia exigible del siglo XXI.

En resumen, como lo dice la Agenda de la Haya para la Paz y la Justicia en el siglo XXI: “...una cultura de la paz se logrará cuando los ciudadanos del mundo entiendan los problemas...tengan habilidades para resolver conflictos, (y) luchan por la justicia de manera no violenta...Ese aprendizaje solo puede alcanzarse con una educación sistemática por la paz”.

4 de mayo de 2010

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ VALDEZ, Francisco. Coordinador General de Participación Ciudadana. República Dominicana. *Principales dificultades en la resolución de conflictos electorales: el caso dominicano*. Perspectiva Comparada en Centroamérica, México y la República Dominicana. SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ELECTORALES. San José, Costa Rica, 27 al 29 de marzo de 2000.

Macarita Elizondo Gasperín

CENTRO INTERDISCIPLINARIO de Solución Alternativa de Conflictos. *Manual Básico del Conciliador*. México: Ed. Vivir en Paz, ONG, 2003.

ELIZONDO GASPERÍN, Ma. Macarita (Coord.). *Relación de las Partes, los Jueces y los Abogados. XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, México, Ed. Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho. División Editorial, 2004.

_____. *Las Naciones Unidas Contra la Corrupción. Hacia una cultura de rechazo a la corrupción en materia electoral (El caso México)*. México, Ed. Poder Judicial del Estado de Aguascalientes. Junio de 2006.

INTERNATIONAL PEACE BUREAU. <<http://www.ipb.org/pe/index.htm>>.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo. *La democracia de ciudadanía. Una agenda para la construcción de ciudadanía en América Latina*. ISBN 978-0-8270-5387-8. Noviembre de 2009.

ORTUÑO MUÑOZ, Pascual. Libro verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil de 19.04.2002 de la Comisión de las Comunidades Europeas. *Revista Iuris-La Ley*, n. 77, Barcelona, Noviembre 2003.

TRIBUNAL ELECTORAL del Poder Judicial de la Federación. *Informe Anual 2008-2009*. México. p. 13.

Data de recebimento: 16/04/2011

Data de aprovação: 30/04/2011

E-DEMOCRACIA: UMA IMPORTANTE VERTENTE DA DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA

E-DEMOCRACY: AN IMPORTANT ASPECT OF TODAY'S DEMOCRACY

*Ana Cristina Azevedo Pontes de Carvalho**

RESUMO

O presente artigo realiza um breve panorama acerca da democracia, da sua origem em Atenas até a democracia hodierna, e apresenta as principais questões que ora se discutem sobre o assunto. Obtém-se, então, o conceito de democracia; em seguida, analisa-se a prática da democracia no mundo contemporâneo e de que forma atua a *e-democracia*, especialmente no contexto de alguns direitos fundamentais, como os direitos políticos, o acesso à informação e a liberdade de expressão. O acesso à informação e a liberdade de expressão mostram-se imprescindíveis para a *e-democracia*, viabilizando o exercício consciente dos direitos políticos e a participação popular em discussões e iniciativas que dificilmente teriam êxito se não existisse a internet.

Palavras-chave: Democracia; Direitos fundamentais; *E-democracia*.

ABSTRACT

This article makes a brief description of the democracy since its origin in Athens until the present democracy and presents the most important discussions regarding this issue. It also presents the concept of democracy and continues with a practical analysis of the democracy in the world today. This work studies the development of e-democracy, specially concerning to some fundamental rights, e.g. the political rights, the access to information and the liberty of speech. The access to information and the liberty of speech are indispensable for the e-democracy, making

* Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Rua da Consolação, 896 – Edifício João Calvino, 8º andar, Consolação, 01302-000, São Paulo, SP, Brasil. Professora das Faculdades de Direito e de Computação e Informática, além de Coordenadora da Especialização em Computação Forense. Correspondência para/Correspondence to: Av. Aratãs, n. 871, apto. 184, Indianópolis, 04081-004, São Paulo-SP. E-mail: anacrisazevedo@mackenzie.br.

Ana Cristina Azevedo Pontes de Carvalho

feasible to exercise the political rights and the popular participation in discussions and initiatives that would not exist without the internet.

Keywords: Democracy; Fundamental rights; E-democracy.

INTRODUÇÃO

No mundo globalizado e digitalizado, o exercício de muitos direitos e o cumprimento de vários deveres dos cidadãos passaram a ser feitos com a utilização do computador.

A democracia não foge a esse cenário e passa a contar com novos instrumentos para garantir a sua efetividade, promovendo a interação e a consequente união dos cidadãos na busca pelo exercício dos seus direitos.

É importante, porém, mostrar como a democracia evoluiu desde a sua origem em Atenas, até chegar na democracia como ela se apresenta hoje, colocando as principais questões ora discutidas, para então abordar o conceito de democracia.

Por fim, analisa-se a prática da democracia no mundo contemporâneo e como está enquadrada a *e-democracia*, especialmente com relação a alguns direitos fundamentais, como os direitos políticos, o acesso à informação e a liberdade de expressão.

DEMOCRACIA

118

Mônica Herman Salem Caggiano explica que

em consenso quase que pacífico, os historiadores atribuem a Heródoto o emprego pioneiro do termo democracia, ao gizar os contornos de uma comunidade política dirigida pelo *demos*, ou por muitos, em contraposição à monarquia e à oligarquia. (...) Porém, a mais famosa das definições – e, sem dúvida, uma das mais felizes na sua formulação – é a registrada por Abraham Lincoln, no discurso de Gettysburg, de 19 de novembro de 1863, resumindo: “A democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo”¹.

No entanto, o correto entendimento sobre o que é a democracia pressupõe a análise da sua origem e evolução, para então se discutir o seu conceito e, em seguida, adentrar na questão da *e-democracia*.

Origem

A origem da democracia é atribuída à Grécia, reconhecidamente pela experiência de Atenas, onde o povo se governava diretamente. Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho,

¹ CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Oposição na política: propostas para uma reestruturação da democracia*. São Paulo: Angelotti, 1995. p. 35.

A Constituição ateniense previa como órgão principal a assembleia popular (*ecclesia*). Dessa assembleia deveriam participar todos os cidadãos atenienses. Estes podiam, no curso da reunião, usar da palavra, fazer propostas, inclusive propor leis. E era por maioria de votos dos presentes que se tomavam as decisões².

Não se pode esquecer, porém, que somente os homens, filhos de pai e mãe atenienses, eram considerados cidadãos atenienses, além daqueles que obtivessem a qualidade de cidadãos por deliberação da assembleia, acarretando a pequena participação política.

Além disso, os atenienses acreditavam que o direito não era obra dos homens, e seria inválida a norma editada pela assembleia que com ele conflitasse. O conselho, inferior à assembleia e formado por quinhentos cidadãos escolhidos por sorteio, preparava as reuniões da assembleia, “elaborando projetos ou dando parecer sobre eles, fiscalizando os magistrados, tratando de questões diplomáticas, militares e religiosas, sobre as quais a última palavra era dada diretamente pelos cidadãos”³.

Evolução

Após a experiência ateniense, Manoel Gonçalves Ferreira Filho esclarece que a democracia foi esquecida como prática por longos séculos e chegou ao século XIX como uma curiosidade política⁴.

Na primeira metade do século XIX, Alexis de Tocqueville relatou que a igualdade de condições foi o que lhe chamou mais atenção nos Estados Unidos, bem como a influência prodigiosa que ela exerce sobre a marcha da sociedade, atribuindo uma verdadeira direção ao espírito público. Ele constatou a existência de uma grande revolução democrática vista por todos, mas não julgada por todos da mesma maneira: alguns a consideravam como algo novo e, tendo-a como um acidente, esperavam evitá-la; outros a julgavam irresistível, pois ela parecia o fato mais contínuo, antigo e permanente que conheciam na história. Ele afirma ter escrito o livro sob a influência de uma espécie de terror religioso produzido na sua alma pela visão dessa revolução irresistível, que marcha há tantos séculos contra todos os obstáculos, e que também se via, naquela época, avançar no meio das ruínas que ela produziu. Segundo ele, querer evitar a democracia parecia lutar contra o próprio Deus, e às nações restaria apenas se acomodar ao Estado social que a Providência lhes impõe⁵.

² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 4.

³ *Ibid.*, p. 6.

⁴ *Ibid.*, p. 9.

⁵ TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la démocratie en Amérique*. v. 1. Bruxelles: Louis Hauman et Compagnie: 1835. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=0PpLQYuHCsEC&printsec=frontcover&dq=%22De+la+D%C3%A9mocratie+en+Am%C3%A9rique%22+t>>

Assim, a concepção de democracia de Alexis de Tocqueville envolvia uma sociedade em que todos amassem a lei e a ela se submetessem sem medo; na qual a autoridade do governo fosse respeitada como necessária e não como divina; na qual o amor pelo chefe de Estado não fosse uma paixão, mas um sentimento razoável e tranquilo. Cada um teria seus direitos e a segurança para conservá-los. A associação livre dos cidadãos poderia substituir o poder individual dos nobres, e o Estado ficaria livre da tirania⁶.

Na segunda metade do século XIX, John Stuart Mill já defendia não haver dificuldade em mostrar que a forma ideal de governo é aquela na qual a soberania, ou o poder de controle supremo na última instância, é revestida inteiramente pela vontade da comunidade, e todo cidadão não só tem voz no exercício desse ultimato de soberania, mas também é chamado, pelo menos ocasionalmente, para participar do governo assumindo pessoalmente alguma função pública⁷.

Assim, a ideia do sufrágio universal foi incorporada à ideia de democracia, que se desenvolveu e terminou por se tornar o regime adotado em quase todos os países do mundo.

120

A democracia evoluiu ao longo do século XX, e José Nun questiona onde está o povo no suposto governo da maioria, o qual, na verdade, seria um governo dos políticos. Na democracia contemporânea, deveria haver respeito e espaço para a manifestação das minorias, à medida que o principal pilar de sustentação da democracia consiste no respeito aos direitos fundamentais. Se o governo é formado por via eleitoral, por intermédio dos partidos e dos políticos que ali se profissionalizam, não se teria uma democracia, e sim um governo dos políticos.

Esse autor defende a necessidade de novas formas institucionais que complementem, transformem e ampliem as existentes, sob pena de piorar o estado atual da democracia⁸.

Por sua vez, ao abordar a democracia no final do século XX, Samuel Huntington se reporta a ondas de democratização, no sentido de grupos de transições de regimes não democráticos para regimes democráticos, as quais ocorrem

ocqueville&hl=pt-BR&ei=hdP6S7LyD8K78gb7vbDSCg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=8&ved=0CEYQ6AEwBw#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 11 maio 2010.

⁶ Ibid., p. xix-xx.

⁷ MILL, John Stuart. *Considerations on representative government*. New York: Harper & Brothers, 1862. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=mY_d0oS8H2gC&dq=considerations+on+representative+government&printsec=frontcover&source=bn&hl=pt-BR&ei=2Ff7S52SE86QuAe4w8mvAQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CCgQ6AEwAw#v=onepage&q=considerations%20on%20representative%20government&f=false>. Acesso em: 24 maio 2010.

⁸ NUN, José. *Democracia: Gobierno del pueblo o gobierno de los políticos?* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 174.

dentro de períodos específicos de tempo e que superam, de modo significativo, transições na direção oposta durante tal período de tempo. Normalmente, uma onda também envolve liberalização ou democratização parcial nos sistemas políticos que não se tornam completamente democráticos. Três ondas de democratização ocorreram no mundo moderno. Cada onda afetou um número de países relativamente pequeno, e durante cada onda algumas transições de regime ocorreram em uma direção não democrática. Ademais, nem todas as transições para a democracia ocorreram durante ondas democráticas. Assim é que o autor aponta as épocas em que essas ondas ocorreram: a primeira (longa), de 1828 a 1926; a primeira reversa, de 1922 a 1942; a segunda (curta), de 1943 a 1962; a segunda reversa, de 1958 a 1975; e a terceira, de 1974 em diante⁹.

Ainda no final do século XIX, Bruce Ackerman discute os fundamentos do Direito Constitucional e da democracia a partir do preâmbulo da Constituição norte-americana. O autor defende a ideia da democracia dualista, realizada através de uma Constituição que distingue duas decisões: as do povo americano e as do seu governo. Enquanto aquelas ocorrem raramente e requerem a participação de um número extraordinário de outros cidadãos que precisam ser convencidos a participar da iniciativa, estas ocorrem diariamente e também sob condições especiais, são guiadas pelo interesse público em detrimento do interesse de grupos específicos, e há mecanismos constitucionais de prevenção contra abuso de autoridade¹⁰.

No entanto, Bruce Ackerman explica que a democracia monista requer a autorização do Poder Legislativo para os vencedores da última eleição geral, contanto que a eleição tenha seguido regras livres e justas, e que os vencedores não tentem impedir a realização das próximas eleições. A principal desvantagem da democracia monista é equiparar o vencedor da eleição ao povo que o elegeu, além de permitir o eventual cerceamento da participação popular no processo político, à medida que os direitos fundamentais podem ser revogados por lei ordinária¹¹.

Ackerman menciona também os paradoxos do “burkeanismo” como uma tendência histórica que permite ao dualista ter contato com uma terceira posição

⁹ HUNTINGTON, Samuel. *The third wave: democratization in the late twentieth century*. Norman: University of Oklahoma Press, 1991. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=6REC58gdt2sC&printsec=frontcover&dq=huntington+samuel+the+third+wave&source=bl&ots=S12SMnyxI-&sig=rRXMr52vDzEuL8WP49nZHJsRwz4&hl=pt-BR&ei=Wfz7S4l2ibO4B5e3iLwB&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=8&ved=0CFIQ6AEwBw#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 24 maio 2010.

¹⁰ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 6. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=fBldjQ4DHssC&pg=RA1-PA22&lpg=RA1-PA22&dq=burkeanismo&source=bl&ots=cPvn2YFhFw&sig=Oeb5RWU-W4Bw1nK98tWtyCFvcOI&hl=pt-BR&ei=gej7S6-yB8OzuAfM1PGvBg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CUBUQ6AEwAA#v=onepage&q=burkeanismo&f=false>. Acesso em: 24 maio 2010.

¹¹ *Ibid.*, p. 8.

do pensamento constitucional, a qual o autor denomina pensamento burkeano, pelo qual os advogados e juizes devem monitorar os precedentes e, por meio deles, obter um senso de potencial oculto, para o seu crescimento ou decadência, ao invés de se preocuparem apenas com os critérios da decisão concreta elaborada pelos tribunais e julgadores¹².

Para esse autor, a democracia moderna tem por característica a liderança presidencial no processo de criação da norma constitucional. Quando o Parlamento surgiu e se consolidou como local de representação popular, para a deliberação e a produção da lei, o Poder Executivo ainda não tinha a figura do representante do povo, e sim do soberano, que adquire o poder por via hereditária e o exerce de forma vitalícia, não sendo representante de ninguém. Portanto, o Parlamento era o *locus* de representação popular.

No entanto, a partir do momento em que o Poder Executivo também passou a ser eleito, ele pode igualmente ser considerado um representante do povo. Destarte, outro problema apontado na democracia moderna é a vedação ao Executivo de interferir no processo de feitura e de mutação constitucional. Por outro lado, o Executivo exerce toda a liderança política e produz as decisões políticas fundamentais, o que provoca um enfraquecimento dos Parlamentos.

122

Enquanto isso, o Poder Legislativo segue a tendência geral da sociedade, buscando a realização de interesses de alguns grupos políticos mais bem organizados e provocando a ameaça de uma maioria legislativa ocasional. Segundo Ackerman, isso ocorre durante o período de política ordinária, no qual os homens estão mais voltados para a realização dos seus próprios projetos pessoais de vida e delegam o exercício das funções de governo a representantes.

Não se pretende aqui discutir essas questões, por não ser este o objetivo do presente artigo, mas, para o bom entendimento do conceito de democracia, procurou-se explicar brevemente a origem e evolução da democracia, até o cenário atual da democracia moderna e seus principais pontos de discussão.

Conceito

O conceito de democracia de Abraham Lincoln, citado anteriormente conforme Mônica Herman Salem Caggiano, apresenta a ideia central de democracia em poucas palavras, ao proclamar que a democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo¹³.

Ao conceituar a democracia, Robert Alan Dahl enfatiza a contínua responsabilidade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como

¹² ACKERMAN, 2006, p. 22-23.

¹³ Vide nota 1.

politicamente iguais e livres para se associarem em grupos que atendam aos seus interesses, e assim o poder se divide entre várias organizações ao processarem as demandas vindas da sociedade (*inputs*)¹⁴.

Robert Alan Dahl entende que as fronteiras dentro das quais os governos democráticos tomam suas decisões mudam constantemente. Primeiro, o *locus* do Estado democrático mudou da cidade-Estado para a nação-Estado ou país. Segundo, os governos democráticos expandiram enormemente o escopo dos seus programas e políticas. Terceiro, e mais recentemente, o número tanto de países como de pessoas vivendo sob governos democráticos aumentou bastante. Quarto, governos democráticos estão crescentemente envolvidos com sistemas internacionais não democráticos¹⁵.

É preciso esclarecer que a democracia não é apenas um regime político de governo, o que não impede que seja formulado um conceito com ênfase nesse aspecto. Porém, a democracia vai muito além disso, a ponto de ser considerada um verdadeiro sistema de direitos, e aqui igualmente se pode enfatizar a vertente política, econômica, de proteção, social, cultural etc.

Nesse sentido, a internet criou um espaço virtual que se apresenta como um novo *locus* de participação popular, implementando uma nova alteração nos territórios onde os governos democráticos tomam suas decisões, mencionados anteriormente conforme Dahl, não apenas no sentido de uma aproximação maior com os outros países, mas principalmente pelo efeito de encurtar as distâncias entre cidadãos e entre estes e os seus representantes.

123

A PRÁTICA DEMOCRÁTICA NO MUNDO CONTEMPORÂNEO E A E-DEMOCRACIA

Até este ponto, demonstrou-se brevemente o caminho percorrido pela democracia até chegar no formato como ela se apresenta no mundo contemporâneo. Por muito tempo, o sufrágio universal foi o elemento mais importante da democracia, mas vícios foram detectados, os quais poderiam inclusive comprometer a própria democracia.

A internet surgiu e facilitou a comunicação entre as pessoas, conseguindo uni-las de tal forma que nenhum outro meio de comunicação ou tecnologia antes já fizera. Essa aproximação ocorreu tanto entre os cidadãos representados, traduzindo-se em efetivo exercício do direito de reunião, como também entre eles e os seus representantes.

¹⁴ DAHL, Robert A. *Poliarquia: participação e oposição*. São Paulo: Edusp, 1997. p. 25.

¹⁵ DAHL, Robert A. The shifting boundaries of democratic governments. *Social Research*, v. 66, 1999. Disponível em: <<http://www.questia.com/googleScholar.qst?docId=97934815>>. Acesso em: 24 maio 2010.

Segundo o entendimento de André Petry, “em vez de enfraquecerem a democracia, as conquistas digitais são agora um pesadelo para as ditaduras. A internet carrega em si um gene democrático”¹⁶.

De fato, o espaço web comporta as opiniões de todos que quiserem participar, mas não se pretende defender a eliminação de qualquer possibilidade de manipulação em um sistema autoritário, nem tampouco afirmar que a web é um instrumento exclusivo da democracia – embora o seja de forma predominante. Tal como a imprensa, em um sistema autoritário, a internet também pode ser manipulada, mas não se pode negar que é um espaço aberto à manifestação da oposição.

A participação popular por meio da internet contribui para o aprimoramento do nível de prática democrática, ajudando na sua preservação e no robustecimento da democracia como regime que melhor atende à exigência de liberdade das pessoas.

Os impactos à democracia decorrentes de uma revolução tecnológica viabilizadora de fácil comunicação até entre desconhecidos, bastando que tenham os mesmos interesses e se inscrevam em um mesmo *blog*, rede social ou *site*, são indiscutíveis e só deixariam de ocorrer na hipótese de envolver pessoas completamente afastadas da vida política, o que não deveria existir em um país como o Brasil, onde o voto é obrigatório.

124

No Brasil, foi criado um portal para a interação virtual da sociedade, chamado e-Democracia¹⁷, cujo objetivo é promover a discussão e o compartilhamento de conhecimento no processo de elaboração de políticas públicas e projetos de lei de interesse nacional. Ele contém alguns destaques, como a Comissão de Legislação Participativa, o Parlamento Jovem, a Ouvidoria Parlamentar e o Espaço Cidadão, em que qualquer tema pode ser discutido.

Mas que conceito se poderia atribuir à *e-democracia*? De forma mais simples, pode-se compreendê-la como a participação política dos cidadãos pelos meios eletrônicos, incluindo computadores (de mão, de mesa, *notebooks* etc.), celulares de última geração e quaisquer outros instrumentos que possuam um aplicativo de web.

É certo que os autores definem a *e-democracia* de diversas formas, inclusive como uma medida que expressa o nível de informatização dos órgãos governamentais contraposto ao uso desses serviços pelos cidadãos¹⁸.

¹⁶ PETRY, André. Nossa melhor aposta. *Veja*, São Paulo, ano 43, n. 18, p. 132-134, 5 maio 2010. p. 132.

¹⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. *E-democracia*. Disponível em: <<http://www.edemocracia.camara.gov.br/publico/comoparticipar>>. Acesso em: 24 maio 2010.

¹⁸ ALEXEI, Pavlichev; GARSON, G. David. Political implications of digital (e-) government. In: *Digital Government Principles and Best Practices*. IGI Global, 2004. Disponível em: <http://common.books24x7.com/book/id_6508/book.asp>. Acesso em: 24 maio 2010.

O que se deve deixar claro é que, neste artigo, a *e-democracia* não é enquadrada como um tipo de democracia, e sim como uma vertente da democracia contemporânea, a qual já é realidade em países como o Brasil.

A democracia é mais ampla e mais importante do que a mera ideia de direitos e garantias fundamentais, mas especialmente os direitos políticos de votar e ser votado são imprescindíveis na democracia. Quando se trata da *e-democracia*, a liberdade de expressão e o acesso à informação se tornam ainda mais importantes ao efetivo exercício dos direitos políticos.

O acesso à informação ou direito à informação protege as pessoas no desenvolvimento de sua vida social e coletiva, como autêntico direito subjetivo público de caráter social, consagrado na Constituição Federal de 1988:

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:

(...)

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional¹⁹.

Marina Cajaíba da Silva aponta a existência de uma vasta doutrina reconhecendo a importância da informação como um elemento fundamental para o desenvolvimento de uma consciência crítica, para o exercício da cidadania e para o desenvolvimento de uma nação²⁰.

O direito de acesso à informação, cujo titular é a população ou a sociedade globalmente considerada, impõe deveres ao Estado a fim de atender aos interesses da sociedade, o qual deve propor medidas para garantir a efetividade desses direitos.

José Afonso da Silva esclarece que “liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer”²¹.

Konrad Hesse destaca que “somente o cidadão informado está em condições de formar-se em juízo próprio e de cooperar, na forma intentada pela Lei Fundamental, o processo democrático”²².

¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24 maio 2010.

²⁰ SILVA, Marina Cajaíba da. Os direitos sociais e a informação dos telecentros do vale do Jequitinhonha: uma fusão possível? In: ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISA EM CIÊNCIA DA INFORMAÇÃO, 6., 2005, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: IET, 2005, 1 CD-ROM.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 249.

²² HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 305.

Ana Cristina Azevedo Pontes de Carvalho

Ao discorrer acerca do direito à informação e a efetivação da sociedade democrática, Roseli de Sousa e Silva explica que,

quanto ao direito à informação, ou acesso à informação, a Constituição deixa claro que este direito está dirigido a todos os cidadãos, independentemente de raça, religião, convicção política etc. No que pertine ao sigilo da fonte, nota-se que a Constituição buscou garantir a toda a sociedade a ampla e total divulgação dos acontecimentos de interesse público²³.

Maria Augusta Ferreira da Silva Castanho defende que a implementação da democracia eletrônica supõe a existência de um processo de construção de infraestrutura que possibilite a interação de diversos atores sociais. A afirmação de seus direitos deve ocorrer no plano do discurso e no plano da prática, no cotidiano das relações sociais e na relação entre indivíduos, coletividade e Estado²⁴.

Quando se pensa em informação, logo os livros vêm à mente, e nesse sentido os *e-books* constituem livros digitalizados e disponibilizados por meio da internet. O *site* Google Livros²⁵, por exemplo, disponibiliza livros inteiros e também partes de livros, em uma iniciativa de grande importância para o exercício do direito à informação e buscando sempre respeitar o direito dos autores. Não se poderia deixar de usá-lo neste artigo.

126

A 20ª Pesquisa Anual do Uso de Tecnologia da Informação²⁶ apontou que já havia 60 milhões de computadores em uso no Brasil até abril 2009, o que representa uma densidade de um computador para cada três habitantes, prevendo ainda que esse número atinja 100 milhões de computadores em 2012.

Outra pesquisa realizada pelo Instituto Vox Populi e divulgada em novembro de 2009 apontou que a internet e o rádio são as duas mídias que despertam mais credibilidade entre os brasileiros. Enquanto o rádio obteve 8,21 em uma escala de confiabilidade de 0 a 10, a internet obteve nota 8,20²⁷.

Porém, considerando apenas o acesso às mídias, a mesma pesquisa apontou que a televisão ainda é a mais assistida pelos brasileiros (99,3%), enquanto a

²³ SILVA, Roseli de Sousa e. O direito à informação e a efetivação da sociedade democrática. *Revista de Direito das Novas Tecnologias*, Recife, v. 1, n. 1, jan./jun. 2006, p. 87.

²⁴ CASTANHO, Maria Augusta Ferreira da Silva. *E-democracia: a democracia do futuro?* 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009. p. 135.

²⁵ GOOGLE LIVROS. Disponível em: <<http://books.google.com.br/>>. Acesso em: 24 maio 2010.

²⁶ FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. *20ª Pesquisa Anual do Uso de TI*, 2009. Disponível em: <<http://www.eaesf.fgvsp.br/subportais/interna/relacionad/gvciapesq2009.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2010.

²⁷ NOBLAT, Ricardo. Rádio e internet são as mídias de maior credibilidade. *O Globo*, Brasília, 11 nov. 2009. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/noblat/post.asp?t=radio-internet-sao-as-midias-de-maior-credibilidade&cod_Post=240181&a=111>. Acesso em: 11 maio 2010.

internet ocupa somente o quarto lugar em acessos (52,8%), atrás do rádio e do jornal impresso.

A internet foi definida pelo *Federal Networking Council* (FNC) como um “sistema de informação global” que (i) é logicamente ligado por um endereço único global baseado no *internet Protocol* (IP); (ii) é capaz de suportar comunicações usando o *Transmission Control Protocol/internet Protocol* (TCP/IP) ou suas subsequentes extensões e/ou outros protocolos compatíveis com o IP; e (iii) provê, usa ou torna acessível, tanto publicamente como privadamente, serviços de mais alto nível produzidos na infraestrutura descrita²⁸.

Pierre Lévy enxerga, na internet, um futuro democrático para a humanidade²⁹. Essa ideia de democracia eletrônica se baseia no fato de que a internet possibilita, ao cidadão comum, articular-se com outras pessoas por meio de seus campos de interesse.

No entanto, é certo que os países em desenvolvimento, como o Brasil, ainda não conseguem garantir um acesso democrático que alcance a população em massa.

Por isso, Richard Barbrook considera que a internet promoverá uma grande transformação política, através do surgimento de uma tecnocracia: a nova aristocracia dos *digerati*, pessoas que dominam a técnica rumo à sociedade da informação, na qual a participação democrática poderia ocorrer de forma pessoal, e não mais representativa³⁰.

Raquel da Cunha Recuero mostra a internet como centro de uma nova revolução na comunicação mundial, permitindo, com suas características peculiares, uma reconfiguração do sistema de pensamento das pessoas e da sua ideia de comunicação, que constitui a base da sociedade³¹.

Paulo Cesar Masiero explica que a liberdade de acesso à informação disponível na internet envolve o direito de acesso e a habilidade de acessar, e esse direito envolve o problema da censura.

²⁸ NATIONAL COORDINATION OFFICE FOR NETWORKING AND INFORMATION TECHNOLOGY RESEARCH AND DEVELOPMENT. *FNC Resolution: Definition of internet*. Disponível em: <http://www.nitrd.gov/fnc/internet_res.html>. Acesso em: 11 maio 2010 (tradução nossa).

²⁹ LÉVY, Pierre. *O que é o virtual?* Tradução de Paulo Naves. São Paulo: Editora 34, 1997 (Coleção Trans).

³⁰ BARBROOK, Richard. *Cybercommunism: how the americans are superseding the capitalism in cyberspace*. Disponível em: <<http://www.imaginaryfutures.net/2007/04/17/cyber-communism-how-the-americans-are-superseding-capitalism-in-cyberspace/>>. Acesso em: 11 maio 2010 (tradução nossa).

³¹ RECUERO, Raquel da Cunha. *A internet e a nova revolução na comunicação mundial*. Disponível em: <<http://pontomidia.com.br/raquel/revolucao.htm>>. Acesso em: 11 maio 2010.

Embora não seja completamente diferente de outras áreas, a questão da censura na internet envolve alguns elementos novos: a sua dimensão global, a facilidade com que os materiais são transmitidos e recebidos e a relativa privacidade de quem os divulga³².

O fenômeno da internet trouxe diversas repercussões para o mundo jurídico.

Como a utilização da rede surgiu antes de qualquer previsão legal e rapidamente se expandiu e ocupou lugar de destaque no mundo de hoje, a primeira providência para suprir a lacuna foi lançar mão da analogia, com o uso de velhas regras criadas tendo em vista outras situações, quando possível encontrar alguma semelhança entre as duas realidades, a prevista na lei e a ocorrente na telemática. Os países de ponta, por sua vez, trataram de editar normas específicas. Ambas as soluções têm mostrado suas deficiências. É que o método interpretativo somente funciona quando os fatos forem análogos, isto é, muitos elementos comuns e pelo menos um que os diferencie. Porém, a dessemelhança entre as condutas propiciadas pela internet e as geradas por outros meios já existentes e definidos em lei é tão acentuada que seguidamente surgem obstáculos de difícil superação, dificultando o uso adequado da analogia. Já para a edição de novas leis, ainda não surgiu consenso capaz de criar, com um mínimo de aceitação e segurança, um sistema conceitual eficiente para a solução jurídica das questões, em razão da absoluta novidade e peculiaridade dos atos, a começar pela necessidade de revisar conceitos sobre soberania, limites de vigência e eficácia de jurisdição³³.

128

Tendo em vista as diversas funções desempenhadas pela internet hoje e a patente necessidade de se regular, de forma efetiva, os atos jurídicos ali praticados, o Ministério da Justiça lançou, em 29 de outubro de 2009, um processo de consulta pública para a construção colaborativa de um marco civil para a internet no Brasil³⁴.

Essa consulta pública tem três objetivos: (i) adaptar e consolidar direitos fundamentais dos indivíduos a partir do contexto de comunicação eletrônica; (ii) delimitar de forma clara a responsabilidade civil dos diversos atores envolvidos nos processos de comunicação pela internet; e (iii) estabelecer diretrizes convergentes para a atuação do governo, tanto na formulação de políticas públicas quanto em eventuais regulamentações posteriores³⁵.

³² MASIERO, Paulo Cesar. *Ética em computação*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004. p. 166.

³³ REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. *Responsabilidade por publicações na internet*. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. vii.

³⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. *Marco civil da internet: seus direitos e deveres em discussão*. Disponível em: <<http://culturadigital.br/marcocivil/>>. Acesso em: 24 maio 2010.

³⁵ Ibid.

Estão em discussão temas como o direito ao acesso, à liberdade de expressão e à privacidade, a não discriminação de conteúdos e a resolução de conflitos relacionados à rede, entre outros.

Faz-se mister reconhecer a importância dessa consulta pública, na medida em que constitui uma oportunidade para que os cidadãos expressem a sua opinião sobre o tema.

Tanto a regulamentação das atividades da Administração Federal quanto a legislação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios têm notabilizado os institutos de participação. Conselhos, comissões e comitês participativos; a audiência pública; a consulta pública, o orçamento participativo, o referendo e o plebiscito são importantes referências entre nós de instrumentos concretos para a implementação do diálogo entre a Administração e a sociedade³⁶.

Segundo Regina Mota e Francisco Tavares, regulação da mídia é “a relação que se estabelece entre os mecanismos de controle do Estado, por meio de normas e de sua fiscalização, e a propriedade, circulação e produção de informação dos meios de comunicação na sociedade”³⁷.

É importante mencionar, nesse contexto, o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADPF 130/DF, julgada em 30 de abril de 2009, o qual declarou como não recepcionada pela Constituição de 1988 a Lei Federal n. 5.250/67 (Lei de Imprensa).

O Supremo Tribunal Federal deixou claro que

silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação³⁸.

Portanto, a Lei de Imprensa brasileira deixou oficialmente de existir, ao mesmo tempo em que o STF ressaltou, de maneira expressa, a liberdade existente na internet:

³⁶ PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 165.

³⁷ MOTA, Regina; TAVARES, Francisco. Regulação da mídia. In: ANASTASIA, Fátima; AVRITZER, Leonardo (Org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006. p. 111.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 130/DF. Relator: Min. Carlos Britto. Julgamento: 30/04/09. *DJe*-208. Divulgação em 05/11/09. Publicação em 06/11/09. Ement Vol-02381-01, 2009. p. 1.

Numa frase, estamos a lidar com atividades e meios ou empresas de comunicação social que, no seu conjunto, encerram estratégico setor da imprensa livre em nosso País. Ficando de fora do conceito de imprensa, contudo, por absoluta falta de previsão constitucional, a chamada “Rede Mundial de Computadores – INTERNET”. Artefato ou empreitada tecnológica de grandes e sedutoras possibilidades informativas e de relações interpessoais, sem dúvida, dentre elas a interação em tempo real dos seus usuários; ou seja, emissores e destinatários da comunicação internetizada a dispor da possibilidade de inverter as suas posições a todo instante. O fisicamente presencial a cada vez mais ceder espaço ao telepresencial (viagem que vai do concreto ao virtual), porém, ainda assim, constitutivo de relações sem a menor referência constitucional. O que se explica em função da data de promulgação da Carta Política Brasileira (5 de outubro de 1988), quando os computadores ainda não operavam sob o tão refinado quanto espantoso sistema eletrônico-digital de intercomunicação que veio, com o tempo, a se chamar de “rede”³⁹.

No mesmo acórdão, o STF ainda demonstrou o seu entendimento de que

a imprensa passou a desfrutar de tamanha importância na vida contemporânea que já faz da sua natureza de focada instância de comunicação social o próprio nome da sociedade civil globalizada: sociedade de informação, também chamada de sociedade de comunicação⁴⁰.

130

Portanto, o Supremo Tribunal Federal já expressou seu entendimento de que a internet é um território livre porque a Constituição silenciou sobre ela, – ao contrário do que acontece quanto ao rádio e à televisão – mas de que outra forma poderia a Constituição ter regulado o assunto, se em 1988 nem se imaginava que haveria internet no Brasil?

Em abril de 2010, o Ministério da Justiça iniciou a segunda fase do debate público do Marco Civil da internet no Brasil, agora baseado em uma minuta preliminar de anteprojeto de lei, elaborada pela equipe do Ministério da Justiça, em parceria com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas-RJ, a partir das contribuições recebidas na primeira fase do debate. Mais uma vez, todo o debate se desenvolve na página do Ministério da Justiça na internet⁴¹.

Outra iniciativa semelhante que se destaca como prova da existência da *e-democracia* no Brasil é a consulta pública que o Ministério da Cultura realizará acerca da Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9.610/98), cuja abertura está prevista

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 130/DF. Voto do Min. Carlos Britto. p. 15-16. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 24 maio 2010.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ BRASIL. Ministério da Justiça. *Marco civil da internet: seus direitos e deveres em discussão*. Disponível em: <<http://culturadigital.br/marcocivil/>>. Acesso em: 24 maio 2010.

para junho de 2010, como anuncia uma notícia na página desse Ministério na internet⁴².

Não se pode ignorar a existência das redes sociais e tantos *blogs* e *sites* que constituem um verdadeiro estímulo à participação popular por meio da internet, como o Cidade Democrática⁴³ e o Vote na Web⁴⁴, em que os cidadãos discutem os problemas e, com muito mais facilidade, podem unir-se para lutar pelos anseios comuns ao grupo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ideal democrático foi impulsionado, expandindo-se por todas as partes a partir do sufrágio universal, o qual constituiu o foco principal da democracia durante muito tempo. Porém, a partir de meados do século XX, o eleitor passou a enxergar os vícios nos mecanismos que suportam o sufrágio universal, os quais contaminam a própria democracia.

A internet pode representar a solução para dar efetividade ao direito das minorias; assim, a *e-democracia* expressa pelo uso da internet como instrumento de participação política é uma importante vertente da democracia contemporânea.

A participação do povo brasileiro nas decisões políticas já é uma realidade, como são exemplos a consulta pública realizada pelo Ministério da Justiça para a aprovação do Marco Civil da internet e a consulta pública que será realizada pelo Ministério da Cultura em junho de 2010 sobre as alterações na lei autoral brasileira.

Existe um movimento crescente de participação popular no Brasil através da internet, visível não apenas nas consultas públicas do Poder Executivo, mas também nos *blogs*, redes sociais e *sites* como Cidade Democrática e Vote na Web, anteriormente citados, os quais disponibilizam um importante espaço para que os cidadãos discutam, expressem sua opinião e pressionem os órgãos públicos a agirem conforme as suas expectativas.

Por tudo isso, é possível afirmar, com a devida segurança, que a internet proporciona um espaço de participação política efetivamente utilizado pelos cidadãos, o que torna inegável a existência da *e-democracia*, ainda que representando uma vertente da democracia contemporânea, mas podendo alcançar futuramente a posição de verdadeira ferramenta para o voto direto dos cidadãos na eleição de representantes, e por que não para a aprovação das suas próprias leis?

⁴² BRASIL. Ministério da Cultura. *Lei do direito autoral pode ser revista*. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/2010/05/24/lei-do-direito-autoral-pode-ser-revista/>>. Acesso em: 24 maio 2010.

⁴³ CIDADE DEMOCRÁTICA. *Crie e apoie propostas para uma cidade melhor*. Disponível em: <<http://www.cidadedemocratica.com.br/>>. Acesso em: 24 maio 2010.

⁴⁴ VOTE NA WEB. *Um site para você se aproximar das decisões do Congresso Nacional que afetam diretamente a sua vida: vote e seja ouvido*. Disponível em: <<http://www.votenaweb.com.br/>>. Acesso em: 24 maio 2010.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=fBldjQ4DHssC&pg=RA1-PA22&lpg=RA1-PA22&dq=burkeanismo&source=bl&ots=cPvn2YFhFw&sig=Oeb5RWU-W4Bw1nK98tWtyCFvcOI&hl=pt-BR&ei=gej7S6-yB8OzuAfM1PGvBg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CBUQ6AEwAA#v=onepage&q=burkeanismo&f=false>. Acesso em: 24 maio 2010.
- ACKERMAN, Bruce. *We the people*. v. 1: Foundations. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=pw3LvaBECg0C&prints=ec=frontcover&dq=bruce+ackerman+democracy&source=bl&ots=2JlkaSirC&sig=W2JSBW9Vh-q2Wwdxe4QiosV13c8&hl=pt-BR&ei=cmL7S_qyLMuHuAeCmMSoAQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=6&ved=0CDYQ6AEwBQ#v=onepage&q=bruce%20ackerman%20democracy&f=false>. Acesso em: 24 maio 2010.
- ALEXEI, Pavlichev; GARSON, G. David. Political implications of digital (e-) government. In: *Digital Government Principles and Best Practices*. IGI Global, 2004. Disponível em: <http://common.books24x7.com/book/id_6508/book.asp>. Acesso em: 24 maio 2010.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- 132 BARBROOK, Richard. *Cybercommunism: how the americans are superseding the capitalism in cyberspace*. Disponível em: <<http://www.imaginaryfutures.net/2007/04/17/cyber-communism-how-the-americans-are-superseding-capitalism-in-cyberspace/>>. Acesso em: 11 maio 2010.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *E-democracia*. Disponível em: <<http://www.edemocracia.camara.gov.br/publico/comoparticipar>>. Acesso em: 24 maio 2010.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24 maio 2010.
- BRASIL. Ministério da Cultura. *Lei do direito autoral pode ser revista*. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/2010/05/24/lei-do-direito-autoral-pode-ser-revista/>>. Acesso em: 24 maio 2010.
- BRASIL. Ministério da Justiça. *Marco civil da internet: seus direitos e deveres em discussão*. Disponível em: <<http://culturadigital.br/marcocivil/>>. Acesso em: 24 maio 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 130/DF. Relator: Min. Carlos Britto. Julgamento: 30/04/09. *DJe*-208. Divulgação em 05/11/09. Publicação em 06/11/09. Ement Vol-02381-01, 2009. p. 1.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 130/DF. Voto do Min. Carlos Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 24 maio 2010.
- CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Oposição na política: propostas para uma rearquitetura da democracia*. São Paulo: Angelotti, 1995.

CASTANHO, Maria Augusta Ferreira da Silva. *E-democracia: a democracia do futuro?* 2009. Dissertação (Mestrado) – Direito Político e Econômico. Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009.

CIDADE DEMOCRÁTICA. *Crie e apoie propostas para uma cidade melhor*. Disponível em: <<http://www.cidadedemocratica.com.br/>>. Acesso em: 24 maio 2010.

DAHL, Robert A. *Poliarquia: participação e oposição*. São Paulo: Edusp, 1997.

DAHL, Robert A. The shifting boundaries of democratic governments. *Social Research*, v. 66, 1999. Disponível em: <<http://www.questia.com/googleScholar.qst?docId=97934815>>. Acesso em: 24 maio 2010.

DAHL, Robert A.; TUFTE, Edward R. *Size and democracy*. Stanford: Stanford University Press, 1973. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=RTarAAAAIAAJ&oi=fnd&pg=PA1&dq=locus+of+participation+dahl+democracy&ots=BZ7JwEtsVf&sig=4GPyP2drgOuHtsIKzmq8zfrAl4#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 24 maio 2010.

DWORKIN, Ronald William. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. *20ª Pesquisa Anual do Uso de TI*, 2009. Disponível em: <<http://www.eaesf.fgvsp.br/subportais/interna/relacionad/gvciapesq2009.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2010.

GOOGLE LIVROS. Disponível em: <<http://books.google.com.br/>>. Acesso em: 24 maio 2010.

HESSE, Konrad et al. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst et al. (Org.). *Manual de derecho constitucional*. Tradução de Antonio Lopez Piña. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 83-116.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

HUNTINGTON, Samuel. *The third wave: democratization in the late twentieth century*. Norman: University of Oklahoma Press, 1991. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=6REC58gdt2sC&printsec=frontcover&dq=huntington+samuel+the+third+wave&source=bl&ots=S12SMnyxI-&sig=rRXMr52vDzEuL8WP49nZHJsRwz4&hl=pt-BR&ei=Wfz7S4l2ibO4B5e3iLwB&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=8&ved=0CFIQ6AEwBw#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 24 maio 2010.

LÉVY, Pierre. *O que é o virtual?* Tradução de Paulo Naves. São Paulo: Editora 34, 1997 (Coleção Trans).

MASIERO, Paulo Cesar. *Ética em computação*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004.

MILL, John Stuart. *Considerations on representative government*. New York: Harper & Brothers, 1862. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=mY_d0oS8H2gC&dq=considerations+on+representative+government&printsec=frontcover&source=bn&hl=pt-BR&ei=2Ff7S52SE86QuAe4w8mvAQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CCgQ6AEwAw#v=onepage&q=considerations%20on%20representative%20government&f=false>. Acesso em: 24 maio 2010.

Ana Cristina Azevedo Pontes de Carvalho

MOTA, Regina; TAVARES, Francisco. Regulação da mídia. In: ANASTASIA, Fátima; AVRITZER, Leonardo (Org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

NATIONAL COORDINATION OFFICE FOR NETWORKING AND INFORMATION TECHNOLOGY RESEARCH AND DEVELOPMENT. *FNC Resolution: Definition of internet*. Disponível em: <http://www.nitrtd.gov/fnc/internet_res.html>. Acesso em: 11 maio 2010.

NOBLAT, Ricardo. Rádio e internet são as mídias de maior credibilidade. *O Globo*, Brasília, 11 nov. 2009. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/noblat/post.asp?t=radio-internet-sao-as-midias-de-maior-credibilidade&cod_Post=240181&a=111>. Acesso em: 11 maio 2010.

NUN, José. Democracia: *Gobierno del pueblo o gobierno de los políticos?* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2000.

PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 163-176.

PETRY, André. Nossa melhor aposta. *Veja*, São Paulo, ano 43, n. 18, p. 132-134, 5 maio 2010.

RECUERO, Raquel da Cunha. *A internet e a nova revolução na comunicação mundial*. Disponível em: <<http://pontomidia.com.br/raquel/revolucao.htm>>. Acesso em: 11 maio 2010.

134

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. *Responsabilidade por publicações na internet*. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Marina Cajaíba da. Os direitos sociais e a informação dos telecentros do vale do Jequitinhonha: uma fusão possível? In: ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISA EM CIÊNCIA DA INFORMAÇÃO, 6., 2005, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: IET, 2005, 1 CD-ROM.

SILVA, Roseli de Sousa e. O direito à informação e a efetivação da sociedade democrática. *Revista de Direito das Novas Tecnologias*, Recife, v. 1, n. 1, jan./jun. 2006.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la démocratie en Amérique*. v. 1. Bruxelles: Louis Hauman et Compagnie: 1835. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=0PpLQY uHCsEC&printsec=frontcover&dq=%22De+la+D%C3%A9mocratie+en+Am%C3%A9rique%22+tocqueville&hl=pt-BR&ei=hdP6S7LyD8K78gb7vbDSCg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=8&ved=0CEYQ6AEwBw#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 11 maio 2010.

VOTE NA WEB. *Um site para você se aproximar das decisões do Congresso Nacional que afetam diretamente a sua vida: vote e seja ouvido*. Disponível em: <<http://www.votenaweb.com.br/>>. Acesso em: 24 maio 2010.

Data de recebimento: 08/10/2010

Data de aprovação: 04/05/2011

LOS PROCESOS URGENTES Y EL DERECHO DE DEFENSA EN JUICIO

AS TUTELAS DE URGÊNCIA E O DIREITO DE DEFESA EM JUÍZO

PETITIONS FOR EMERGENCY RELIEF AND THE RIGHT OF DEFENSE IN JUDICIAL PROCEDURES

*Fernando Adrián Heñin**

RESUMEN

El desafío propuesto en este trabajo es analizar como se puede lograr un adecuado uso de los procesos urgentes en sentido amplio a partir de la perspectiva de Argentina, respetando, a su vez, el derecho de defensa en juicio de los destinatarios de tales tutelas. En ese cometido tomaremos como objeto de análisis el funcionamiento de las sentencias anticipatorias y las medidas autosatisfactivas en una jurisdicción media. También debatiremos el ámbito de actuación de cada una de las tutelas urgentes. Y a partir proponemos que es conveniente que se reglén de modos diferentes las medidas autosatisfactivas, las sentencias anticipadas y las medidas cautelares – en sus opciones genéricas, específicas y cautelar innovativa a fin de no perjudicar el derecho de defensa.

Palabras claves: Tutelas urgentes; Medidas cautelares; Sentencias anticipatorias; Medidas autosatisfactivas; Competencia; Desalojo de rutas.

* Profesor Adjunto Regular. Universidad Nacional del Nordeste – U.N.N.E. y de posgrado. Secretario Letrado del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco. Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Santa Fé. Miembro Fundador, Ex Presidente de la Comisión de Jóvenes y Ex Vocal Suplente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Ex Juez Civil y Comercial de Corrientes. Autor del libro “Modernos Institutos Procesales” (Prólogo del Profesor Jorge W. Peyrano); de 2 obras en co-autoría, 10 obras colectivas y más de 40 artículos en la materia. Miembro del Ateneo de Estudios Procesales de Rosario y Miembro Fundador del Ateneo de Estudios Procesales del Chaco. Jurado en concursos judiciales y docentes. Conferencista. E-mail: fernandohenin@gmail.com.

RESUMO

O desafio proposto neste trabalho é analisar como se pode conseguir um uso adequado dos processos urgentes em sentido amplo a partir da perspectiva da Argentina, respeitando-se o direito de defesa em juízo dos destinatários de tais tutelas. Para tanto, se utilizar-a como objeto de análise o funcionamento das sentenças anticipatórias e das medidas de auto-satisfação em uma jurisdição média. Também se debaterá o âmbito de atuação de cada uma das tutelas urgentes. A partir disso, se propondrá que é conveniente que se regulamentem de modo diferenciado as medidas de auto-satisfação, as sentenças anticipatórias e as medidas cautelares – em suas opções genéricas, específicas e cautelar inovativa a fim de não perjudicar o direito de defensa.

Palavras-chave: Tutelas de urgência; Medidas cautelares; Sentenças anticipatórias; Medidas de autossatisfação; Competência; Deslocamento de rotas.

ABSTRACT

The challenge proposed in this paper is to analyse how is it possible to obtain an adequate use of emergency relief procedures *lato sensu* from the Argentinian perspective, and in keeping with the right of defense in Judicial Procedures. In order to to so, this paper will focus on the functioning of anticipatory decisions and self-help measures in a medium jurisdiction. It will also debate the scope of action of each of this emergency relief procedures. From these, this paper will propose that it is convenient to regulate each of the self-help measures, anticipatory decisions and precautionary measures separately – in theirs generic, specific, precautionary and innovative options in order to not jeopardize the right of defense.

Keywords: Procedures of emergency relief; Precautionary measures; Anticipatory decisions; Self-help measures. Competence. Displacement of routes.

136

I. INTRODUCCIÓN

El desafío propuesto en este trabajo es analizar como se puede lograr un adecuado uso de los procesos urgentes en sentido amplio – que muchas veces vienen a paliar la mora judicial existente en los trámites civiles en nuestro país¹

¹ La síntesis de lo que pensamos no solamente los procesalistas y los operadores jurídicos en general – que no es más que el pensamiento del hombre común argentino, transcribo a continuación lo señalado por el Dr. ARAZI en la presentación del último número de la Revista de Derecho Procesal. Dice el Director de la misma, luego de destacar que la Corte Suprema ha recobrado su prestigio tradicional que “No obstante lo dicho, los procesos siguen siendo demasiado lentos. De nada sirve elaborar teorías procesales perfectas si existe una evidente discordancia entre esas teorías y la realidad. La demora judicial la padecen con mayor intensidad

Los procesos urgentes y el derecho de defensa en juicio

– respetando, a su vez, el derecho de defensa en juicio de los destinatarios de tales tutelas. En ese cometido tomaremos como objeto de análisis el funcionamiento de las sentencias anticipatorias y las medidas autosatisfactivas en una jurisdicción media, como lo es la Provincia del Chaco en donde hace casi diez años están reguladas éstas últimas. También el ámbito de actuación de cada una de las tutelas urgentes. En su caso, trataremos de determinar si las eventuales afectaciones al derecho de defensa del destinatario provienen de la regulación legal – específica o analógica –, de la aplicación de las mismas por los operadores jurídicos, o de una conjunción de ambas cuestiones.

Dice Roberto Berizonce que “Uno de los fenómenos procesales más complejos al que se le enfrentan los procesalistas de estos tiempos es, precisamente, el de la tutela anticipatoria o interinal que... vienen “impuestos”, de algún modo por la necesidad, cada vez más apremiante, de asegurar la eficacia en concreto de la prestación jurisdiccional, cuya creciente e intolerable morosidad impulsa la búsqueda de mecanismos simplificadores, y hasta sustitutivos del juicio de cognición. La composición provisional del conflicto gana entonces terreno en diversas y complejas formas, que reconocen condicionamientos y límites a menudo imprecisos y difusos”².

II. EL ENCUADRE PROCESAL DE LA PETICIÓN

Advertimos que muchas veces no se encuadra correctamente la forma de otorgar tutela rápida al justiciable. Ello es natural ya que si desde la misma doctrina especializada no se logra un consenso sobre no solamente el nomen iuris de cada uno de estas herramientas, sino, lo más importante, sobre las formas de clasificarlas, los efectos, el trámite, la necesidad o no de consagración legal, menos podemos pedir a los tribunales que, diariamente y abarrotados de peticiones, deben proveerlas en forma urgente.

Para solucionar tal cometido estimo más conveniente efectuar una clasificación que, partiendo de la mayor simpleza posible, delimite en grandes directrices. En efecto, en líneas generales estoy de acuerdo con la propiciada, entre otros, por los Dres. Arazi y Kaminker³, que advierten 4 grupos: **1.** Las cautelares

137

quienes promueven procesos medianos o pequeños, pues las grandes empresas están organizadas de modo que les permite calcular de antemano el riesgo de tener que afrontar un juicio; conocen también la manera de evitarlo mediante la negociación o bien recurriendo a otras formas alternativas de solución de los conflictos. Ante los tribunales arbitrales, en general, no tramitan causas de escaso monto” (conf. aut. y ob. cit., *Sentencia*, II, 2.008 – 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pp. 9-10).

² BERIZONCE, R., *Derecho Procesal Civil Actual*, Editora Platense, La Plata, 1999, pp. 481/482.

³ ARAZI, R.; KAMINKER, M., “Algunas reflexiones sobre la anticipación de la tutela y las medidas de satisfacción inmediata”, en *Medidas Autosatisfactivas*, dir. Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, pp. 44-47.

clásicas (embargo preventivo, secuestro, inhibición general de bienes, medida de no innovar, intervención judicial, prohibición de contratar, anotación de litis), esto es las contempladas entre los artículos 209 a 231 del CPCC de la Nación y los que siguen su línea; 2. Las cautelares genéricas, consagradas en el art. 232 del mismo cuerpo normativo – dentro de las que podemos destacar las medidas cautelares innovativas –; 3. Las sentencias anticipatorias – contempladas en diferentes normas como el art. 375 del Código Civil –; y 4. Las medidas autosatisfactivas, que en la Nación no tienen consagración legal pero si en varias provincias argentinas⁴.

Considero que una clara delimitación permite aplicar el régimen normativo pertinente, si existe, o bien el que corresponda por analogía, en el caso de no estar consagrada alguna tutela en el ritual aplicable, como sucede con las autosatisfactivas en la Nación y en la mayoría de las Provincias argentinas. Ello básicamente da gran tranquilidad a los justiciables respecto de cargas técnicas a cumplir, plazos, etc. Además impide que se consagren verdaderas “melanges” jurídicas como ocurrió en el Chaco incluso entre tutelas todas consagradas legalmente. Por supuesto que siempre teniendo como norte la instrumentalidad del derecho procesal, del cual surge que, por sobre consideraciones de tipo semántico, debe prevalecer lo sustancial de la petición.

III. LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

138

Pese a constituir un valiosísimo instrumento para la jurisdicción oportuna, todavía se encuentran consagradas legalmente en pocos ordenamientos rituales, como el art. 232 bis incorporado por Ley N° 4.559 del C.P.C.C. del Chaco, y los similares de Corrientes (arts. 785/790) y de La Pampa (art. 305), como también el art. 5 de la Ley N° 11.529 de violencia familiar de la Provincia de Santa Fe. También existen otros tantos Proyectos Legislativos Provinciales, como acontece en Santa Fe y San Juan⁵.

Actualmente se encuentra circulando en la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires un Proyecto de Reforma a su C.P.C.C., el cual sigue – en general – los lineamientos de su par correntino de reciente vigencia⁶. Recientemente en

⁴ Se denominan medidas autosatisfactivas a las soluciones urgentes, autónomas, no cautelares, despachables in extremis (en situaciones excepcionales), inaudita et altera pars y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos sean atendibles. Se trata de requerimientos apremiantes formulados al órgano judicial que se agotan – de ahí lo de autosatisfactivas- con su pronunciamiento favorable, no siendo necesario, entonces, la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal para evitar su caducidad o decaimiento. (MIDON, M.; E. DE MIDÓN, G., *Manual de derecho procesal civil*, Bs. As., 2.008, p. 574.)

⁵ PEYRANO, J. W.; EGUREN, M. C., “La batalla por la entronización legal de la medida autosatisfactiva”, *J. A., Jurisprudencia Argentina*, Doctrina, Bs. As., Suplemento del 31/10/07.

⁶ Reza el articulado propuesto: Artículo 617 bis.- Petición Urgente. Los jueces a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado

Los procesos urgentes y el derecho de defensa en juicio

el orden nacional nos encontramos con un Proyecto de reformas destinado a incorporar el instituto⁷. En cuanto a su ubicación metodológica, se propone

resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, deberán excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas. Según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente por el juez; éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente. Artículo 617 ter.- Presupuestos. La medida autosatisfactiva procederá únicamente cuando concurren los siguientes presupuestos: a) Que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación procesal o de fondo. b) Que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines. c) Se podrá fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que se dicten y disponer, a solicitud de parte, prórrogas a las mismas. Artículo 617 quater.- Sustanciación: Los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva postulada o, excepcionalmente según fueren las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído. Artículo 617 quinquies.- Suspensión Provisoria: Se podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto de que acreditare “prima facie” la existencia de la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente. Artículo 617 sexies.- Impugnación: Concedida la medida autosatisfactiva, el demandado podrá optar por interponer recurso de apelación, el que será concedido con efecto devolutivo, o promover el proceso de conocimiento que corresponda, sin que ello impida el cumplimiento de la resolución impugnada. Elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. Rechazada la medida autosatisfactiva, el actor podrá interponer recurso de apelación, o promover el proceso que corresponda. Artículo 617 septies.- Principio de instrumentalidad. Caducidad. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar. Artículo 617 octies.- Normas Supletorias: Se aplicaran supletoriamente en cuanto no resulte incompatible con lo aquí regulado las reglas del proceso sumarísimo”.

⁷ El mismo propone incorporar en la Sección 9º del C.P.C.C.N. y bajo el título “Medidas Autosatisfactivas”, el siguiente articulado: Artículo 237 bis. Procedencia. Las medidas autosatisfactivas que regula esta Sección podrán ser solicitadas cuando: 1. Medie petición fundada de parte interesada, respaldada en prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata. 2. Cuando fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal; 3. Cuando el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines; Artículo 237 ter. Excepcionalidad. Cautela. El dictado de medidas autosatisfactivas será siempre de carácter excepcional. Según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente por el juez, éste podrá exigir la prestación de cautela suficiente. Artículo 237 quater. Trámite. Los jueces deberán despachar directamente la medida autosatisfactiva postulada o, excepcionalmente según fueren las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y reducida sustanciación, que no excederá de conceder a quien correspondiere la posibilidad de ser oído. Artículo 237 quinties. Límite temporal. Los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que despacharen y disponer, a solicitud de parte, prórrogas de las mismas. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar. Artículo 237 sixties. Impugnaciones. El legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada, podrá optar por impugnarla mediante la interposición directa del recurso de apelación que será concedido en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un juicio declarativo general sumario de oposición, cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la

emplazarlas dentro del Libro IV que regula los procesos especiales, ello, en el entendimiento que se trata de un proceso urgente de características monitorias o especiales. Lo destacable de ambos proyectos es que – no obstante coincidir sustancialmente con el resto de la normativa vigente y demás proyectos precitados – desarrollan metódicamente y por separado, a lo largo de distintos artículos, el encuadre legal de las medidas autosatisfactivas, sus presupuestos, trámite, posibilidad de suspensión, vías impugnativas, caracteres y normas de aplicación supletoria.

1. La experiencia de las autosatisfactivas en la Provincia del Chaco

En el presente abordaremos cuestiones referentes a su aplicación, aprovechando alguna jurisprudencia emanada de los tribunales chaqueños.

A) *Aclaraciones previas*

140

Inicialmente considero necesario dejar precisado que: a) Estoy a favor y soy ferviente defensor de estas medidas, por la seriedad de la construcción jurídica y las virtudes que las mismas poseen; b) Vivo pregonando hasta el hartazgo que, como lo decía Chioventa y posteriormente Calamandrei, que “la necesidad de servirse del proceso no debe ir en contra del actor que tiene razón”⁸; c) Soy consciente de que el mayor problema del proceso actual es el de su larga duración; d) La mejor forma de conservar este valioso instrumento es utilizándolo correctamente, es decir conforme los fines que inspiraron su creación; e) Al ser novedoso, da lugar a interpretaciones diversas, porque en definitiva, como dice el refrán popular “se hace camino al andar”, y en lograr su mejor funcionamiento somos parte todos los auxiliares del sistema: jueces, abogados, docentes y juristas; f) Como veremos, en la Provincia del Chaco, las mismas han sido muy utilizadas – en algunos casos bien y en otros, a nuestro criterio mal – desde su consagración legislativa. Hechas las mismas, ingresaremos en el desarrollo de la temática propuesta.

B) *El problema de la competencia material y territorio*

En algunos tribunales de la Provincia del Chaco se han presentado ciertos inconvenientes porque tanto algunos abogados como tribunales han asimilado las mismas al proceso de amparo, cuya demanda se puede presentar ante cualquier juez letrado, sin distinción de materia o grado, e incluso antes de la sanción de

decisión judicial impugnada. Elegida una vía de impugnación, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. También podrán solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto de que acreditare prima facie la existencia de la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo ofrecimiento y prestación de contra cautela suficiente.”

⁸ CALAMANDREI, P., *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. Sentís Melendo, Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1945, p. 4.

Los procesos urgentes y el derecho de defensa en juicio

la Ley n. 5.451 sin tener que respetarse el turno – problemática que, luego de la sanción de la mentada normativa, ha quedado disipada⁹. Coincidimos con muy calificada doctrina en no estar de acuerdo con que las mismas se puedan asimilar a tal proceso constitucional. Consecuentemente, adelanto mi opinión respecto a que las medidas autosatisfactivas no pueden interponerse ante cualquier juez, sino al que corresponda según las reglas usuales de la competencia en todas sus clases.

Dice al respecto Jorge Peyrano que “Tampoco nos seduce la hipótesis de que las medidas autosatisfactivas sean afines a los amparos. En primer lugar, porque puede suceder que resulte ineludible la emisión de una autosatisfactiva sin que medie un derecho de rango constitucional claramente conculcado. En segundo, porque el amparo no concede soluciones tan prontas como las proporcionadas por la medida autosatisfactiva”¹⁰, menos existiendo para ambos diversas regulaciones procedimentales. Ello no significa negarle la raigambre constitucional que posee el instituto desde la reforma constitucional de 1994, a través de la consagración del amparo en el art. 43 de la Carta Magna Nacional, pero bien entendido que la fuente nace del amparo como garantía constitucional a una tutela rápida, no como tipo de proceso constitucional.

Entiendo que ello no significa negarle la raigambre constitucional que posee el instituto desde la reforma constitucional de 1994, a través de la consagración del amparo en el art. 43 de la Carta Magna Nacional, pero bien entendido que la fuente nace del amparo como garantía constitucional a una tutela rápida, no como tipo de proceso constitucional.

Lo expuesto, sumado a que justamente en estos casos se requiere una decisión urgente y definitiva por parte de quien posea un mayor conocimiento de esa rama del derecho – y no de las normas constitucionales, como las conoce cualquier magistrado que por ende se encuentra en condiciones de resolver un amparo –, nos convence de que las mismas se deben tramitar ante el juez que sea competente por razón de la materia (civil y comercial, laboral, de quiebras, de familia, en lo contencioso administrativo, etc.), es decir, ante los juzgados especializados en el tema, y no ante cualquier juez, como sí lo prescribe – por ejemplo –, el ya citado art. 3 de la Ley de Amparo del Chaco, por no ser, justamente, un proceso de amparo. Así lo han señalado algunos tribunales¹¹.

⁹ El art. 3° de la mentada norma actualmente prescribe que: “La acción de amparo podrá deducirse ante cualquier juez letrado sin distinción de fuero o instancia ... observándose el turno rotativo u orden aleatorio que corresponda, debiendo el Superior Tribunal de Justicia reglamentarlo.”

¹⁰ PEYRANO, J.W., “Vademecum de las Medidas Autosatisfactivas”, *J.A., Jurisprudencia Argentina*, 1996-II, p. 711; “Reformulación de la teoría de las Medidas Cautelares: Tutela de urgencia. Medidas Autosatisfactivas”, *J.A. Jurisprudencia Argentina*, 1997-II, p. 932.

¹¹ Sala I de la Cámara de Apelaciones del Trabajo de Resistencia, en Sentencia dictada el 28/04/03 en los autos “Marchi, Rosana E.”. El voto del Dr. Eduardo A. Siri, al que adhiriera al dirimir la

Aquí no podemos olvidarnos de la importancia del respeto de estas normas procesales, que, al tratarse de reglas competenciales, son de orden público¹², carácter reconocido, y por lo tanto su inobservancia determina la nulidad del acto procesal¹³, ya que, al no ser en su esencia cautelares, no cabe aplicar analógicamente lo establecido por el 2º párrafo del art. 196 del C.P.C.C.¹⁴ – que se refiere a la validez de éstas al ser decretadas por un juez incompetente –, por no surgir su extensión analógica legal, como también porque por la naturaleza de aquéllas, el afectado no tiene la posibilidad de efectuar planteo alguno ante ese mismo juez – sustitución, modificación, disminución, etc., de la misma conforme el art. 203 del ritual –, sino únicamente la suspensión provisoria en supuestos de irreparabilidad, establecida en el último párrafo del art. 232 bis de tal normativa¹⁵.

Por otra parte, a mi juicio, violaría el derecho de defensa del destinatario considerar que en estas medidas puede existir prórroga tácita de la competencia territorial en cuestiones netamente patrimoniales como lo prescribe el art. 1 del C.P.C.C., – al menos antes del vencimiento del plazo para recurrir la misma que

disidencia el Dr. Alejandro E. Parmetler, señaló al respecto que: “...entiendo que la juez del fuero laboral, es incompetente para entender en la misma en razón de la materia como así también esta Cámara. El caso se trata de una cuestión netamente comercial que excede de lo dispuesto por el art. 10 de la ley 2383 (de facto) que expresamente establece: “Que los Juzgados de Primera Instancia del Trabajo conocerán a) en los conflictos de derecho, individuales o colectivos derivados de la relación de Trabajo, cualesquiera sean las disposiciones legales en que se funden, inclusive aquéllas que pudieren corresponder a trabajadores según el derecho común”, de ninguna manera la relación entre el Banco demandado y el cliente surge derivada de la relación de Trabajo, en consecuencia, dando trámite a esta causa, se ha excedido el límite de la competencia fijado por el artículo citado en razón de la materia. No escapa a mi conocimiento que algunos autores consideran que las medidas autosatisfactivas participen de algunas características del amparo, ello es posible, pero esa similitud a mi criterio, no comprende la universalidad del fuero, es decir que las mismas pueden presentarse ante cualquier juez, de cualquier fuero, aplicando este criterio podría darse el caso de tener que intervenir un juez del trabajo, en una cuestión de familia”. (La Ley Litoral, Año 8, n. 3, abril de 2004, p. 275).

¹² Se tiene que revisten tal calidad “a aquellas normas que, por responder a valores preferentes de la comunidad, el organismo social tiene particular interés para que se preserven y se sobrepongan aún al interés de los justiciables.”. MIDON, M.S., – E. DE MIDÓN, G., *Manual*, cit., p. 11.

¹³ MORELLO, A.M.; SOSA, G.L.; BERIZONCE, R.O., *Códigos Procesales*, T-II-A, 403, Ed. Platense, La Plata, 1996.

¹⁴ Art. 196. 2º párrafo C.P.C.C.N.: “Sin embargo, la medida ordenada por un juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones de este capítulo, pero no prorrogará su competencia”

¹⁵ Art. 232 bis “in fine” del CPCCCH.: “También podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afectare, en el supuesto de que acreditare prima facie la existencia de la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo ofrecimiento y prestación de contra-cautela suficiente”.

Los procesos urgentes y el derecho de defensa en juicio

tiene el afectado luego de notificado –, ya que quien mal podremos saber si quien deba cumplirlas está o no de acuerdo con que se tramiten ante una jurisdicción diferente de las que corresponde según las reglas que establece el ritual.

Supongamos, v. gr. que según las mismas, la contienda debería tramitarse ante la primera circunscripción de la provincia del Chaco – Resistencia – pese a lo cual el actor plantea la medida ante un tribunal con asiento en la cuarta circunscripción – Charata – distante a casi 300 kms. de aquélla, se estaría afectando el derecho de debido proceso de quien pueda tener razones para oponerse y deba conseguir asistencia letrada que lo represente en esa localidad y no donde reside, por ejemplo, aunado a que todavía no se puede determinar si consiente o no tal prórroga. Consecuentemente se debería desestimar una solicitud ante juez incompetente, en cuyo caso deberá remitir las actuaciones ante el que estime debe intervenir.

En efecto, no coincido en que esta cuestión pueda ser soslayada por la urgencia del trámite, porque del otro lado existe quien tiene el derecho de defenderse, excepción, claro está, de que estuviese en juego la vida o la salud de un ser humano.

Distinta sería la solución en el caso de existencia de pacto expreso efectuado de antemano entre las partes, en donde no habría problemas de aceptar su validez.

C) La importancia de la diferenciación con otras tutelas urgentes – El iura novit curia en materia procesal

143

También ha ocurrido en el Chaco que a ciertas pretensiones se les otorgaba un trámite mixto consistente en lo más beneficioso para el actor, de cada uno de ellos. Así dicha parte elegía el juzgado por razón de la materia, del turno e incluso en algunos casos por el territorio (beneficios del proceso de amparo), luego de lo cual se dictaba la resolución autosatisfactiva, esto es, evitándose la previa sustanciación – informe circunstanciado – como asimismo la etapa de pruebas que prescribe la ley provincial para dichos procesos constitucionales.

Uno podría llegar a preguntarse: si estamos ante un proceso urgente, como nos detenemos en ello y la respuesta es: que justamente el letrado debe conocer de antemano la legislación – que correctamente deben aplicar los magistrados –, para no ser partícipes de esa demora perjudicial para su cliente que requiere tutela urgente, a través de éstos trámites previos. Es así como el abogado, como auxiliar de la justicia, también debe colaborar individualizando su pretensión procedimental, y si no lo hace, el tribunal tiene dos caminos: *a)* Solicitarle que especifique que trámite está solicitando (aplicando analógicamente los arts. 299 y 316 del C.P.C.C. del Chaco – y sus análogos 319 y 337 del C.P.C.C.N. –); *b)* O bien, si la urgencia del caso lo amerita, encuadrar por el *iura novit curia* la pretensión, y darle el tratamiento acorde a todo el trámite.

Volviendo sobre el iura novit curia en materia procesal, debemos decir que tanto doctrinaria¹⁶ como jurisprudencialmente¹⁷ ha sido aceptado, teniendo el mismo como algunas de sus manifestaciones, la “reconducción”¹⁸ y la “recalificación”¹⁹ de las postulaciones.

Estas soluciones sólo deberían darse en casos excepcionalísimos, en supuestos que objetivamente den lugar a algunas dudas, porque en realidad la diferencia entre amparos y autosatisfactivas es clara, como lo señaláramos precedentemente, y por lo tanto teniendo en claro las finalidades y presupuestos de cada instituto, la mayoría de los supuestos, no deberían ofrecer problemas.

D) La incorrecta utilización de las medidas autosatisfactivas en algunos casos

Además de los problemas precitados, referidos a la competencia y a la superposición de trámites procesales, en los algunos procesos se han despachado medidas sin estar, a mi criterio, reunidos los presupuestos para su dictado, esto es, sin tenerse en cuenta su carácter excepcional o in extremis, en los casos en que exista fuerte probabilidad del derecho invocado.

Es que va de suyo que, como todo instrumento, es idóneo y eficaz, si su utilización es correcta. De lo contrario, como en cualquier aspecto de la vida,

¹⁶ PEYRANO, J.W., “Iura Novit Curia Procesal: la Reconducción de Postulaciones”, *E.D., El Derecho*, diario del 28/03/01, se ocupa del mismo señalando inicialmente que “Resulta curioso comprobar el escaso desarrollo de este último cuando se lo compara con su aplicación bastante frecuente en materia de fondo (civil y comercial). No advertimos razón alguna que justifique tal discriminación; máxime cuando se trata de un empleo razonable del iura novit curia que sea respetuoso del principio dispositivo.”

¹⁷ Las Salas II y IV de la Cámara de Apelaciones de Resistencia acudieron a tal figura al transformar las medidas autosatisfactivas – dictadas a los efectos de la recepción de los bonos “quebrachos” luego del dictado del fallo “Santambrogio de Gregoresky” por parte de la Sala Civil, Comercial y Laboral del S.T.J. – en cautelares innovativas, disponiendo a su vez que el actor inicie un proceso principal de trámite sumarísimo, acudieron a tal postulado.

¹⁸ Enseña PEYRANO: “La verdadera “reconducción” es aquella en la cual el órgano jurisdiccional cumple una tarea docente que también le incumbe, advirtiéndolo antes posible al postulante acerca de que ha elegido el camino equivocado e indicando, por añadidura, cual es el rumbo correcto y sin limitarse a la utilización de la tan poco solidaria frase “ocurra por la vía adecuada” o cosa por el estilo.” (PEYRANO, J.W., “Iura Novit Curia”, cit.).

¹⁹ Distingue PEYRANO: “En la “recalificación”, el Oficio se circunscribe a señalar que se ha formalizado un encuadramiento legal incorrecto y a realizar el adecuado, pero sin brindarle al justiciable la posibilidad de reajustar sus peticiones... Insistimos en que la “recalificación se caracteriza porque recién al final del proceso y en ocasión de dictar la resolución que lo corona, el tribunal entera a las partes de que se han manejado por un carril inadecuado. El caso “Faiart” leading case de segunda instancia en materia de medidas autosatisfactivas es un ejemplo de “recalificación procesal porque recién la sentencia revisora calificó como “medida autosatisfactiva” a lo que hasta entonces era tenido por una “cautelar innovativa” (PEYRANO, “Iura Novit Curia”, cit.).

Los procesos urgentes y el derecho de defensa en juicio

puede no servir para fines no creados y hacer creer a algunos – erróneamente, por cierto – que en consecuencia no tiene ninguna practicidad.

Por ejemplo, si queremos tomar sopa nos valdremos de la cuchara y no del tenedor, ya que sería imposible lograr nuestro objetivo y nos quedaríamos con apetito; si un médico desea calmar una pequeña jaqueca, recetará un analgésico local y no morfina, aunque esta última también cumplirá el objetivo de calmar dicha dolencia, pero tendrá otros efectos que harían inconveniente su prescripción.

Lo mismo ocurre con las medidas autosatisfactivas: tal como dice el C.P.C.C. chaqueño²⁰, el correntino²¹, el proyecto de Código para la Provincia de Santa Fe²², y coincide la doctrina, su carácter es excepcional y están especialmente destinadas a vías de hecho. Tales particularidades han sido también reconocidas por los certámenes científicos²³, por la jurisprudencia provincial²⁴ – en donde se recalcó su naturaleza extraordinaria, y hasta cierto punto in extremis como lo sostiene su precursor²⁵ junto con restante muy calificada doctrina²⁶.

a) *Un caso icono: las decretadas ante pretensiones de pago de obligaciones con bonos locales*

Las innumerables medidas autosatisfactivas solicitadas por empleados activos o pasivos de la administración pública, a los fines que sus entidades bancarias o financieras acreedoras les reciban el pago de sus obligaciones en igual proporción de bonos “quebrachos” que los que percibía en sus haberes, fueron dictadas, a nuestro humilde parecer, en forma errónea. Es que no aparecían verificados

²⁰ Recordemos que el art. 232 bis del CPCC del Chaco reza: “Los jueces a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, deberán excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas...”.

²¹ Art. 785: Petición urgente: Ante solicitud fundada de parte, explicando con claridad en qué consisten sus derechos y su urgencia y aportando todos los elementos probatorios que fundamentan la petición y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, el juez o tribunal deberá excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas, según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente...”.

²² Se propicia la agregación al art. 290 del C.P.C.C. Santafeño el texto cuyo párrafo siguiente – en lo que aquí interesa- expresa: “Los jueces podrán decretar, prudencial y excepcionalmente, medidas urgentes distintas de las reguladas expresamente por este Código.”

²³ En el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Corrientes en agosto de 1.997, se estableció como conclusión al respecto que: “La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable in extremis, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que recama una pronta y expedita intervención del órgano jurisdiccional”.

²⁴ S.T.J. del Chaco in re: “Santambrogio de Gregoresky, Lidia J. s/ Medidas Autosatisfactivas”, Sent. N° 179/03 del 12/05/03 dictada por su Sala 1ra Civil, Comercial y Laboral, entre muchas otras.

²⁵ PEYRANO, “Vademecum”, cit.; “Reformulación”, cit., PEYRANO – EGUREN, “La batalla”, cit.

²⁶ MIDÓN, M.S.; E. DE MIDÓN, G., *Manual...*, cit.; DE LOS SANTOS, M., “Medida Autosatisfactiva y medida cautelar”, *Revista de derecho procesal – 1, Medidas cautelares*, ARAZI, ROLAND, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 47.

varios de los presupuestos relativos, especialmente en cuanto a la falta de conductas o vías de hecho (ya que existía un perjuicio emanado de normas jurídicas, como lo era la Ley Provincial n. 4951/01 de creación de los Bonos Quebrachos en la Provincia del Chaco); como asimismo en relación a que el interés del postulante se circunscriba a obtener la solución de urgencia no cautelar no requerida, sin necesidad de declaración de derechos conexos o afines (en este caso, como surge de los decisorios de primera y segunda instancia, debió declararse la existencia de derechos conexos o afines). Ello máxime cuando entendemos que pudo haber existido violación del derecho de defensa por parte de los eventuales afectados, que debían tener la posibilidad de efectuar diversos planteos – no sólo procesales sino incluso sustanciales.

Por tales razones nos parece que en supuestos como el citado, era más propicio, si el juzgador entendía que estaban cumplidos los recaudos, el despacho de una medida cautelar innovativa y la tramitación de la cuestión de fondo a través de un proceso contradictorio, como lo dispusieron las Salas 2ª y 4ª de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de nuestra ciudad, con posterioridad al fallo “Santambrogio de Gregoresky, ya citado. En ese derrotero reiteramos nuestra creencia de que en el caso de un empleado privado al que le bajan el sueldo luego de comprar el auto o la casa, seguramente no le morigerarían la cuota a través de una autosatisfactiva, porque en definitiva ello, creemos humildemente, no sería correcto procesalmente.

146

En otros pleitos, la alzada confirmó el rechazo dispuesto en primera instancia por considerar que no era la vía adecuada para dirimir cuestiones de naturaleza contractual²⁷. También fueron desestimadas por la Cámara de Apelaciones, declarándose inadmisibles la vía por estimar que la cuestión traída a juicio requería de mayor debate y prueba²⁸.

b) Otro caso en donde el Superior Tribunal chaqueño anuló la confirmación de una medida autosatisfactiva, fue en un proceso promovido por el ex gerente de un banco que había pactado su desvinculación en una suma al contado de dólares estadounidenses, más otra similar, a abonarse en cuotas de la misma

²⁷ Conf. Sala Primera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de esta ciudad en autos “Címbaro, Eduardo Román c/ Banco Río de la Plata S.A. Suc. Rcia. s/ Medidas Autosatisfactivas”.

²⁸ Conf. Sala Cuarta de la Cámara de Apelaciones de Resistencia, en los autos “Sibilla de Vallejos, Juana Beatriz s/ Medidas Autosatisfactivas”. Allí las magistradas arribaron a tal conclusión, por estimar que “... en el sub lite no se dan con plenitud las circunstancias que permitieron por esta vía sumarísima de cognición reputar nítidamente que no se rompía el equilibrio contractual si se admitía el pago parcial de la deuda con bonos provinciales”, para finalizar señalando que “...la probabilidad cierta a que se refiere el art. 232 bis del Código de Procedimientos Civil y Comercial, no aparece con la nitidez requerida por la norma, atento la complejidad de la cuestión la que requiere mayor debate”.

Los procesos urgentes y el derecho de defensa en juicio

moneda. El demandado fue pagando puntualmente hasta la salida del régimen de convertibilidad donde comenzó a depositar esa misma suma pero de pesos, lo que motivó dicha tutela urgente. Al llegar los autos vía recurso extraordinario, el Tribunal tuvo en cuenta que el decisorio no contaba con adecuada fundamentación, destacando que "...según surge de los considerandos del fallo en crisis, luego de conceptualizar el referido recaudo para el otorgamiento de la medida autosatisfactiva, lo tuvieron por cumplimentado dando razones más vinculadas con el fondo de la pretensión – tales como las referidas a la devaluación y el derecho del trabajador a percibir un monto similar al existente con antelación a la mora del acreedor –, que con la fuerte probabilidad de que tal situación se haya verificado en el sub lite". También cuestionó la respuesta dada por la Cámara a la falta de urgencia alegada por la demandada, que había estimado lacónicamente que tal requisito se hallaba verificado, adunando argumentos relacionados con la citada disminución de las sumas en cuestión como consecuencia de la pesificación, pero nuevamente ajenos a la concurrencia del recaudo en análisis – la urgencia –, sin especificar por qué razón, también en el caso concreto, el factor tiempo, esto es la situación de urgencia, se hallaba configurada. Por último destacó el Superior Tribunal la falta de tratamiento de los otros recaudos para el otorgamiento de una medida autosatisfactiva, tales como la existencia de una situación excepcional, la existencia de conductas o vías de hecho contrarias a derecho y la innecesidad de declaración de derechos conexos o afines²⁹.

147

E) Algunos otros supuestos en donde se utilizaron las autosatisfactivas en el Chaco

a) Un ejemplo lo constituye la dictada a favor de una persona que había solicitado con carácter de urgente que la Provincia del Chaco y/o Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Provincia del Chaco, con el objeto de que con carácter urgente expida certificación de servicios, constancia de continuidad de servicios y fotocopias del legajo personal para iniciar los trámites jubilatorios por incapacidad física total y permanente. El juez de primera instancia admitió la misma, ordenando que el citado Ministerio proceda a la entrega inmediata a la actora de lo solicitado, si fuera dependiente de esa repartición. Cabe destacar que si bien la peticionante había promovido acción de amparo, el magistrado con gran acierto despachó dicha medida autosatisfactiva, por considerar, luego de analizar la naturaleza de la pretensión esgrimida, que resultaría un desgaste jurisdiccional inútil abrir la instancia para la tramitación de un proceso de Amparo. Ello ya que estimó que lo reclamado es una tutela jurisdiccional muy urgente aunado a no resultar necesario un contradictor, toda vez que lo que se reclama

²⁹ S.T.J. del Chaco, Sala Civil, Comercial y Laboral, Sent. n. 57/05.

es sólo una constancia de certificación de servicios y fotocopias de un legajo personal, para iniciar los trámites jubilatorios pertinentes³⁰.

b) También se despachó una medida autosatisfactiva ordenándose al titular del campo vecino proceda al inmediato retiro de animales vacunos, equinos y de otras especies, a cerrar las tranqueras que abrió de los inmuebles de propiedad de la actora, a reparar el alambrado perimetral de dichos inmuebles y se abstenga en lo sucesivo a cortar los alambrados, introducir animales de cualquier especie y provocar quemazón de pastos existentes en los referidos inmuebles. Para ello la magistrada tuvo en cuenta que en sede penal el accionado reconoció tener sus animales para pastaje en el inmueble de propiedad de la actora, así fotografías de las que se observa la quema de pastos³¹.

c) Otro caso interesante fue la orden de que la ex empleadora proceda a depositar en una cuenta judicial la suma de dinero que había pactado abonaría a la actora en concepto de indemnización. Para decretar tal medida autosatisfactiva, la juez interviniente tuvo en cuenta que las partes habían celebrado un convenio de pago ante la Dirección Provincial del Trabajo, siendo el mismo homologado, entregándosele a la peticionante en aquella oportunidad tres (3) cheques que totalizan la suma mencionada precedentemente, en concepto de indemnización, siendo que dos de ellos se encuentran rechazados por denuncias policiales, además de documentación médica – historia clínica, certificados médicos –, respecto de que la misma posee una hija con discapacidad, por lo que considera que de no admitirse tal tutela se correría el riesgo de producirse un daño irreparable³².

148

F) La tutela en cuestiones de familia privilegiando el derecho a la salud

Ante un juzgado de familia se promovió una pretensión del padre de un menor contra la madre del mismo, tendiente a lograr la autorización para la intervención quirúrgica traumatológica del niño, debido a la oposición de esta última. El tribunal, luego de sustanciarla y celebrar audiencia con las partes, despachó a los fines de que se actualice el control del niño y si la oportunidad

³⁰ Conf. Resol. del Juzgado en lo Civil y Comercial de Resistencia de la 8va Nominación en autos “Aisicovich, Rosa Mary c/ Provincia del Chaco y/o Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología de la Provincia del Chaco s/ Medida Autosatisfactiva”, Expte. n. 10.081/07.

³¹ Conf. Resol. del Juzgado en lo Civil y Comercial de Resistencia de la 8va Nominación en autos “Dellamea de Prieto, Alba Nidia c/ Pegoraro, Francisco Raimundo y/o quien resulte responsable s/ Medida Autosatisfactiva” Expte. n. 6.583/07.

³² Conf. Resol. dictada en autos “Núñez, Carola c/ STAR S.A. y/o Luque, Leandro y/o Luque, César Enrique y/o quien resulte responsable s/ Medida Autosatisfactiva” Expte. n. 9.732/05 del Registro del Juzgado en lo Civil y Comercial de la Octava Nominación de Resistencia.

Los procesos urgentes y el derecho de defensa en juicio

quirúrgica continúa, se realice la cirugía en un centro público o privado de la ciudad de Resistencia y/o su derivación a Buenos Aires, disponiendo la tenencia provisoria a su padre a los fines de que se ocupe de tal problema de su hijo – y en ejercicio de la patria potestad autorice dicha operación –, y estableciendo un amplio régimen de visitas a favor de su madre. Para ello la magistrada tuvo en cuenta acreditada la fuerte probabilidad en el derecho, con los certificados médicos acompañados expedidos por distintos profesionales especialistas en ortopedia y traumatología, que junto con la demás documental, daban cuenta de la gravedad de la lesión denunciada y la agravación del cuadro. El peligro en la demora estuvo dado por lo anterior aunado a la necesidad de evitar eventuales consecuencias negativas en la salud integral del menor. También meritó que la madre no había dado razones valederas que sustentasen su negativa y que la salud del hijo es superior a la voluntad de ambos progenitores y de las desavenencias que pudieren existir entre ellos, conforme lo dispuesto en la Convención Internacional de los Derechos del Niño³³.

También cabe resaltar que, al igual que lo ocurrido en otras jurisdicciones, se han dictado muchas medidas autosatisfactivas tendientes a que las obras sociales provean de medicamentos u otro tipo de cobertura médica que le había sido negada a sus afiliados.

G) Casos en donde han sido acertadamente desestimadas

149

a) Así ocurrió ante un planteo del padre de un menor que sufría de una discapacidad mental y otras discapacidades congénitas, tendiente a que se desaloje de la vivienda que le había donado al menor, a la esposa del peticionante, cuyo matrimonio se había celebrado con anterioridad a dicha liberalidad, sin haberse divorciado. El magistrado actuante estimó que si bien se configura la existencia de una fuerte probabilidad del derecho alegado; no podían soslayarse otros presupuestos para su despacho como: una situación de marcada urgencia o la producción de un daño insusceptible de reparación ulterior, como también que la pretensión se articule para hacer cesar conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal y, que no sea necesaria la sustanciación de un proceso de conocimiento autónomo. En tal sentido tuvo en cuenta el juez actuante que la persona que continuaba habitando el bien inmueble perteneciente al menor y con usufructo de su padre accionante, es esposa del usufructuario, situación que impone – al menos – habilitarla en proceso de conocimiento para que ejerza su derecho de defensa; atento – aparentemente – no ha ejercido ninguna vía de hecho que deba

³³ Conf. Resol. dictada en Expte. “M., J.R. s/ Medida Cautelar Genérica”, n. 2639/07 del Registro del Juzgado del Menor de Edad y la Familia n. 2 de Resistencia.

repudiarse. Como corolario de lo señalado desestimó in limine la pretensión y ordenó readecuarla al trámite del proceso de desalojo³⁴.

b) Con acertado criterio se desestimó una medida autosatisfactiva tendiente a que la Municipalidad de Resistencia arbitre las medidas tendientes a la inmediata suspensión de las obras particulares que afectaban una calle pública, como asimismo la demolición de construcciones particulares, hasta tanto dicha comuna dicte resolución definitiva en el expediente administrativo. A tales fines el Tribunal meritó que de los elementos aportados al proceso no surgía la concurrencia de los presupuestos legales habilitantes de la pretensión autosatisfactiva, ya que las circunstancias invocadas por el recurrente se contraponen y por lo tanto presuponen una indiscriminada gama de conflictos que requieren de sustanciación y prueba, ya que de admitirse se desnaturalizaría el instituto de admitirse al ensancharse indebidamente su cauce por el grado de cognición limitada que requiere esta tutela urgente. Es decir que encontró insatisfecho el grado de probabilidad cierto y manifiesto requerido. Puntualmente se tuvo en cuenta que del escrito postulatorio surge que los actores esperan la solución en el derecho administrativo, que la Dirección de Catastro había aprobado un plano donde no existe calle pública y que los demás dictámenes existentes en el citado expediente municipal son demostrativos del conflicto de derechos y la falta de certeza acerca de si el espacio discutido encuadra en el art. 2.340 del C. Civil o bien en el 2.347 de dicho cuerpo normativo³⁵.

150

H) *Supuestos cotidianos en los que no se las utiliza*

Así como vimos que – en nuestra Provincia – se las usa en casos donde no procederían, también advertimos supuestos en los que la norma expresamente prevé tal solución, – al menos en nuestra jurisdicción. Ello sucede con la Ley Nacional de Tránsito, que se refiere a la posibilidad de que los gastos de internación y sepelio de las víctimas de un accidente de tránsito, sean abonados de inmediato por el asegurador³⁶. Es que el tercero a que hace referencia la misma, está

³⁴ Resol. dictada en autos “Miño, Laudino en representación legal del menor: A.E.M. c/ Bordón, Amada y/u Ocupantes, Poseedores y/o quien resulte responsable s/ Medida Autosatisfactiva”, Expte. n. 8745/07, del registro del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la Octava Nominación de Resistencia, Chaco.

³⁵ Conf. Resol. dictada in re: “Iglesia Evangélica Congregacional s/ Medida Autosatisfactiva”, Expte. n. 8.033/07 del Registro del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n. 8 de Resistencia.

³⁶ Prescribe el art. 68 de la Ley Nacional de Tránsito que: “... Los gastos de sanatorio o velatorio de terceros, serán abonados de inmediato por el asegurador, sin perjuicio de los derechos que se pueden hacer valer luego. El acreedor por tales servicios puede subrogarse en el crédito del tercero o sus derechohabientes. Carece de validez la renuncia a un reclamo posterior,, hecha con motivo de este pago...”.

Los procesos urgentes y el derecho de defensa en juicio

determinado por la Ley de Seguros³⁷. Es decir que debe satisfacer sin poder invocar excusa o causa liberatoria el pago de los gastos de sanatorio (internación, honorarios médicos, costos de remedios, radiografías, análisis, etc.), y los gastos de velatorio de los terceros víctimas alcanzados por el interés asegurado. Tales erogaciones de extrema urgencia, originan la obligación de pago inmediato, y no puede dilatarse invocando la vigencia de un plazo para expedirse sobre el siniestro o la culpa grave o cualquier otra causa liberatoria (caducidades, incumplimientos, caso fortuito o el hecho de un tercero), sin perjuicio de la “repetición”, en caso de no corresponder que tales daños sean soportados por la aseguradora.

En consecuencia se otorga una acción directa autónoma a esos sujetos, quienes solamente deben acreditar – con el grado de probabilidad previsto en la ley ritual –, a) la existencia del siniestro (en base al sumario penal, v.gr.) y b) Los gastos citados.

Estaremos en presencia de una medida autosatisfactiva propiamente dicha cuando el único reclamo originario fuese el de dichos conceptos; por el contrario, si fuesen reclamados con otros ítems (daño moral, lucro cesante, otros daños materiales, etc.), su naturaleza será propiamente el de una sentencia anticipatoria parcial, como lo receptara la C.S.J.N. en “Camacho Acosta c/ Grafi Graff”³⁸.

Cabe destacar que en otras jurisdicciones, en donde no se hallan reguladas las medidas autosatisfactivas, han sido peticionadas y aplicadas, como sucedió, por citar solamente un ejemplo, hace casi ocho años en la Provincia de Santa Fe, en donde se dispuso fijar gastos de movilización de la accidentada, como así de cuidados médicos, paramédicos, intervenciones quirúrgicas, compra de medicamentos y de toda otra modalidad que no pueda prescindir sin riesgo para su vida y salud física y psíquica, a cargo de la aseguradora citada en garantía y por el plazo de seis meses³⁹.

151

2. El balance de estas medidas a casi 10 años de vigencia en el C.P.C.C. del Chaco

Como lo señalábamos al comienzo, este moderno instrumento procesal fue de gran utilidad en innumerables casos (solicitud de cobertura social de alta complejidad, exclusiones de hogar de personas no ligadas por un vínculo parental, pago de rubros por distracto laboral – ofrecidos mediante misivas y denegados

³⁷ Dispone el art. 9° de la Ley n. 17.418: “El asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido”.

³⁸ HEÑIN, F., “Las medidas autosatisfactivas: algunas cuestiones que suscita su aplicación”, *Revista de Derecho Procesal*, Zeus, Rosario, n. 1, 2005, pp. 43-53.

³⁹ Conf. fallo dictado en Expte. n. 283/00 por el Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial y Laboral, Distrito Judicial n. 14, Villa Constitución, cit. por PEYRANO, J.W., “Tendencias y proyecciones de la doctrina de la tutela anticipada”, *Revista de Derecho Procesal*, 1, *Derecho Procesal de Familia*, ARAZI, R., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, pp. 557/577.

de hecho –, etc.), gracias a las peticiones de los abogados como verdaderos arquitectos de la jurisprudencia, que a su vez tuvieron recepción favorable en los magistrados y ello es lo que da pie a que hoy podamos debatir sobre algunos aspectos relacionados con las mismas. Una de cal.

A su vez, también vemos a diario que otros institutos que se encuentran en la normativa ritual desde su dictado – y que también están destinados a combatir el alongamiento de los procesos o a morigerar sus efectos –, no son usados en la medida deseable, muchas veces por el abarrotamiento de causas que tienen actualmente los Tribunales civiles y comerciales de Resistencia y otras por razones que desconozco. Ellos son, por citar algunos ejemplo: a) Los rechazos in limine (de los incidentes, de los planteos nulificatorios y retardatorios en general; b) Las diversas sanciones a las partes y sus letrados (por recusación maliciosa, por temeridad y malicia, por dilatar el trámite en el juicio ejecutivo); c) El respeto por todos los plazos procesales; d) La simplificación del proceso (a través, v. gr. de la concentración de audiencias y actos procesales; como también de una menor burocracia a lo largo de todo el trámite); e) El ejercicio en todos los casos del deber de dirección por parte del juez (para que una ejecución de sentencia jamás pueda durar años, cuando existe certeza en el título traído, superior a la fuerte probabilidad necesaria para la concesión de una autosatisfactiva); f) El permanente uso de las facultades – hoy deberes en el CPCN –, conciliatorias y saneadoras; g) la utilización de las diversas medidas cautelares. Una de arena. La otra: la incorrecta – y hasta abusiva – utilización en algunos supuestos puntuales.

152

Es que el proceso civil debe servir para que todo derecho sea satisfecho en término y de acuerdo a la naturaleza de la pretensión y a los presupuestos y recaudos que se logren acreditar en el estadio – previo o de mérito – en que se debe resolver, y no solamente el que el justiciable o su abogado caratule como urgente.

En definitiva, el legislador chaqueño fue uno de los pioneros en este instituto, con una buena técnica legislativa y los abogados y magistrados han utilizado en muchos casos en forma correcta a las medidas autosatisfactivas y en otros casos no. Sobre el particular ya anticipaba Peyrano, refiriéndose a la tutela anticipada que las tendencias evolutivas y sus proyecciones aclaratorias se explican en buena medida, “...por ser una doctrina “abierta” y todavía en formación. Ello acarrea el riesgo de que se la deforme, haciéndola funcionar cuando no corresponde. Tal el peligro inherente a toda idea nueva. Sin embargo, pensamos que resulta provechoso asumir el riesgo porque los frutos prometidos son muchos y buenos. El tiempo dirá si la apuesta fue ganada o perdida”⁴⁰.

En este momento se puede decir que en general el instituto ha sedimentado y la regla general es la correcta utilización del mismo, es decir que son concedidas cuando se dan los presupuestos para su dictado y denegadas cuando así no acontece.

⁴⁰ PEYRANO, J.W., “Tendencias y proyecciones de la doctrina de la tutela anticipada”, cit., p. 577.

3. ¿Una pretensión de que se desaloje una ruta admite el dictado de una medida autosatisfactiva?

Adelanto mi opinión en el sentido que sí y paso a explicar porqué.

Mi ciudad de Resistencia está unida al este del Mercosur por el puente General Manuel Belgrano, que la conecta directamente con la de Corrientes, constituyendo dos núcleos urbanos de aproximadamente 500.000 habitantes cada uno. Si el puente se corta – o los accesos cercanos al mismo –, estas dos provincias, las vecinas a ellas como Formosa, Misiones, e incluso países limítrofes como Brasil y Paraguay quedan desconectados de la región. No obstante ello, en diciembre de 1.999 tuvo su aparición esta modalidad en el puente, cuyo corte por una semana desencadenó en la última Intervención Federal que sufrió Corrientes. Hoy en día es normal que se corte tal ruta del Mercosur, han pasado a pie férretos con personas fallecidas, ha muerto otra persona por no haberlo podido atravesar una ambulancia que transportaba plasma de Resistencia a Corrientes y cuyo chofer fue agredido al pretender hacerlo. El puente es cortado indistintamente por ciudadanos de una y otra provincia por reclamos salariales, políticos, por piqueteros que reclaman más planes sociales u otras cuestiones. A veces una decena de personas es suficiente para poner palos u otros objetos y cortar dicha vía de comunicación. Durante el año en curso se lo ha cortado en más de 80 días y ello ha determinado, por ejemplo, que los docentes del Chaco que damos clases en la Facultad de Derecho de la U.N.N.E. cuya sede se encuentra en Corrientes, hayamos tenido que anticipar a los alumnos – hace ya cinco años – que, además de los feriados, los días que está cortado el puente, no hay clases.

153

Esta reseña, que con parecidos matices ocurre más seguido en la Argentina, me lleva a afirmar que, si la policía no actúa, un juez puede – a petición de parte y si se estima que no hay delito –, despachar una medida autosatisfactiva, ya que se dan todos los recaudos para su procedencia, a saber:

A) Necesidad de hacer cesar una conducta o vía de hecho contraria a la legislación (de fondo)

Qué caso más claro de este presupuesto puede ser el cortar una vía de comunicación en forma voluntaria, en detrimento del derecho de transitar por todo el territorio de un país que tiene cualquier habitante (art. 14 C.N.);

B) Interés del peticionante circunscrito a obtener tal solución de urgencia

Como lo es a diario el de miles de trabajadores, estudiantes, turistas, etc., a cruzar de una provincia a otra, sin ninguna otra pretensión conexas. No se requiere otra cosa que la apertura del puente.

C) Urgencia

Como cuando está en juego la vida o la salud de las personas, tales los supuestos en los que se las traslada de una ciudad a un centro hospitalario de la vecina orilla o bien medicamentos indispensables para salvar su vida, e incluso su derecho a llegar a horario a su trabajo o lugar de estudios. Caso contrario pueden perder – y de hecho lo pierden en ciertos casos – el empleo o la regularidad en el cursado de materias universitarias, por ejemplo.

D) La fuerte probabilidad en el derecho

Está dada por la flagrante ilegalidad que significan dichas conductas y la de ejercer sus derechos de transitar libremente, trabajar, estudiar, etc., del resto de los habitantes que se perjudican con los cortes.

E) Innecesariedad de otros recaudos

La clara ilegalidad del acto determina que no sea necesario fijar límites temporales, ni contracautela ni una previa y reducida sustanciación. En todo caso quienes consideren que con ese actuar están ejerciendo su derecho de peticionar ante las autoridades, lo deberán hacer en las sedes gubernamentales, o en otros lugares donde la afectación a otros seres humanos sea al menos menor.

154

En síntesis, a mi juicio no existen razones para denegar una medida autosatisfactiva que disponga el cese del corte del Puente o de cualquier otra vía de comunicación. De no accederse a ello a través de tal trámite, perfectamente podríamos calificar a esa decisión como proveniente de una justicia desconectada donde la cerrazón se convierte en sinrazón⁴¹.

Obviamente que me estoy refiriendo únicamente a los presupuestos de procedencia de la medida, y no a su forma de efectivización, conveniencia y oportunidad de cumplir el mandato judicial ante un reclamo que reúna a un grupo importante de personas o que, por la forma de realizarlo, la eventual violencia o elementos que puedan tener los manifestantes o otras razones, aconsejen el uso de la persuasión y de la prudencia que debe tener todo magistrado como cualquier auxiliar encargado de cumplir un mandato judicial. Pero ello es un tema ajeno a los recaudos de la medida autosatisfactiva y por lo tanto excede los límites de este trabajo, al estar refiriéndonos al modo de ejecutar cualquier resolución judicial, sea una medida autosatisfactiva, cautelar, o cualquier otro tipo de sentencia dictada en un proceso judicial.

⁴¹ PEYRANO, J.W.; EGUREN, M.C., “La batalla”, cit., p. 6.

4. La correcta utilización del instrumento

Teniendo en cuenta los tres tipos de problemas distintos que constituyen causas próximas de su surgimiento en el firmamento jurídico, cuales son: a) remediar la flaqueza propia de la teoría cautelar clásica conforme la cual sólo puede obtenerse una solución jurisdiccional urgente a través de la promoción de una cautelar que, ineludiblemente, reclama la ulterior o concomitante iniciación de un proceso principal; b) ofrecer adecuada respuesta a los interrogantes que plantean muchas disposiciones legales que, a las claras, establecen soluciones urgentes no cautelares y sin disposición procedimental alguna (v.gr. violación al derecho a la intimidad, art. 1.071 bis del CC., entre muchos otros); y c) ser una inapreciable herramienta para hacer cesar ciertas conductas o vías de hecho – en curso o inminentes – contrarias a Derecho, cabe hacer una reflexión respecto de la procedencia de la autosatisfactiva según el caso.

Creo, reiterando lo dicho en el punto III – 1. D) de la presente, como así su carácter excepcional, que las medidas autosatisfactivas son muy importantes cuando son adecuadamente utilizadas, esto es, cuando se dan los presupuestos para su procedencia.

Caso contrario, especialmente si para dilucidar la cuestión es necesaria la declaración de derechos conexos o afines, o no se trate de una típica vía de hecho, las herramientas más aptas para solucionar los problemas urgentes del peticionante son las medidas cautelares o bien las sentencias anticipatorias parciales. Las primeras por la provisionalidad que revisten y las segundas, básicamente por la necesidad de sustanciación previa de la pretensión, cuestiones ambas que aseguran en cada uno de los casos el derecho de defensa del destinatario.

La mejor forma de defender justamente la vigencia de este invalorable instrumento, es tener en cuenta, que si bien todo lo autosatisfactivo es urgente, no todo lo urgente es autosatisfactivo, como se interpretó a mi juicio equivocadamente algunas veces. Como consecuencia de lo señalado, en supuestos que susciten duda al magistrado, debe proceder al dictado de una medida precautoria o sentencia anticipatoria parcial. Por ejemplo, si un reclamo por el costeo por parte de la obra social de una intervención quirúrgica urgente se limita a ello y nada más, la vía – dándose los demás presupuestos – puede ser la medida autosatisfactiva. Si, por el contrario, el mismo conlleva desde el inicio la solicitud de otras prestaciones posteriores para el paciente y existen elementos que puedan hacer razonablemente discutible el deber del accionado de tal proveimiento, es preferible el dictado de una medida cautelar innovativa o sentencia anticipatoria que disponga aquélla intervención y la tramitación por un proceso principal en donde se debatan en forma adecuada los derechos de las partes.

IV. LAS SENTENCIAS ANTICIPATORIAS

1. Conceptualización

Siguiendo a Mabel de los Santos, podemos definirla⁴² como aquella resolución judicial que, con fundamento esencial en la urgencia inherente a la pretensión postulada, dispone anticipar en todo o en parte, una pretensión que normalmente debiera ser objeto de decisión en la sentencia. Básicamente se distingue de la medida autosatisfactiva en que aquélla es dictada en el marco de un proceso principal y a las resultas de la sentencia de mérito, y de las medidas cautelares, en que su contenido está relacionado con la pretensión principal y requiere otros requisitos para su despacho.

El leading case en nuestro país lo constituyó la sentencia dictada por la Corte Suprema en “Camacho Acosta c/ Grafi Graf SRL”, en donde se anuló un rechazo dispuesto por la Sala J de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de que se impusiera a los demandados el pago de una prótesis en reemplazo de su antebrazo izquierdo que había sido amputado por una máquina de propiedad de aquéllos. La Corte Suprema de Justicia brindó protección urgente al derecho del actor, fundó su decisión en la medida cautelar innovativa, ello a falta de regulación legal específica ya que, de existir ésta, coincido con Arazi, seguramente la cuestión no hubiera llegado a conocimiento del Alto Tribunal porque la solución se habría logrado en las instancias ordinarias⁴³.

156

2. La necesidad de que sean reguladas expresamente

En nuestro país, excepción hecha del art. 231 del Código Procesal de la Pampa que se refiere a la tutela anticipatoria en el capítulo dedicado a las medidas cautelares, no se encuentran sistemáticamente reguladas. Si tenemos supuestos puntuales establecidos tanto en la ley de fondo (el citado art. 375 del Código Civil que consagra los alimentos provisorios), como procesales (los arts. 616, 680 bis y 684 bis del CPCCN, que admiten la restitución inmediata del bien durante el trámite del interdicto de recobrar, el primero, y la desocupación inmediata del inmueble en los procesos de desalojo, estas dos últimas normas mencionadas).

Si existen proyectos legislativos que se refieren a este instrumento, al prever toda clase de tutelas anticipadas, como los de las Provincias de San Juan⁴⁴ y de

⁴² DE LOS SANTOS, M., “La sentencia anticipada”, *Revista de derecho procesal – II, Sentencia*, ARAZI, R., (dir.), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 104.

⁴³ ARAZI, ROLAND, “Tutela Anticipada”, *Revista de derecho procesal – I, Medidas Cautelares*, ARAZI, R., (dir.), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 388.

⁴⁴ El art. 693 del Proyecto de C.P.C.C. de San Juan dice: “Procesos Urgentes. En casos de extrema urgencia, si fuese necesario para salvaguardar derechos fundamentales de las personas, el juez podrá resolver la pretensión del peticionario acortando los plazos previstos para el proceso

Los procesos urgentes y el derecho de defensa en juicio

Neuquén⁴⁵, sería importante la regulación legal en todos los ordenamientos procesales. Nos convence de ello que si bien en el citado “Camacho Acosta” el Tribunal Cimero las receptó con fundamento en la medida cautelar innovativa, más recientemente desestimó medidas de recomposición del ambiente dañado y subsidiarias de contratación de un seguro de cobertura por actividades riesgosas para el medio ambiente que prescribe el artículo 22 de tal norma, basada en que “existía una clara identificación entre el objeto de la demanda y dicha pretensión”⁴⁶.

Ello no solamente significa un claro retroceso en cuanto a los presupuestos de las medidas cautelares, en donde se había abandonado la absurda exigencia de que lo peticionado no coincida con el objeto de la pretensión principal, sino que, en lo que aquí interesa, demuestra que la Corte Suprema con este criterio no va a poder utilizar la normativa de las mismas para el dictado de una sentencia anticipada, como lo había hecho en “Camacho Acosta”.

Por lo señalado coincido con la doctora DE LOS SANTOS en que es imprescindible el dictado de normas procesales que, con carácter general, prevean la posibilidad de obtención de tutelas anticipadas, sus recaudos de procedencia, los efectos de su dictado y el régimen recursivo, lo que sin duda contribuirá a dar certeza y evitará constituir causa de inseguridad jurídica⁴⁷. Al respecto apunta el profesor BERIZONCE que “No cabe poner en cuestión la conveniencia de estatuir nuevas tutelas sumarias, a condición de establecer de modo concreto los requisitos a los que están subordinadas. Así encauzadas, lejos de significar una criticable deflación del sistema de enjuiciamiento ordinario por la multiplicación

157

abreviado y tomando las medidas que juzgue necesarias para una tutela real y efectiva. Excepcionalmente podrá decidir sin sustanciación. Las normas que regulan las medidas cautelares serán de aplicación supletoria, en lo que fuese pertinente y compatible con la petición.”

⁴⁵ El Anteproyecto de C.P.C.C. de la Provincia de Neuquén prevé dos alternativas para la reforma del art. 230, para lo que denomina “situaciones excepcionales”. La primera prescribe: “En situaciones excepcionales y cuando se acreditara fehacientemente la existencia de grave riesgo para derechos constitucionales, el juez podrá decretar las medidas que entienda útiles para su protección, pudiendo a su arbitrio, reducir los plazos, limitar provisoriamente o diferir el contradictorio, requiriendo, si así lo estimare conveniente las contracautelas del caso”.

La segunda alternativa reza: “Tutela Anticipada. Luego de trabada la litis, a requerimiento de parte, el juez podrá anticipar, total o parcialmente los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvenición, siempre que: el derecho invocado resulta verosímil conforme los elementos de juicio obrantes en la causa. Exista peligro de daño irreparable y grave al derecho del peticionante si la medida no se adoptase con urgencia impostergable. Se efectivice caución suficiente, salvo que el peticionario se encontrare exento de darla de conformidad con lo dispuesto en el art. 200.”

⁴⁶ DE LOS SANTOS, M., “Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos”, *J.A. Jurisprudencia Argentina*, 2005-IV-1269, comentando el fallo dictado por la C.S.J.N. in re “Asociación Superficiales de la Patagonia c/ YPF SA y otros, dictado el 13-07-04.

⁴⁷ DE LOS SANTOS, M., “Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia”, *J.A. Jurisprudencia Argentina*, 1999-IV-1003.

inadecuada de las soluciones sólo provisionales, suponen por el contrario la utilización de la técnica rendidora del conocimiento sumario para brindar respuestas adecuadas y puntuales, toda vez que la prolongación del estado de insatisfacción de un derecho preferenciado viniere a causar un daño irreparable⁴⁸.

3. Su importancia en los procesos de familia

En la ciudad de Resistencia, capital de nuestra Provincia, actualmente funcionan dos juzgados del menor de edad y la familia – con competencia no penal –⁴⁹, los que, pese a haberse creado hace solamente una década, están colapsados, siendo su primer consecuencia el atraso tanto en las providencias simples como en la fijación de las audiencias de vista de causa. Para paliar estos problemas los justiciables recurren cada día más a la promoción de diversas peticiones anticipatorias (alimentos, régimen de visitas, tenencia), en procura de tener respuestas – al menos provisionales – más rápidas que las que serán otorgadas en la sentencia de mérito.

De dicho estado de situación creo oportuno destacar al menos dos puntos: el primero, que de ese modo se recarga aún más al Tribunal; ello aunado a que aquí es donde se ve más acentuadamente la interrelación que existe entre la mora en el proceso y las tutelas urgentes.

158

Es decir que si el Tribunal funciona con mayor agilidad, debiera existir menor cantidad de solicitudes anticipatorias. Actualmente, al igual que sucede con las medidas cautelares, vienen a solucionar, al menos en forma provisional, el problema de la mora judicial, al otorgar respuestas al actor mientras dura el proceso principal, transfiriendo el onus del tiempo al demandado.

4. La regulación legal de las sentencias anticipatorias

A) *Presupuestos*

Bien apunta VARGAS que “Como dato curioso, debe hacerse notar que los autores que se han ocupado de esta figura, exigen para su procedencia más o menos requisitos según sea el marco normativo en el que abrevan⁵⁰, describiendo exhaustivamente a continuación la opinión de diferentes autores.

⁴⁸ BERIZONCE, R., “La tutela anticipada en el derecho argentino”, ponencia presentada en el Congreso Mundial de Derecho Procesal, cit. en PEYRANO, J.W. – EGUREN, M.C. “La batalla”, cit., p. 6.

⁴⁹ A ellos se les suman otros 2 con competencia penal y tutelar. Están creados por Ley y en proceso de selección de magistrados y funcionarios otros 2 Juzgados con competencia no penal, que seguramente van a ayudar a descongestionar la labor de aquéllos.

⁵⁰ VARGAS, A., “Tutela anticipada – Perfiles Actuales”, *Cuestiones procesales modernas*, Suplemento Especial La Ley, dir. PEYRANO, JORGE W., 2005, p. 184.

Los procesos urgentes y el derecho de defensa en juicio

En su opinión personal, este calificado procesalista considera que los presupuestos para que proceda una tutela anticipatoria son los siguientes: a) Urgencia; b) Fuerte Probabilidad; c) Periculum in damni; d) Traba de la litis; e) Requerimiento de parte; f) Contracautela; g) Reversibilidad; h) Posibilidad de otorgamiento total o parcial⁵¹.

B) *Un Anteproyecto muy importante*

Considero que, salvo el recaudo de reversibilidad, todos los demás presupuestos están previstos en el Anteproyecto de CPCC de la Provincia de Neuquén, en la alternativa dos. El mismo prescribe para la reforma del art. 230, en lo que denomina “situaciones excepcionales”, lo siguiente: “Tutela Anticipada. Luego de trabada la litis, a requerimiento de parte, el juez podrá anticipar, total o parcialmente los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvencción, siempre que: el derecho invocado resulta verosímil conforme los elementos de juicio obrantes en la causa. Exista peligro de daño irreparable y grave al derecho del peticionante si la medida no se adoptase con urgencia impostergable. Se efectivice caución suficiente, salvo que el peticionario se encontrare exento de darla de conformidad con lo dispuesto en el art. 200”, legislando seguidamente el procedimiento y las ulterioridades posteriores⁵².

Y sobre el recaudo faltante, esto es la reversibilidad, creo que se debe ponderar la finalidad de la tutela anticipatoria pretendida en relación a la mayor o menor posibilidad de volver las cosas al estado anterior.

Tal vez sería más conveniente modificar del proyecto de ley la verosimilitud en el derecho pretendida por un estado psicológico del magistrado más contundente, como lo es el estado de “convicción suficiente” o de “fuerte probabilidad” de que lo solicitado resulte atendible, ya que considero que la verosimilitud puede llevar a confundir a los operadores jurídicos, en la convencimiento de que se hallan ante el mismo presupuesto que las medidas cautelares.

Con esa salvedad, creo que el texto Neuquino cumple con las exigencias doctrinarias para que se lo tome como modelo de regulación procesal genérica de las sentencias anticipatorias.

⁵¹ VARGAS, A., “Tutela anticipada”, cit., p. 185/193.

⁵² Prescribe seguidamente el citado art. 230 alternativa dos del Anteproyecto de CPCC de Neuquén: “Procedimiento. Ulterioridades. Solicitada la tutela, el juez citará a las partes a audiencia urgente, donde las oír y recibirá en sumaria información las pruebas pertinentes; concluida la misma y sin otra sustanciación, resolverá. La decisión no configurará prejuzgamiento y el proceso donde se anticipó la tutela continuará hasta su finalización. Si cambiasen las condiciones que la determinaron, la tutela podrá ser dejada sin efecto durante la secuela del juicio o dictarse sentencia definitiva. El régimen de las eventuales modificaciones de sustancia y caución será el establecido para las medidas cautelares”.

C) *Un recaudo que se puede agregar: la conducta del demandado*

En la legislación comparada vemos que en Brasil la conducta procesal indebida de la parte demandada configura uno de las posibilidades para el otorgamiento de una tutela anticipatoria – total o parcial –⁵³. O sea que cuando el derecho del actor es evidente y la defensa del demandado carece de seriedad, entra en juego la tutela anticipatoria basada en el abuso del derecho de defensa, al decir de MARINONI⁵⁴, quien agrega que la disputa por el bien de vida perseguido por el demandante, justamente porque demanda tiempo, solamente puede perjudicar al actor (que tiene razón) y beneficiar al demandado (que no la tiene)⁵⁵, por lo que siendo el proceso un instrumento ético que no puede importar un daño a la parte que tiene razón⁵⁶ y en virtud de que el Estado, cuando prohibió la justicia por mano propia, asumió el compromiso de tratar a los litigantes en forma isonómica y de tutelar en forma oportuna y efectiva los derechos, el citado es un instrumento para que el tiempo sea isonómicamente distribuido entre las partes litigantes, a los fines de que impere la igualdad en el proceso y de acuerdo al índice de probabilidad de que el actor tenga derecho al bien disputado⁵⁷.

160

De este modo se amplía el abanico de casos en los cuales se puede otorgar una sentencia anticipatoria a quien no posea – o no pudiera acreditar debidamente – alguno de los presupuestos que actualmente exige tanto la legislación como la doctrina y jurisprudencia, razón por la cual sería deseable su pronta incorporación a la legislación adjetiva local⁵⁸.

Es que, si el comportamiento incorrecto de la parte puede servir para fundar una sentencia definitiva donde puede existir gran cantidad de prueba producida durante el largo debate, con mayor razón aún debería ser utilizada en una decisión anticipada, en la que generalmente muchas probanzas no han sido agregadas al expediente, existiendo, como contrapartida, la necesidad imperiosa del dictado de tal tutela por la irreparabilidad del daño y la urgencia. En tal sentido hace varios años nos habíamos pronunciado por su procedencia en decisiones

⁵³ Dice el art. 273, II del CPC brasileño: “O juiz poderá, a requerimento de parte, antecipar total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida, no pedido inicial, desde que existindo prova inequívoca, se convença da verissimilhança da alegação e: [– fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”.

⁵⁴ MARINONI, L., “La necesidad de distribuir la carga del tiempo en el proceso”, *Revista de derecho procesal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, n. 2, p. 575.

⁵⁵ MARINONI, L., “La necesidad”, cit., p. 567, citando a ANDOLINA, I., *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 15.

⁵⁶ MARINONI, L., “La necesidad”, cit., p. 571.

⁵⁷ MARINONI, L., “La necesidad” cit., p. 575, citando a ANDOLINA, I., en ob. cit., pp. 36/37.

⁵⁸ HEÑIN, F.A., “El mal denominado valor probatorio de la conducta procesal de las partes: un instituto que debe ser correctamente aprovechado”, J.S., *Jurisprudencia Santafesina*, dir. PEYRANO, J.W., Ed. Panamericana, Santa Fe, 2003, n. 51, p. 71.

Los procesos urgentes y el derecho de defensa en juicio

incidentales⁵⁹. A los fundamentos de la aplicación a una resolución de este último tipo – desarrollados en el punto anterior –, cabe agregar a) el presupuesto de la verosimilitud en el derecho de las medidas cautelares y b) el propósito de *afianzar la justicia* establecido en el Preámbulo de nuestra Carta Magna.

En tales supuestos se flexibilizaría el recaudo de la fuerte probabilidad en el derecho, surgido de las demás constancias aportadas, o bien, el mismo estaría corroborado con ese proceder del demandado. Por ello considero que se debería contemplar no como un requisito sine qua non, sino como una posibilidad más de otorgamiento de la tutela anticipada, en los casos que surja el abuso del derecho de defensa o un manifiesto propósito dilatorio del demandado.

V. ALGUNAS SOLUCIONES PARA QUE SE RESPETE EL DEBIDO PROCESO EN LAS TUTELAS URGENTES

1. En primer lugar se nos ocurre que el magistrado debe utilizar adecuadamente las contracautelas cuando decreta medidas de este tipo, esto es que, no siendo un obstáculo para la prestación por parte del solicitante, garanticen satisfactoriamente la efectivización de los daños y perjuicios al destinatario en los casos en que hubiesen sido peticionadas mediante abuso del derecho.

Cabe considerar que las aventuras judiciales en esta materia muchas veces son advertidas cuando se decretan tales medidas previa prestación de una caución seria, y no la mera juratoria, que debería ser desterrada salvo casos excepcionales, como por ejemplo cuando se está ante la posibilidad de frustración de un derecho humano esencial, como la salud o la vida y su imperiosa necesidad de satisfacerlo sin que la contracautela sea un impedimento fáctico o temporal para ejecutarla.

En definitiva, considero que la fijación de una contracautela apropiada es uno de los puntos intermedios que se puede lograr entre la denegatoria de una tutela urgente y su admisión ilimitada.

2. En los casos que la efectivización causare perjuicios irreparables, las posibilidades, también consagradas en los rituales de modificar la medida o los bienes sobre los que recae – cautelares –, e incluso suspender su ejecución – autosatisfactivas⁶⁰, sentencias anticipatorias –, previa contracautela del destinatario.

3. Otra de las opciones es que, en todos los casos en que no existiera peligro de frustración del derecho a asegurar – como en un embargo o secuestro sobre

⁵⁹ HEÑIN, F., Tesina final de la Carrera de Especialización en Derecho Procesal Civil de la U.N.L. sobre El valor probatorio de la conducta en juicio, Santa Fe, 1998, pág. 34, cit. en “Valoración Judicial de la Conducta Procesal”, *Tratado de la Prueba*, MIDON, M.S. (dir.), Librería de la Paz, Resistencia, 2007, p. 281.

⁶⁰ Así lo contemplan el art. 232 bis in fine del C.P.C.C. del Chaco, el art. 788 del C.P.C.C. de Corrientes y el art. 305 del C.P.C.C. de La Pampa.

bienes –, que el juez pueda sustanciar el planteo o bien al menos darle la posibilidad de audiencia a la contraria en un plazo breve, tal lo tiene establecido el art. 232 bis del CPCC del Chaco o el art. 787 del de Corrientes, entre otros. Fuera de aquéllas hipótesis me pregunto ¿no es mejor dictar una resolución de este tipo luego de oír a ambas partes si no existe tal riesgo de frustración del derecho?.

Como consecuencia de ello propongo que como docentes desterremos – o al menos aclaremos – el dogma que algunas veces se sigue repitiendo, referido a que uno de los caracteres de las medidas cautelares es que se decretan – siempre – inaudita parte, especificando que se lo hace así – en todo tipo de proceso urgente – si existe riesgo de frustración de un derecho. De lo contrario, v.gr. en el caso de un empleado cesanteado que solicite precautoriamente su reincorporación laboral, ningún problema existirá para el juez, de considerarlo necesario, convocar a una audiencia y/o requerir documentación o informes que se encuentran en poder de la parte demanda. De hecho, muchas veces esta última opción se utiliza sin que nadie cuestione la supuesta violación del referido carácter “inaudita pars”.

162

Al respecto cabe mencionar que gran parte de la doctrina actualmente concuerda con estas ideas. Arazi y Kamiker estiman que “En cuanto a la bilateralidad, sabemos que, en general, las medidas cautelares se ordenan inaudita pars postergándose el contradictorio para una vez que ellas se hayan cumplido. No obstante, tal postergación no es de la esencia de las cautelares ya que cuando se pueda cumplir cabalmente el principio de contradicción sin que se frustren las mismas, así deberá hacerse, como sucede por ejemplo en algunos supuestos de protección de personas o en el Derecho de Familia. En los casos que son materia de este trabajo, sólo cuando la urgencia fuese tal que no sea posible oír a la parte afectada se prescindirá de la bilateralidad previa, pero ella debe ser excepcional”⁶¹. Peyrano y Eguren también señalan que “Se evidencia una evolución tendiente a asumir como pauta general la previa sustanciación de la medida⁶², citando a continuación como ejemplos lo preceptuado por el Anteproyecto de Reforma a los rituales Santafesino y Sanjuanino. Por mi parte al coincidir con tal postura, estimo conveniente que en ocasión de que se reformasen los CPCC del Chaco y de Corrientes, se elimine el carácter excepcional de la previa sustanciación en las medidas autosatisfactivas.

Como nota de color puede destacarse que, por el contrario, para la prueba anticipada, los rituales prevén el no noticiamiento del destinatario en casos de urgencia, cuando generalmente la participación del defensor de ausentes de ausentes se debe no a la urgencia en sí – sino se podría notificar al destinatario y ante la alegada imposibilidad de concurrir por la inmediatez, recién citar a tal funcionario – sino a la posibilidad de frustración de la prueba, como sucede con

⁶¹ ARAZI, R.; KAMINKER, M., “Algunas reflexiones”, cit., p. 48

⁶² PEYRANO, J.W.; EGUREN, M.C., “La batalla”, cit., p. 15.

Los procesos urgentes y el derecho de defensa en juicio

el secuestro de instrumental en poder de la contraria (historias clínicas). Es otro dogma cuya erradicación legal debe propiciarse.

4. Un régimen recursivo ágil: es una compensación lógica derivada de que en muchos supuestos el destinatario recién tiene posibilidad de alegar y probar en tal instancia. A tales fines estimo conveniente:

A) La incorporación expresa del recurso de reposición contra la medida cautelar decretada en los ordenamientos que todavía no lo tienen (v. gr. el de la Provincia del Chaco);

B) También incorporar ese mismo remedio – el recurso de revocatoria – a las otras tutelas urgentes cuando no ha mediado sustanciación previa. En efecto, creo que favorece la economía procesal, específicamente la celeridad, que el propio magistrado que la dictó tenga la posibilidad de rever su decisión luego de que el destinatario ejerza sus derechos de alegación y prueba. Hace ya varios años Marcos Peyrano sentó su opinión en el sentido de que las medidas autosatisfactivas poseen vías impugnativas incluso más amplias que las previstas para las medidas cautelares, pudiendo el legitimado para contradecirlas, entre otras opciones, interponer el recurso de revocatoria⁶³

Es que si estamos de acuerdo con lo valioso que es la reposición in extremis, me pregunto ¿Qué razones nos impiden que quien deba acatar la medida autosatisfactiva, por ejemplo, tenga la posibilidad de promover este remedio?. Obviamente como una opción más del demandado, a interponerla con la apelación subsidiaria, el que también podrá – como está previsto actualmente – deducir directamente este último medio impugnativo.

C) La abreviación de los términos procesales y de los trámites en la sustanciación del recurso de apelación. La experiencia nos demuestra que muchas veces se puede afectar el debido proceso con el tiempo que en la práctica insume la resolución de la apelación de una medida cautelar. En tales hipótesis no siempre es suficiente con la prioridad que le pueden dar a ese expediente tanto el tribunal a-quo como el ad-quem.

5. También está relacionada con el derecho de defensa del destinatario la limitación temporal de la medida: es otra herramienta que está regulada por la normativa⁶⁴ y que debe ser utilizada con más frecuencia, especialmente en los casos en que el juez tenga mayores dudas sobre la procedencia. Esto es no otorgarla sine die, sino por un plazo prudencial. Ello, junto con la adecuada contracautela, puede colaborar a asegurar el derecho de defensa del destinatario.

⁶³ PEYRANO, M.L., “La medida autosatisfactiva y el derecho de defensa”, en *Medidas Autosatisfactivas*, dir. Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 237.

⁶⁴ Art. 786 inc. c) del C.P.C.C. de Corrientes; art. 232 bis inc. c) del C.P.C.C. del Chaco; art. 305 inc. 2) del C.P.C.C. de La Pampa. Entre los proyectos legislativos encontramos el art. 290 in fine del C.P.C.C. de Santa Fe.

6. En los casos dudosos, el adecuado encuadre de la petición por parte del Tribunal, a través del ejercicio del “iura novit curia” al que hiciéramos mención anteriormente – pto. III. 1. C – y al que me remito en honor a la brevedad, esto es, a través del el despacho de medidas de tipo provisionales y accesorias (cautelares y sentencias anticipatorias parciales).

7. En aquellos supuestos en que el tipo de tutela no esté expresamente regulado, o bien algunos aspectos de la misma lo estén en forma deficiente, la resolución estimatoria debe ser lo mas clara posible en cuanto a sus alcances, régimen impugnatorio, plazos y formas de hacerlo (apelación fundada en el mismo acto de interposición o no), y normas que analógicamente van a aplicarse.

8. Como docentes de derecho procesal nos tenemos que seguir haciéndonos cargo de colaborar en la capacitación de todos los operadores jurídicos, a los fines de que estén en las mejores condiciones de utilizar las tutelas urgentes. Muchas veces los problemas de aplicación devienen de la falta de capacitación y ello redundante, en definitiva, en perjuicio de los justiciables – principales destinatarios del quehacer jurisdiccional y de nuestras enseñanzas – y de la credibilidad en el Servicio de Justicia.

Especialmente al momento de implementarse las reformas en los códigos procesales – y dentro de ellos, en lo que aquí nos ocupa, en las tutelas urgentes –, debe haber un período previo de capacitación a quienes van a utilizar diariamente esa nueva legislación, es decir a los abogados, magistrados, funcionarios y empleados judiciales, con docentes especializados que puedan relatar tanto desde el aspecto teórico como el práctico, como funcionan en otras jurisdicciones y como deben funcionar, es decir los presupuestos, caracteres, finalidades y procedimiento del instrumento que haya sido incorporado.

164

VI. LA CONVENIENCIA O NO DE REGULAR ESPECÍFICAMENTE CADA UNA DE LOS TIPOS DE TUTELA URGENTE

1. Algunas propuestas que la regulan en forma genérica

A) Entre ellas podemos destacar la de los Dres. MORELLO y ARAZI, cuya incorporación propician al CPCCN. Prescribe la misma: “En caso de extrema urgencia, cuando se encuentren en peligro derechos fundamentales de las personas, el juez podrá resolver la pretensión del peticionario acortando los plazos previstos para el proceso sumarísimo y tomando las medidas que juzgue necesarias para una tutela real y efectiva; excepcionalmente podrá decidir sin sustanciación. Las normas que regulan las medidas cautelares serán de aplicación supletoria, en lo que fuese pertinente y compatible con la petición”⁶⁵. Dicho

⁶⁵ MORELLO, A.; ARAZI, R., “Procesos Urgentes”, J.A., *Jurisprudencia Argentina*, 2005- I, fascículo 13, p. 3.

Los procesos urgentes y el derecho de defensa en juicio

articulado es similar al propiciado por el Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de San Juan, que en el artículo siguiente se refiere a la “Satisfacción inmediata de la pretensión”⁶⁶.

B) El Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Neuquén, en la alternativa uno para modificar el art. 230, dice: “En situaciones excepcionales y cuando se acreditara fehacientemente la existencia de grave riesgo para derechos constitucionales, el juez podrá decretar las medidas que entienda útiles para su protección, pudiendo a su arbitrio, reducir los plazos, limitar provisoriamente o diferir el contradictorio, requiriendo, si así lo estimare conveniente las contracautelas del caso”.

C) El Anteproyecto de Código Modelo para Iberoamérica, señala en su art. 280, bajo el título Medidas provisionales y anticipativas, lo siguiente: “Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores podrá el Tribunal adoptar las medidas provisionales y anticipativas que juzgue adecuadas para evitar que se cause a la parte, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo”.

2. Otras que la consagran en forma específica

A) Dentro de estas encontramos a la alternativa dos de modificación del art. 230 del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Neuquén, que propone: “Tutela Anticipada. Luego de trabada la litis, a requerimiento de parte, el juez podrá anticipar, total o parcialmente los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvencción, siempre que: el derecho invocado resulta verosímil conforme los elementos de juicio obrantes en la causa. Exista peligro de daño irreparable y grave al derecho del peticionante si la medida no se adoptase con urgencia impostergradable. Se efectivice caución suficiente, salvo que el peticionario se encontrare exento de darla de conformidad con lo dispuesto en el art. 200.”, señalando en los párrafos subsiguientes el procedimiento y las ulterioridades, antes de regular lo que denomina “Medidas de efectividad inmediata”, que vendrían a ser una especie de medidas autosatisfactivas⁶⁷. Dicho

165

⁶⁶ Dice el Art. 694 del Anteproyecto de CPCC de San Juan: “Satisfacción inmediata de la pretensión. Trámite. Oposición y recursos. Los jueces a pedido fundado de parte, respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de su atendibilidad y que es impostergradable prestarle tutela judicial inmediata, podrá [sic] excepcionalmente otorgarla sin necesidad de un proceso autónomo”, señalando seguidamente los presupuestos para su dictado.

⁶⁷ Prescribe la última parte de la alternativa dos del Anteproyecto de CPCC de Neuquén: “Medidas de efectividad inmediata. En aquellos supuestos excepcionales en que concurran en modo evidente los siguientes requisitos: 1. Se acredite la existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto. 2. Su tutela inmediata sea imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustración. 3. No fuere necesaria la tramitación de un proceso de conocimiento autónomo. Se podrán disponer las medidas que la índole de la protección adecuada indique, bajo la responsabilidad del peticionario. Si el juez lo entendiere necesario requerirá contracautela”.

texto es parecido al art. 231 del CPCC de La Pampa⁶⁸, salvo que esta última exige una verosimilitud del derecho en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias, prescripción con la que estoy más de acuerdo.

3. Nuestra opinión

En tren de optar por uno de los dos métodos legislativos y conforme venimos marcando las diferencias entre las tutelas urgentes motivo de esta colaboración, como también los problemas de interpretación que surgen – al menos en el Chaco – incluso con otros tipos de procesos urgentes como el amparo, creemos conveniente que se aborden en artículos diferentes las medidas autosatisfactivas, las sentencias anticipadas y las medidas cautelares – en sus opciones genéricas, específicas y cautelar innovativa.

Es que si bien existen muchos puntos de contacto entre todas las tutelas urgentes, llegando en algunos casos a tener que determinarse si lo pretendido es una sentencia anticipatoria parcial o una medida autosatisfactiva, según si se pretendieran o no otros conceptos, como lo señaláramos al abordar la problemática de los gastos de internación y sepelio derivados de un accidente de tránsito – tal lo expresado en el punto III. 1. G) de la presente, al que me remito en honor a la brevedad –, en la mayoría de los casos se puede determinar con precisión cual de las tutelas es la que corresponde, para examinar si están cumplimentados los presupuestos para su dictado como así el trámite que les corresponde.

Me parece que una regulación genérica puede tener el riesgo no solamente del erróneo encuadre, sino de excesos derivados de mezclar – tanto para admitir como para denegar – tutelas de este tipo, no obstante corresponder lo contrario.

Sí estoy de acuerdo con que, siendo reguladas por separado las medidas autosatisfactivas y las sentencias anticipadas, cada una de ellas sí tenga una regulación genérica de los presupuestos y trámite – y no especificar según cada supuesto, como acontece con las diferentes cautelares –, porque las peticiones que se van a canalizar a través de cada una de ellas dependerán del derecho sustancial al que el proceso es instrumental, y por lo tanto las opciones pueden ser incontables.

⁶⁸ Prescribe la norma pampeana: “Tutela Anticipatoria. Procedimiento. El juez podrá anticipar, luego de trabada la litis, a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvencción si: 1) existe verosimilitud del derecho en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias. 2) se advierta en el caso una urgencia impostergable tal que si la medida anticipatoria no se adoptare en ese momento, la suerte de los derechos se frustraría. 3) se efectivice contracautela suficiente. 4) la anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva. La decisión no configurará prejuzgamiento. Solicitada la tutela el juez designará audiencia con carácter urgente, a la que serán citadas las partes interesadas. Concluida la misma y sin otra sustanciación, resolverá. El juicio seguirá hasta su finalización. Al tiempo de la sentencia o dentro de la secuela del proceso, si cambiaren las condiciones, la tutela anticipatoria podrá modificarse o quedar sin efecto”.

VII. COLOFON

De lo abordado en este trabajo surgen varias cuestiones a modo de conclusión:

1. En algunos casos el problema de la morosidad judicial determina el aumento de ciertas clases de tutelas urgentes, como ocurre con las medidas cautelares y en algunos casos con las sentencias anticipatorias, es decir que vienen a paliar las urgencias coyunturales. Consecuentemente la erradicación de la mora judicial – o una disminución considerable – hará probablemente que exista menor cantidad de reclamos de este tipo. En todo caso, es importantísima su existencia, al asegurar los efectos de las sentencias definitivas en algunos casos (cautelares) como así dar respuestas – al menos provisionales – a quien debe esperar años para obtener justicia definitiva, evitando la irreparabilidad de los perjuicios que se ocasionarían de esperar hasta el dictado de tal decisión de mérito. En otros, como en las autosatisfactivas, no deberían estar relacionadas con la mora procesal, sino aplicadas en los casos de urgencias puras, en donde es innecesario tener que inventar un proceso de conocimiento amplio para lograr *inter tantum* una tutela cautelar, por darse los presupuestos para el dictado de una decisión definitiva.

2. En los casos en que están legisladas las medidas autosatisfactivas, en general han sido correctamente aplicadas, viniendo a remediar la flaqueza propia de la teoría cautelar clásica. Los excesos ocurridos, como se vio, fueron debido a su incorrecta aplicación por los operadores jurídicos y no a la legislación que las contempla.

3. La expresa regulación legal de los tipos de tutelas urgentes es imprescindible para garantizar el derecho de defensa tanto del destinatario, como del solicitante de las mismas, ya que otorgará mayor seguridad jurídica que la aplicación analógica de otras herramientas creadas para diferentes finalidades.

4. Tanto en la legislación que las recepta como en los proyectos legislativos y opiniones doctrinarias, están contempladas las pautas tendientes a asegurar el derecho de defensa del destinatario de una tutela urgente. Así vemos: el grado de convencimiento del juez (verosimilitud en el derecho, fuerte probabilidad), la contracautela, la posibilidad de sustanciarlas o de oír previamente al destinatario, la de modificarlas e incluso suspender provisoriamente su ejecución, de fijar límites temporales y las formas de impugnar el decisorio.

Otras surgen implícitamente como deberes del órgano jurisdiccional, como sucede con la aplicación por parte del tribunal del *iura novit curia* al momento de ordenar una tutela urgente y el de delimitar en forma clara y precisa que es lo dispuesto y el procedimiento a seguirse cuando el instituto no está específicamente regulado.

5. Debería incorporarse expresamente el recurso de revocatoria contra cualquier tutela urgente dictada *inaudita pars* – en los casos en que no está

Fernando Adrián Heñin

regulado. También regularse expresamente la abreviación de los trámites del recurso de apelación contra la admisión o el rechazo de las diferentes tutelas urgentes.

6. Creo necesario agregar a la regulación de la sentencia anticipatoria – como una opción más para su otorgamiento –, el abuso en el derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado, como lo establece el ritual brasileiro.

7. Considero que sí puede llegar a violar el derecho de defensa del destinatario, la interpretación de que en las medidas autosatisfactivas puede existir prórroga tácita de la competencia territorial, antes de vencido el plazo para que el afectado impugne la misma. Por ello propicio que al regularse las mismas se agregue un párrafo expreso denegando tal posibilidad.

8. Con una adecuada aplicación de las modalidades de los diferentes tipos de tutelas urgentes, se encuentra garantizado el derecho de defensa de los destinatarios, ya que los errores advertidos son en su utilización práctica y no en su regulación legal o propuestas doctrinarias. Además se prestigian estas valiosísimas herramientas, cuyas bondades hemos estado desarrollando.

BIBLIOGRAFÍA

168

ARAZI, Roland, *Revista de Derecho Procesal, Sentencia*, II, 2.008 – 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

ARAZI, Roland, “Tutela Anticipada”, *Revista de derecho procesal – I, Medidas Cautelares*, ARAZI, R., (dir.), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.

ARAZI, Roland; KAMINKER, Mario E., “Algunas reflexiones sobre la anticipación de la tutela y las medidas de satisfacción inmediata”, en *Medidas Autosatisfactivas*, dir. Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.

BERIZONCE, Roberto O. *Derecho Procesal Civil Actual*, Editora Platense, La Plata, 1999.

CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. Sentís Melendo, Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1945.

DE LOS SANTOS, Mabel A., “Medida Autosatisfactiva y medida cautelar”, *Revista de derecho procesal – I, Medidas cautelares*, ARAZI, ROLAND, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.

DE LOS SANTOS, Mabel A., “La sentencia anticipada”, *Revista de derecho procesal – II, Sentencia*, ARAZI, R., (dir.), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.

DE LOS SANTOS, Mabel A., “Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos”, *J.A. Jurisprudencia Argentina*, 2005-IV-1269.

DE LOS SANTOS, Mabel A., “Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia”, *J.A. Jurisprudencia Argentina*, 1999-IV-1003.

HEÑIN, Fernando Adrián, “Las medidas autosatisfactivas: algunas cuestiones que suscita su aplicación”, *Revista de Derecho Procesal, Zeus*, Rosario, n. 1, 2005.

Los procesos urgentes y el derecho de defensa en juicio

HEÑIN, Fernando Adrián, “El mal denominado valor probatorio de la conducta procesal de las partes: un instituto que debe ser correctamente aprovechado”, J.S., *Jurisprudencia Santafesina*, dir. PEYRANO, Jorge W., Ed. Panamericana, Santa Fe, 2003, n. 51.

HEÑIN, Fernando Adrián, “Modernos Institutos Procesales”, Ed. ConTexto, Resistencia, Chaco, 2009.

HEÑIN, Fernando Adrián, *Tratado de la Prueba*, MIDON, M.S. (dir.), Librería de la Paz, Resistencia, 2007.

MARINONI, Luiz G., “La necesidad de distribuir la carga del tiempo en el proceso”, *Revista de derecho procesal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001.

MIDON, Marcelo S.; E. de MIDÓN, Gladis, *Manual de derecho procesal civil*, La Ley, Bs. As., 2.008.

MORELLO, Augusto Mario; SOSA, Gualberto Lucas; BERIZONCE, Roberto O., *Códigos Procesales*, T – II-A, 403, Ed. Platense, La Plata, 1996.

MORELLO, Augusto M.; ARAZI, Roland, “Procesos Urgentes”, J.A., *Jurisprudencia Argentina*, 2005 – I, fascículo 13.

PEYRANO, Jorge W.; EGUREN, María C. “La batalla por la entronización legal de la medida autosatisfactiva”, J.A. *Jurisprudencia Argentina*, Doctrina, Bs. As., Suplemento del 31/10/07.

PEYRANO, Jorge W., “Iura Novit Curia Procesal: la Reconducción de Postulaciones”, E.D., *El Derecho*, diario del 28/03/01.

PEYRANO, Marcos Lisandro, “La medida autosatisfactiva y el derecho de defensa”, en *Medidas Autosatisfactivas*, dir. Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.

VARGAS, Abraham., “Tutela anticipada – Perfiles Actuales”, *Cuestiones procesales modernas*, Suplemento Especial La Ley, dir. PEYRANO, JORGE W., 2005.

Data de recebimento: 17/04/2011

Data de aprovação: 31/05/2011

**CONFLITOS DE JUSTIFICATIVAS DA CONCESSÃO
DA EXTRADIÇÃO:
UMA APROXIMAÇÃO DE CASOS PARADIGMÁTICOS SOB A
PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA**

**CONFLICTS OF JUSTIFICATION IN THE GRANTING
OF EXTRADITION:
AN APPROXIMATION OF PARADIGMATIC CASES THROUGH
THE LENSES OF PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS**

*Edson Vieira da Silva Filho**

RESUMO

O instituto da extradição não se resume a uma simples avaliação do caso em questão, abandonando a perspectiva de tempo, espaço e cultura. A avaliação de cada caso pede uma interpretação complexa de todas as perspectivas do evento em questão, já que transcende uma simples análise de tipo penal e de perspectiva temporal e cultural, tocando em grande parte das vezes aspectos políticos de alto grau de subjetividade. Assim, propomos uma análise do instituto através da hermenêutica filosófica, buscando demonstrar nossa proposta através da análise de dois casos paradigmáticos (Mário Eduardo Firmenich e Assaad Ahmad Barakat) e de um grau de complexidade gerada por uma dimensão interpretativa multicultural, que só pode ser alcançada através da construção e interpretação de horizontes em uma perspectiva fenomenológica.

Palavras-chave: Extradicação; Interpretação de horizontes; Hermenêutica filosófica; Multiculturalismo.

ABSTRACT

The institute of extradition is not a simple evaluation of a each case, thus abandoning the perspectives of time, space and culture. The evaluation of each case demands a complex interpretation of all the perspectives of

* Doutor em Direito pela UNESA. Professor FDSM. Correspondência para/Correspondence to: Rua, n., Pouso Alegre-MG, Brasil, 37550-000. E-mail: evsilva@tcnet.com.br.

the event under analysis, as it transcends a simple analysis of the type of criminal offense and of the cultural and temporal perspective, dealing, most of the times, with political aspects with a high degree of subjectivity. In light of this, this paper proposes an analysis of the institute through the lenses of philosophical hermeneutics, aiming to demonstrate our proposal through the analysis of two paradigmatic cases (Mário Eduardo Firmenich e Assaad Ahmad Barakat) and the high degree of complexity brought by a multicultural interpretation dimension, that can only be reached by means of the construction and interpretation of horizons in a phenomenological perspective.

Keywords: Extradition; Interpretation of horizons; Philosophical hermeneutics; Multiculturalism.

INTRODUÇÃO

Este estudo busca, através da análise de dois casos paradigmáticos, analisar a complexidade do instituto da extradição, enquanto opção política pendente de uma fundamentação responsável, sob pena da violação de direitos fundamentais ao ratificar excessos do poder judiciário do país que pretende a extradição, maquiados por decisões políticas encobertas (ou veladas, como diria Heidegger)¹ por um positivismo ortodoxo justificando razões de política interna reprováveis. A escolha dos julgados analisados, de Mário Eduardo Firmenich e de Assaad Ahmad Barakat, deu-se em razão da forte pressão política resultante de rótulos apostos nos grupos a que ambos possuem vínculos.

Desde os setecentos, no nascedouro do iluminismo cientificista, após brigarmos com Deus, chamamos, com frequência, as várias manifestações de Hermes para que nos digam o que devemos entender como o desígnio das ciências exatas passaram a traçar o destino e a razão do homem moderno livre da poeira do mundo concreto. E Hermes nos atende, mas travestido das mais diversas formas, direcionando o sentido das coisas mais ou menos de acordo com os ventos do momento, e, diga-se de passagem, como os ventos têm mudado².

Perdemos o contato com o barro do chão, com o tempo do homem e com o espaço a ele destinado em cada momento da existência. De racionalidade em racionalidade, a interpretação dos fenômenos (jurídicos em especial) tem assumido a cada dia que passa um caráter mais e mais arbitrário, fundado em subjetividades (discricionariedades) próprias do positivismo jurídico, afastando-nos mais e mais de um método científico³.

¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Rio de Janeiro: Vozes, 1993. p. 75.

² Ver nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, passim.

³ Ibid.

Conflitos de justificativas da concessão da extradição

O presente trabalho não busca de um “método dos métodos”, mas de uma das (muitas) propostas (viáveis) para que se dê a interpretação dos fenômenos jurídicos.

Que a busca das respostas deva ser fruto de um contato histórico entre o homem e seu tempo no mundo, proposta que buscamos demonstrar ser pertinente na perspectiva de horizontes que retiramos de Gadamer⁴; assim, o espaço que o trabalho busca para aninhar-se encontra-se na premissa de que se construiu, em 1988, através de uma proposta (levada a cabo) de um Estado (Social) Democrático de Direito no Brasil, e, mesmo que recorrendo à metáfora de uma vontade geral válida, lançamos a proposta de que a Constituição Federal de 1988 é horizonte legítimo que serve de base de interpretação adequada dos fenômenos jurídicos.

A partir da ruptura do paradigma liberal individual (normativista) burguês e com a instalação de um novo modelo, o social, plural e democrático, torna-se necessário que toquemos novamente o chão do mundo concreto. Nessa perspectiva, nosso trabalho alinha-se perfeitamente à pesquisa que trata de direitos sociais e democracia, buscando, através do instituto da extradição, demonstrar a necessidade de uma busca de horizontes autênticos, tirados de um mundo que não existe somente nas ideias e nos ideais, mas fruto de um processo social através do qual os valores de cada sociedade se firmam e validam no seu tempo e espaço.

Para isso, buscamos a análise de dois casos de extradição, instituto que busca proteger um direito legítimo, afastado de ingerências políticas. Como, em um instituto que envolve tanto o chão histórico dos Estados podemos efetivar uma interpretação legítima? Buscamos a resposta na hermenêutica filosófica de Heidegger, recorrendo à tentativa de (re)construção de horizontes⁵ autênticos de cada povo envolvido no caso concreto, ou seja, uma adequada interpretação de horizontes.

Para ressaltar as diferenças histórico culturais próprias de cada caso escolhemos dois, paradigmáticos por razões diferentes, sendo um deles marcado por um período negro ditatorial fundado em política e outro marcado também por um governo autoritário, mas tendo boa parte de sua sustentação em um modelo religioso marcado pelo radicalismo⁶. Assim, os casos de Mário Eduardo Firmenich

⁴ Gadamer propõe a construção de um horizonte autêntico, do qual se extrai um modo de ser de um povo, valendo-se da metáfora do horizonte, em sua pluridimensionalidade. Afasta-se a partir daí a perspectiva linear do conhecimento histórico, fundindo passado, presente e futuro com o modo de ser no mundo concreto, de onde se extrai o sentido das coisas. Cf. HANS-GEORG, Gadamer. *Verdade e método*. Tradução de Flavio Paulo Meurer. Revisão de Enio Paulo Giachini. 9. ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008.

⁵ HEIDEGGER, 1993, p. 451-452.

⁶ CERQUEIRA, Marcelo. *Cartas constitucionais: império, república e autoritarismo*, ensaio, crítica e documentação. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, passim.

e de Assaad Ahmad Barakat são usados para deixar clara a importância da construção de um horizonte autêntico que permita ou não a extradição, sem que o direito sirva de instrumento opressor político.

O presente estudo consiste em uma análise do julgado abaixo transcrito, sob a luz da doutrina e jurisprudência, trazendo as mais diversas perspectivas sobre o instituto da extradição, em especial a partir da impossibilidade de sua concessão em crimes de natureza política, impeditivos de sua concessão, e de difícil percepção sem uma aproximação adequada do caso concreto⁷.

Partimos então do processo de extradição, da república do Paraguai que pede a extradição de Assaad Ahmad Barakat ou Assad Ahmad Barakat, envolvido em atos terroristas. Segundo o governo Paraguai, na decisão é usada a argumentação de caso assemelhado (Mário Eduardo Firmenich)⁸, que usamos de contraponto, para deixar clara a distância entre horizontes concretos, a serem depurados no processo interpretativo⁹.

Nele, considerando devidamente descritos os fatos imputados ao extraditando, bem como caracterizada a dupla tipicidade dos delitos de “associação criminosa”, correspondente ao crime de quadrilha, e de “evasão de impostos”, correspondente ao crime previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/90, o STF, por maioria, deferiu, em parte, o pedido de extradição de libanês naturalizado paraguai, requerido pela República do Paraguai, denegando o pedido quanto ao delito de “apologia do crime”.

174

O tipo penal em questão possui correspondente na legislação brasileira (CPB, art. 287) e tem pena máxima inferior a um ano, o que impede a concessão de extradição (Lei n. 6.815/80, art. 77, IV). Tratava-se, na espécie, de pedido de extradição em face da apreensão, em escritório da loja do extraditando, de *videotapes* relativos ao Hezbollah, vídeos jogos presumivelmente falsos, CD fazendo propaganda a favor de organização terrorista, além de documentos agradecendo contribuição dada aos filhos de mártires. Vencido o Min. Sepúlveda Pertence por entender ser necessário que haja na própria imputação, e não na prova, a descrição dos fatos imputados ao extraditando, e que, aplicando o entendimento do Caso de Mário Eduardo Firmenich (Ext. 417, RTJ 111/16), entendia que a associação a organizações do fundamentalismo islâmico consubstanciaria crime político, à exceção da participação direta em atos de homicídio ou de sequestro. Vencidos, também, o Min. Marco Aurélio, que indeferia o pedido por entender tratar-se de

⁷ DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *A extradição no alvorecer do século XXI*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 127 e ss.

⁸ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1458001>>. Acesso em: 13 dez. 2009.

⁹ Id., acesso em: 2 dez. 2009.

Conflitos de justificativas da concessão da extradição

crime político, e o Min. Ilmar Galvão, que deferia o pedido apenas quanto ao crime de sonegação fiscal. Ext. 853-Paraguai, Rel. Min. Maurício Corrêa, 19.12.2002 (Ext. 853).

A extradição é instituto de direito processual criminal internacional envolvendo países soberanos, para que a título de cooperação a impunidade na esfera criminal seja combatida¹⁰.

É tida como um dos meios de cooperação internacional mais antigo e tem como fontes nos dias de hoje os tratados, declarações formais de reciprocidade¹¹, leis próprias, jurisprudências e usos e costumes internacionais¹². Vale ainda ressaltar a importância dada aos costumes e aos princípios gerais do direito na perspectiva de Jubilut e Monaco, reconhecendo sua amplitude, que vai de uma abrangência regional a universal, dependendo do caso concreto¹³.

A difusão de fontes é importante para um mecanismo que pode tanto servir ao interesse da justiça como aos interesses revolucionários e contrarrevolucionários, no caso da extradição por crime político.

Apesar das diversas fontes mencionadas, é importante deixar bem claro que a constituição tem certa primazia, embora os tratados sejam a fonte mais importante, uma vez que neles encontram-se as diretrizes materiais e formais da dinâmica da extradição, própria para as partes diretamente envolvidas no acordo em questão¹⁴. As diversas facetas do fato concreto, a complexidade das relações internacionais e a peculiaridade da natureza do crime são percebidas pela lei que, segundo Mazzuoli, não criam o direito, mas simplesmente estabelecem condições para sua efetivação¹⁵.

Após uma primeira aproximação do instituto da extradição, examinamos o julgado analisado no presente trabalho. Trata-se de um pedido de extradição passiva executória, requerida¹⁶ pelo governo paraguaio, referente ao estrangeiro, libanês, paraguaio naturalizado, Assaad Ahmad Barakat, que foi condenado por crimes de evasão financeira, associação criminosa e apologia ao crime, ocorridos no Paraguai. Estando foragido no Brasil, o governo paraguaio pediu sua extradição, pois, apesar de nascido no Líbano, Assaad é naturalizado paraguaio e, ainda,

¹⁰ OLIVEIRA, Valério de. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: RT, 2006. p. 417. Ver ainda nesse sentido: AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Introdução ao direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 439 e ss.

¹¹ O Brasil não condiciona a extradição à existência de tratados, sendo possível sua efetivação através de reciprocidade por parte do estado que requer a extradição.

¹² OLIVEIRA, op. cit., p. 416.

¹³ JUBILUT Liliana Lyra; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Direito internacional público*. ROSA, Daniel Polydoro; ANGELO, Luiz Raphael Vieira (Coord.). São Paulo: Lex, 2010. p. 27.

¹⁴ DEL'OLMO, 2007, p. 50.

¹⁵ OLIVEIRA, op. cit., p. 416.

¹⁶ *Ibid.*, p. 417, vale lembrar que o processo de extradição é sempre feito a pedido, até porque, caso contrário, poderia constituir uma expulsão mascarada.

segundo o pedido, estaria envolvido com o grupo Hezbollah, pois tinha guardadas em seu escritório fitas de vídeo ligadas às suas atividades e a seus integrantes.

A análise do pedido demandou a análise do delito por partes, e nenhum problema houve com o delito previsto no art. 287 do CPB, uma vez que a pena, em tese, cominada à conduta é impeditiva da concessão da extradição (Lei n. 6.815/80, art. 77, IV, e art. X, inciso 1, do Decreto n. 16.925, de 27 de maio de 1925). Descartada a primeira imputação, restam a análise das outras duas imputações, a de evasão financeira e a de associação criminosa.

Ambas, a princípio, dariam ensejo à extradição, caso os crimes fossem considerados crimes comuns. A promoção do Hezbollah poderia dar conotação política aos crimes, o que justifica uma análise mais detalhada do caso que, em virtude de suas peculiaridades, tornou-se paradigmático e digno do presente estudo.

No julgamento do STF, os votos dividiram-se e foi mencionado um segundo caso que pelas suas peculiaridades se tornou bastante relevante para o presente estudo, o do argentino Firmenich. Naquele caso, a clara motivação política dos crimes imputados a Mário Eduardo Firmenich acabou por ser fundamental na denegação da extradição pedida pelo governo argentino.

A negativa teve por base a expressa previsão do art. 5º, LII, CF/88, que veda a extradição no caso de crimes políticos, sendo permitida apenas nos casos de crimes comuns. A discussão central do estudo está nas hipóteses em que o pedido de extradição é baseado em um crime complexo ou em crimes conexos, havendo a mesclagem da natureza do crime comum e do crime de natureza política.

Como no crime puramente político a extradição é vedada e como no crime comum é permitida, resta a análise dos crimes em que a conexão ou complexidade faz com que a natureza política sobressaia à natureza comum do delito. É importante frisar que a negativa de extradição (no caso da acolhida do extraditando ser vista como concessão de refúgio) “(...) protege as pessoas da perseguição injustificada, mas não da perseguição penal legítima”¹⁷. O critério usado para a verificação da prevalência da natureza do crime nestes casos é o critério da preponderância, que deve ser usado quando crimes comuns e crimes políticos são entrelaçados de tal forma que a definição de sua natureza seja de difícil percepção e não possa ser auferida de plano.

Não é raro que extradições ligadas a crimes puramente políticos sejam pretendidas, buscando o requerente maquiagem um crime político como se comum fosse. Também há notícias de vários desvios quando o pedido vem maculado pelo interesse ilegítimo do Estado que pretende a extradição. Mazzuoli fala das não pouco usuais “abduções” de estrangeiros, havendo uma intromissão

¹⁷ JUBILUT; MONACO, 2010, p. 99.

Conflitos de justificativas da concessão da extradição

desautorizada por parte do país estrangeiro em território nacional para a captura irregular do indivíduo¹⁸. O fato é que os mecanismos de efetivação de tais extradições variam, sendo vedadas pelos arts. 63 e 75 do Estatuto do Estrangeiro a deportação ou a expulsão, que resultem em extradição (de fato ou dissimulada)¹⁹. Reforçando a ideia, é importante lembrar Arendt:

(...) é só um exemplo entre muitos para demonstrar a inadequação do sistema legal dominante e dos conceitos jurídicos em uso para lidar com os fatos de massacres administrativos organizados pelo aparelho do estado²⁰.

A base legal e a decisão

Inicialmente, pode-se dizer que a existência de tratado internacional de extradição simplifica a análise do caso, e a ausência de conflitos ligados a concursos de pedidos ou conflito entre a lei paraguaia e a brasileira, no caso concreto, reduz os aspectos formais da discussão, o que permite que se retorne ao contexto histórico que abriu o presente estudo para que se desvende caminho que norteou decisão.

A questão principal do problema é definir se os crimes analisados são de natureza política ou comum e, caso haja uma diversidade de natureza (se o crime em questão for complexo ou conexo) definir qual é a preponderante para que se possa invocar a regra do art. 77, § 21, do Estatuto do Estrangeiro, permitindo (ou denegando) a extradição.

O Decreto n. 16.925, de 27 de maio de 1925, ainda no art. X, em seu inciso 5, impede a extradição quando a fundamentação do pedido tiver por base infração de natureza política, porém deixa claro que a simples alegação de fim ou motivo político não impedirá a extradição se o fato constituir crime comum.

Os Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio foram derrotados, opinando ambos pela negativa da concessão da extradição, valendo-se o primeiro de entendimento semelhante ao do caso Firmenich²¹, e o segundo, ao contrário, pela afirmação de que o crime realmente era de natureza política. O resultado é que houve concessão parcial do pedido, baseada no fato de que realmente o crime de sonegação fiscal é crime comum e, assim sendo, passível de extradição.

¹⁸ OLIVEIRA, 2006, p. 418.

¹⁹ Ibid.

²⁰ ARENDT, Hannah. *Eichman em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. 9. reimpr. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 317.

²¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1458001>>. Acesso em: 13 dez. 2009.

Edson Vieira da Silva Filho

Não pode ter sido vislumbrada continência entre os crimes, ou, se houve, a proporção política do delito não teve relevância suficiente para ser determinante de sua natureza, prevalecendo a tese de que se tratava de crime comum.

Quanto à associação criminosa, naturalmente o entendimento foi oposto, sendo o apoio ao grupo Hezbollah relevante para dar à associação criminosa natureza política, o que levou à denegação do pedido, por violar tanto a Constituição Federal brasileira como o Estatuto do Estrangeiro e o tratado de extradição entre Brasil e Paraguai. Finalmente, como mencionado, a natureza comum ou política da prática do delito de apologia é irrelevante ao crime não é passível de extradição por ser considerado crime de menor carga ofensiva e insuscetível de extradição.

UMA APROXIMAÇÃO DE HORIZONTES

Partindo da breve introdução, é necessário que seja feita uma aproximação do mundo dos fatos, sem a qual não se pode perceber toda a extensão dos problemas, para que seja possível fazer uma análise, em uma perspectiva gadameriana, da tradição tratada no julgado ora analisado²². Os horizontes a serem desvelados estão tão distantes do nosso²³ e podem trazer imprecisões conceituais que levariam a opções por caminhos equivocados, em especial quando se fala da questão que envolve tantos e tão diversos segmentos em constante conflito como no Oriente Médio.

178

Com certeza pode-se afirmar que o entendimento do modo de vida do árabe escapa totalmente de nossas perspectivas, moldadas em um projeto social racional, dentro da lógica liberal burguesa ocidental, que vai desde o aspecto religioso ao político, passando pelo modo cotidiano de vida e o permanente estado de beligerância ativa há incontáveis séculos.

O paradigma milenar do “bárbaro aculturado e pagão” assume um lugar no horizonte do senso comum forjando um preconceito negativo que precisa ser revisto para que uma melhor interpretação do caso saia da esfera metafísica do dever ser através da percepção do ser-no-mundo de Heidegger.

Para que a aproximação de tais horizontes ocorra, buscamos a princípio Thomas Friedman, em sua obra *De Beirute a Jerusalém*, onde na introdução faz uma brevíssima sinopse dos conflitos contemporâneos ocorridos no Oriente Médio²⁴.

Enumeram vários deles, assinalando os anos em que fatos relevantes ocorreram de 1882 a 1988. Relata ocupações, acordos, ofensivas, avanços e recuos dos

²² HANS-GEORG, 2008, p. 354 e ss.

²³ Vide observações contidas na nota de número 3.

²⁴ FRIEDMAN, Thomas L. *De Beirute a Jerusalém*. Tradução de Elena Gaidano. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 1988.

Conflitos de justificativas da concessão da extradição

grupos que ocupam a região, mas de forma suficientemente clara para demonstrar que as razões de cada um dos envolvidos nos conflitos se perdem naquele local, no tempo e na história.

O fato é que “Imagens de dor, lições do passado, recentes demais pra esquecer (...) e as marcas de sangue no chão são lembranças difíceis de apagar, será que ainda existe razão pra viver em Teerã?”²⁵.

Os relatos de Friedman, como correspondente jornalístico, registram algo muito próximo do que podemos imaginar nos dias de hoje, vendo naquele(s) 11 de setembro de mil ou dois mil e não sei quanto uma remontagem do breve passado que rompeu com a barreira territorial do mundo moderno, globalizado e fragmentado ao mesmo tempo. Não há mais fronteiras seguras.

A percepção dos múltiplos horizontes e de sua fusão não escapa à observação de Friedman²⁶, quando fala da impossibilidade da compreensão do Oriente Médio sem uma perspectiva histórica (temporal) e a (con) fusão de suas comunidades religiosas e alterações de domínios entre elas, vinculando a relação de domínio aos territórios, sua geografia e atual ocupantes.

As lutas entre árabes e árabes contra judeus ganham diversas matizes, rodeadas por acordos, armistícios, líderes fortes como Arafat, Ben-Gurion, o rei Hussein (e tantos outros que se sucedem e ganham notoriedade mundial) e grupos de guerrilheiros engajados social, política e religiosamente em suas causas. Cada grupo, de regra sob o comando de um homem (ou elite), centraliza o poder com bases, de regras hereditárias, sem nenhum vínculo constitucional²⁷, cujas ações e razões que as fundamentam, como dito, se perderam nos tempos e na história a ser recomposta.

Friedman relata em todo seu livro furos de balas em paredes e vidros, explosões, atentados e sequestros como cotidiano de um mundo onde viveu por dez anos, em um país que não conseguiu superar uma estrutura fragmentada em tribos, clãs e seitas²⁸.

Por outro lado, em *El Fatah*, Amílcar Alencastre²⁹ descreve a complexidade do Oriente Médio, de forma facciosa, por representar o pensamento do grupo comandado por Yasser Arafat, mas que nos leva a uma percepção das quase insondáveis questões que servem como pano de fundo para os conflitos nos quais nasceram, vivem gerações e gerações de indivíduos.

²⁵ O trecho da música Teerã, de autoria do compositor Herbert Vianna ajuda na composição do horizonte proposto neste trabalho.

²⁶ FRIEDMAN, 1988, p. 22.

²⁷ Ibid., p. 99.

²⁸ Id.

²⁹ ALENCASTRE, Amílcar. *El Fatah: os comandos árabes da palestina*. Rio de Janeiro: Tacaratu, 1969.

Na dedicatória, o retrato dos espíritos envolvidos no conflito: “à memória de todos os judeus mortos pelo nazismo. À memória de todos os árabes mortos pelo sionismo”. O caráter político da luta é posto mais adiante na epígrafe: “nada temos contra os judeus como pessoa, como povo, como raça ou como religião, mas temos o direito de discordar da política do Estado de Israel, como de qualquer outra nação”³⁰.

A ocupação de mais de 1400 anos que resulta no fato de que “(...) cerca de 2 milhões de árabes palestinos que hoje vagam ou vegetam em condições subumanas pelos desertos adjacentes em acampamentos, nos países árabes vizinhos ou em quase todos os países do mundo (...) revivem o êxodo bíblico dos 600 mil judeus”³¹.

Apesar de ser uma tendência natural de estender-se na busca de horizontes, não é esse o objetivo do trabalho. Basta, para a finalidade a que se propôs traçar um esboço da complexidade da situação do Oriente Médio, que revela, frente ao caso estudado, a natureza do crime de Assaad, se político ou comum, ou uma mescla de ambos, e a partir daí se passível de extradição. As peculiaridades do caso fazem com que se busque a compreensão dos fatos por meio de uma perspectiva multiculturalista, permitindo que as diferenças sejam vistas de maneira imparcial e objetiva.

180

Para finalizar o quadro complexo da política/guerrilha naquela região, é importante transcrever parte da narrativa do complexo problema pelo que pode compreender de uma conversa tida entre um soldado americano recém-chegado com outro soldado israelense, que já prestava serviços naquela região do Líbano, na década de 1980:

sinceramente, até ontem eu não entendia o que estava acontecendo. Mas ontem trouxeram um perito em assuntos árabes, que fez uma palestra sobre a atual situação. Agora compreendo tudo. É assim: os cristãos odeiam os drusos, xiitas, sunitas e palestinos. Os drusos odeiam os cristãos. Não. É sim. Os drusos odeiam os cristãos, xiitas, sunitas e os sírios. Os xiitas foram fodidos por eles todos durante anos e por isso odeiam todo mundo. Os sunitas odeiam qualquer um que seus líderes lhes mandem odiar e os palestinos se detestam entre si. Além disso, odeiam os outros. Agora, todos eles têm um denominador comum: todos eles nos odeiam, nós, os israelenses, gostariam de fazer picadinho de nós se pudessem, mas não podem, por causa do exército israelense, não todo o exército (...) somente os filhos da puta que estão no Líbano³².

³⁰ ALENCASTRE, 1969, dedicatória e prefácio.

³¹ Id., p. 133.

³² FRIEDMAN, 1988, p. 186.

Conflitos de justificativas da concessão da extradição

A clara confusão de horizontes não pode ser desvelada de uma maneira simples, fazendo necessário que recorramos à metáfora heideggeriana da clareira³³, em que é ressaltada a necessidade da busca de perspectivas internas, para que o ser seja conhecido não somente através de observações feitas “pelo lado de fora do todo”, exigindo também uma visão de forma diferenciada e complexa nas dimensões de espaço e tempo do problema em questão.

É necessário, antes, conhecer o sistema em suas contingências, em suas peculiaridades decorrentes do seu momento histórico, antecedentes e circunstâncias, pois, para que interpretemos algo, precisamos antes de ver esse algo como concreto, ver suas entranhas, fundamentos e bases teóricas, para que desvelemos sua real essência e possamos assim entendê-lo.

A metáfora heideggeriana da floresta, iluminada a partir de uma clareira, lembra o afastamento de conceitos postos e pressupostos, para que possamos formar um caminho limpo do que acoberta a ideia central do ser³⁴.

Com, e somente com, a luminosidade da clareira, podemos ver não só a coisa, mas a coisa livre de disfarces que turvam sua compreensão.

O esboço histórico feito não tem a pretensão de formar juízo a respeito dos méritos que envolvem o conflito, mas apenas de caracterizá-lo como algo de proporções inimagináveis e de limites pouco claros, como sem forte definição são as pretensões individualistas de cada um dos grupos envolvidos, que dista de qualquer conceito contemporâneo de consenso.

181

APROXIMAÇÕES SOBRE A EXTRADIÇÃO EM SEUS ASPECTOS POLÍTICOS

A extradição é tão somente a entrega de um indivíduo, a pedido de um governo que pretenda exercer o *jus puniendi*, e se veja impedido pelo fato de que este indivíduo encontra-se abrigado sob a proteção jurisdicional de outro governo. Fica claro que a extradição não é, nem pode ser, instrumento de política, não se confundindo com expulsão³⁵ nem tampouco servindo como mecanismo de perseguição pessoal, não devendo ser concedida quando o motivo do pedido tiver raízes políticas:

ce serait cas où le gouvernement désirant se soustraire aux formalités et aux conditions de l'extradition, ferait conduire l'étranger qu'il expulse dans le pays où il a été condamné ou est poursuivi pour un crime ou délit

³³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica (e)m crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 291 e ss.

³⁴ Vide nota 27.

³⁵ FARIA, Bento de. *Sobre o direito extraditacional: extradição internacional e interestadual*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1930. p. 15.

politiquene donat lieu à l'extradition. Ce serai um là um subterfuge déloyal qu'il fait uniquement dans son intérêt propre³⁶.

Ao contrário de Manzini, que reconhece a possibilidade da extradição de políticos ou que cometem crimes conexos, de acordo com a discricionariedade e o senso de equidade. Assim, por vezes, tido como simples ato de administração (o que não é por ser instituto essencialmente judiciário³⁷), toca no cerne da questão, deixando claro que a extradição não se confunde, nem pode se travestir de expulsão.

É claro que a razão se encontra com Bento de Faria, uma vez que o decisionismo discricionário é incompatível com um procedimento judicial, imprestável para resolução de contendas políticas internas do requerente da extradição. Na verdade, para que haja a extradição, tem-se como requisito objetivo a existência de um tratado, no caso concreto o Decreto n. 16.925, de 27 de maio de 1923, que promulgou o tratado de extradição entre Brasil e Paraguai, sendo assinado pelo presidente Arthur da Silva Bernardes na cidade de Assunção e promulgado em 27 de maio de 1925, sendo publicado três dias depois.

A extradição fundamenta-se na necessidade da cooperação internacional com o fito de permitir a concretização do direito de punir do Estado onde o crime foi praticado, impedindo assim que barreiras territoriais fossem obstáculos intransponíveis a serviço da impunidade³⁸.

182

Vertentes mais modernas procuram na extradição um mecanismo de ordem mais pública³⁹, dando-lhe a finalidade de repressão à criminalidade internacional de matiz globalizante, surgida nos fins do século passado, afirmando-se dia a dia no século XXI.

Acontece que o conflito entre a necessidade de cooperação internacional e a soberania dos Estados é quase elementar desse tipo de procedimento, pois os excessos ou a discrepância de valores acabam por se mostrar presentes nos casos concretos. De certa forma, o instituto coloca em cheque a soberania do Estado que recebe o pedido da extradição, pois somente a ele cabe decidir sobre sua concessão.

Em crimes comuns, os problemas são de pouca relevância, mas nos crimes políticos, nos crimes que geram comoções sociais, ou ainda nos crimes nos quais a proteção de nacionais está em jogo, o aspecto político do instituto aparece, tornando-o um procedimento delicado pelas possíveis consequências nas esferas diplomáticas. Daí resulta que, a partir deste fundamento, os crimes políticos estão fora dos passíveis de extradição na maioria dos tratados e no Estatuto dos

³⁶ ROLIN, Alberic apud FARIA, 1930, p. 18.

³⁷ FARIA, 1930, p. 17.

³⁸ Bento de Faria por todos.

³⁹ DEL'OLMO, 2007, p. 127 e ss.

Conflitos de justificativas da concessão da extradição

Estrangeiros. No caso do Brasil, também os crimes de potencial ofensivo de pequena relevância (não confundir com os delitos de pequeno potencial ofensivo do juizado especial criminal) também não estão no rol dos delitos passíveis de extradição. Tal disposição, inclusive como visto, *supra*, fundamentou a recusa da extradição com relação ao delito de apologia ao crime, no julgamento de Assaad.

O afastamento da extradição nos crimes de natureza política tem como fundamento a proteção do extraditando de excessos eventualmente praticados pelo país que pretende extradição. A repressão exemplar ou o ódio que cerca os crimes políticos são esperados quando a questão é de natureza política. Usamos ainda o mesmo princípio que faz com que a sentença que funda a extradição, mesmo partindo de órgão com jurisdição reconhecida no país que pleiteia a extradição, não possa ter a origem em tribunal de exceção⁴⁰, o que reforça o princípio da proteção do extraditado de arbítrios e perseguições, políticas ou de natureza diversa do interesse da justiça.

Aliás, já em 1957, Maciel⁴¹ invoca a defesa da “personalidade humana contra o arbítrio e o ódio que predominam em momentos de exaltação”. Assim, é importante ressaltar que, desde 1911, o ato que concede ou denega a extradição, de competência exclusiva do presidente da República, só pode ser atendido com o prévio pronunciamento do STF⁴².

Antes disso, o processo de extradição se dava via diplomática, de forma sumária, abrangendo tanto os crimes previstos em tratados como os demais, ressalvados os políticos e conexos, desde que houvesse no tratado a cláusula de reciprocidade⁴³.

As mesmas restrições se impõem aos crimes de natureza religiosa ou puramente militar, o que deixa claro o objetivo protetivo do extraditando, por parte do instituto.

Artur Briggs⁴⁴ deixa claro sua posição referente à abrangência da possibilidade de extradição no que diz respeito somente aos crimes comuns. Exclui assim os de natureza política, puramente militar ou religiosa, tendo tais restrições como supérfluas pela ausência de disposições conflitantes em qualquer de nossos tratados até então. Os juízos e tribunais de exceção não têm legitimidade para pleitear a extradição com base nos mesmos princípios.

⁴⁰ FARIA, 1930, p. 80.

⁴¹ MACIEL, Anaor Butler. *Extradição internacional*. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1957. p. 85.

⁴² FARIA, op. cit., p. 85.

⁴³ RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1981. p. 19.

⁴⁴ Apud MACIEL, op. cit., p. 83.

A perspectiva sobre a punição dos crimes políticos deve ser analisada com bastante cautela, o criminoso e o herói político eventualmente são apenas lados da mesma moeda. Logo, a defesa do Estado contra ações de insurreição contra o regime ou manifestações de poder de natureza política é vista por Maciel como ações altruístas, o que desloca o criminoso político para um polo oposto ao se situa o criminoso comum, que age contra os interesses da sociedade e não do governo⁴⁵.

Citando Nelson Hungria, Maciel fala da vertente liberalista do século XIX, e inclusive da negativa da legitimidade em se punir os inimigos do Estado. Blunt-Schll chega a afirmar que não se pode falar sequer na existência de crime quando se age pelo bem da nação e que nem ela se pode julgar ofendida por aquele que, correndo risco, busca melhorar-lhe o destino⁴⁶.

Tal perspectiva faz com que as peculiaridades que cercam os conflitos do Oriente Médio sejam vistas com cautela, guardada a devida distância dos preconceitos negativos. A virtude cívica pode ser crime⁴⁷?

O questionamento a respeito de como se convalidam as sanções de ordem política, que sejam, de fato, legítimas, é respondido por Chretien⁴⁸, dividindo a luta revolucionária em dois momentos. O primeiro, durante o evento, que consiste em um ato de legítima defesa, e o segundo, posterior, que é ato de pura tirania.

184

O crime político por sua própria natureza acaba sendo julgado pelos tribunais da história por trabalharem com valores presentes em um determinado momento, fruto de ações e reações evolutivas, havendo por diversas vezes confusão entre o delinquente e o herói, até porque a história pertence ao último. Os crimes políticos que atentam contra valores maiores e dignos de sanção existem, e a sua identificação se perde com facilidade entre os ódios, rancores e principalmente pela necessidade, também política, da promoção de uma repressão exemplar, como mecanismo de defesa preventiva da ordem vigente⁴⁹.

A NATUREZA PURA E SUA CONTAMINAÇÃO

Os crimes políticos podem fundamentar a extradição de um indivíduo. O que não é possível é a extradição de crimes exclusivamente políticos. O fato é que pode haver, nos casos de crimes diversos, de naturezas conexas, ou nos casos de crimes complexos, em que parte da ação se caracteriza como política e parte dela como comum, certa confusão com relação à natureza dos delitos e consequentemente com relação à permissividade da extradição.

⁴⁵ MACIEL, 1957.

⁴⁶ Ibid., p. 86.

⁴⁷ Id.

⁴⁸ Id.

⁴⁹ Nesse sentido, recomendamos uma especial atenção à segunda parte de DEL'OLMO, 2007.

Conflitos de justificativas da concessão da extradição

Nestes casos, a natureza política do delito não exclui a possibilidade da concessão da extradição no caso da ocorrência de crimes complexos, ou seja, políticos e comuns ao mesmo tempo. Deve-se ressaltar a previsão legal, de clareza inconteste, do disposto no art. 88, § 1º, do Estatuto do Estrangeiro, que fala da situação em que o fato constitua *principalmente* (grifo nosso) infração à lei penal comum.

Adota-se o princípio da prevalência, no qual se aquilata a natureza prevalente no delito, se política ou comum. O critério para a extradição é o resultado da análise que define qual é a infração prevalente no caso analisado. Havendo prevalência da infração política, aplica-se a regra da impossibilidade de concessão da extradição. Ainda há que se analisar a possibilidade de que ocorram dois (ou mais) crimes, um deles político e outro comum, quando o critério a ser seguido é o do crime mais grave como o que define a natureza global dos atos. Descartamos de plano tal hipótese, uma vez que não se vislumbra no caso a divisão de crimes como, um deles político e outro comum. Como será exposto abaixo, este foi o critério que norteou a decisão no caso de Assaad.

Apenas a título de argumentação, segundo tal critério a apologia ao crime, de possível matiz política, configura o delito menor no caso concreto e assim permitiria a extradição de Assaad. Ora, nessa linha de raciocínio, o debate deve ter sua sede na definição de que o fato constitui principalmente crime comum ou político.

É imperativo que se delinee com a maior precisão possível o que é efetivamente crime político e o que é crime comum, para que os últimos não sejam usados como subterfúgios para que o Estado efetive sanções aos primeiros.

Vale, entretanto, lembrar a posição de Nelson Hungria⁵⁰, ao afirmar que os crimes políticos como categorias puras já não existem mais. São eles apenas o fio condutor entre os direitos sociais⁵¹, promessas da modernidade, e o Estado violador, por não efetivar os benefícios dos quais é “fiador e sustentáculo”.

Também com relação aos crimes políticos, uma nova categoria surge nos dias de hoje e que merece atenção especial. Além disso, mesmo havendo a caracterização de uma natureza política pura, alguns delitos são intoleráveis como cita Del’Olmo, os crimes contra a humanidade, genocídio, *apartheid*, tortura e outros, devem ter sua extradição considerada, sem que o critério da natureza política do delito seja levado em conta⁵².

A extradição estaria, segundo o ponto de vista de Del’Olmo, em um momento de mudança paradigmática que leva o instituto a um alargamento, como

⁵⁰ Apud MACIEL, 1957, p. 88.

⁵¹ Hungria, no texto, não fala em direitos sociais, e sim em estrutura de organização social da qual o estado é fiador e sustentáculo.

⁵² DEL’OLMO, 2007, p. 47.

mecanismo de combate à criminalidade internacional e como resposta aos novos problemas ligados à proteção dos direitos humanos em uma perspectiva mais global.

Assim, o mecanismo que tem historicamente uma tendência de proteção ao indivíduo contra abusos do Estado passa por um momento em que a perspectiva das vítimas merece maior atenção. Tal virada seria, na verdade, um segundo momento de mudança paradigmática, já que na antiguidade o instituto protegia os criminosos comuns, tendo como alvo apenas os criminosos políticos, o que se justificava diante da perspectiva do paradigma dos Estados absolutistas⁵³.

As propostas contidas na tese de doutorado de Del'Olmo justificam-se pela sua clara postura kantiana e utilização recorrente de uma moral (justiça) universal desejável a ser obtida através de um projeto de ação uniforme nos moldes de seu imperativo categórico. Afirma, assim, que o novo modelo de criminalização de natureza (ou consequências) global é trabalhado exaustivamente por Del'Olmo, que se mostra bastante aberto a um movimento ampliativo dos casos de concessão dos pedidos de extradição frente à demanda por segurança internacional ou até mesmo como tendência de um novo mundo, com menos barreiras temporais, territoriais e culturais (se alinhado ao seu perfil onde aflora constantemente uma busca de uma universalidade)⁵⁴.

186

Ainda assevera que certos delitos, como terrorismo, mesmo que de natureza exclusivamente política, passaram a ser repudiados com mais veemência, e sua rejeição pela comunidade internacional veio a alterar (ou flexibilizar) a tendência até então adotada como regra.

Nota-se tal tendência com clareza, em especial após a crescente escalada do terrorismo e crimes de natureza hedionda, já que violam, além de preceitos políticos, bens jurídicos maiores, sendo dignos de repúdio. Os valores postos em questão não podem merecer a proteção dada aos crimes políticos comuns (extr. 855) e por isso deve encontrar na extradição um mecanismo internacional de cooperação ao combate ao terrorismo⁵⁵.

A exemplo disso podemos mencionar o fato de outros princípios que vêm sendo gradativamente alterados em decorrência dos novos tipos de criminalidade que se estabelecem e merecem uma atenção internacional. Com a busca de uma repressão mais eficiente, a tendência da recusa da extradição de nacionais vem se alterando pouco a pouco, como no caso dos narcotraficantes da Colômbia⁵⁶.

⁵³ DEL'OLMO, 2007, p. 15.

⁵⁴ Ibid., p. 140.

⁵⁵ BRASIL. *Extradição*. Brasília: Supremo Tribunal Federal – Coordenadoria de divulgação de jurisprudências, 2006. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/dpj/cji/bitstream/26501/1953/1/Extradicao.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2011, p. 149.

⁵⁶ DEL'OLMO, op. cit., p. 38.

Conflitos de justificativas da concessão da extradição

A gravidade dos delitos é elementar para que se possa invocar a pretensão de extradição, opção esta tomada pelo Brasil ao menos ao delimitar pena mínima para que se possa analisar a concessão de um pedido de extradição, sem que façamos, contudo, qualquer referência que amplie a extensão da extradição a crimes hediondos ou intoleráveis, mesmo que de natureza política. Como consequência das grandes revoluções que marcam o fim da modernidade a quebra de paradigmas ligados à soberania, que passa por um momento de indefinição⁵⁷.

Tem-se um momento especial que delimita a quebra, ou pelo menos a fragilização, do princípio da exclusão dos crimes de natureza política como tendência no direito internacional. A eclosão do terrorismo internacional, e em especial o atentado às torres gêmeas. Apesar disso, relutamos a acatar a proposta de Del'Olmo de formar um sistema de concessão de extradição com características prevencionistas, superando a soberania do Estado em prol de uma segurança jurídica penal internacional. A adoção de um paradigma prevencionista pode fazer com que todas as justificativas apresentadas até aqui no sentido de proteger o indivíduo contra excessos estatais sejam postas em risco, devendo assim ser analisada com cautela e de forma excepcional, como vem sendo ultimamente.

Aqui prevalece o nosso temor do uso indiscriminado dos meios para combater fins, mesmo que justificáveis, sem preocupações ligadas à preservação das garantias individuais.

187

A vedação constitucional e sua natureza fundamental

O caráter fundamental da vedação da extradição por crimes políticos pode ser analisado sob seu aspecto formal, uma vez que se encontra inserido no art. 5º da CF/88, e que faz parte do rol de direitos fundamentais, assume, indiscutivelmente, pelo caráter formal o *status* de fundamental.

Aliás, nesse sentido, Sarlet defende a ideia de se tratar de opção política do legislador constituinte de elevar uma categoria ao *status* de cláusula pétrea formal de alguns direitos⁵⁸. Além do aspecto formal indiscutível, é notório o caráter de direito fundamental material que impede a extradição por crimes políticos.

A materialidade que dá a um direito o caráter de fundamental é extraída do constitucionalista português, professor Vieira de Andrade, que centra seu

⁵⁷ A correta percepção do instituto da extradição nos faz perceber que sua principal meta é a de proteger direitos humanos do exercício arbitrário do poder de outro Estado, poder este exercido de forma ilegítima, se servindo como meio de repressão política. Novamente chamamos Jubilit e Monaco, que afirmam ser a atuação da proteção da pessoa humana realizada pelo direito internacional se dá "... de forma complementar aos sistemas internos de proteção, uma vez que, apesar de flexibilizada, a soberania continua existindo".

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 111.

conteúdo na dignidade da pessoa humana⁵⁹. Diante disso, pode-se afirmar que o caráter formal como material identifica a norma fundamental. Uma vez aceita a ideia de que a matéria também pode definir o caráter da norma, decorre a ideia de que a Carta Magna possui um caráter “aberto”, ou seja, a enumeração formal dos direitos fundamentais não exclui outros que possuam o conteúdo direcionado à proteção de um plano de princípio objetivo e finalidades sociais e de um projeto civilizatório⁶⁰.

Assim, tanto o caráter material da vedação à extradição por crimes políticos como seu caráter formal, ou seja, a sua alocação privilegiada na Constituição Federal de 1988 da proteção do indivíduo contra extradições por crimes políticos, elencada em seu art. 5º, possuem o *status* de cláusula pétrea, o que é natural em um país que acaba de sair de um regime de exceção onde tantas violações individuais ocorreram por motivações políticas.

Assim sendo, a postura brasileira de proteção ao criminoso político não pode ser objeto de emenda (ou supressão).

É claro que para isso a natureza do crime deve estar bem definida, pois, como já foi visto, a máscara do crime político acobertando crimes comuns não pode ser aceita, devendo haver extrema cautela no ato de definir a natureza (ou preponderância no caso de crimes complexos) do delito que motiva o pedido de extradição.

188

Crime político é assim uma categoria em que o Estado e suas estruturas são as vítimas das ações, tomando maiores proporções nos tempos modernos quando assume também feições do que Nelson Hungria chama de crimes sociais, referindo-se à organização social do Estado⁶¹.

Eles podem assumir um largo espectro de ações e, na maioria das vezes, confundem-se com delitos comuns, usados como meios ou de forma a dar suporte aos primeiros, dificilmente se materializando de forma autônoma, ou puramente política. Ora, sendo instituto baseado em cooperação internacional, é claramente perceptível, no caso do instituto da extradição, que o Brasil, de regra, possui tratados sobre o assunto em países com os quais possui afinidades políticas e culturais.

Entre os 18 países com os quais o Brasil possui tratados de extradição, dez deles são da América Latina, quatro deles na Europa, estando entre eles Portugal e Espanha. Além dos Estados Unidos da América e do Reino Unido, apenas nos tratados entre Brasil e Bélgica, Suíça, Austrália e Coreia do Sul tem-se um vínculo mais tênue entre os signatários⁶².

⁵⁹ SARLET, 2007, p. 111.

⁶⁰ LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*, passim.

⁶¹ MACIEL, 1957, p. 89.

⁶² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/tratadoExtradicao/tratadoExtradicao.asp>>. Acesso em: 22 jan. 2010.

JURISPRUDÊNCIA SOBRE CRIMES POLÍTICOS E COMUNS

O trabalho parte da ideia da necessidade de contextualizar a complexidade da situação vivida no Oriente Médio, o que torna definitivamente mais difícil a tarefa de definir ações delituosas praticadas em seu entorno histórico. O rótulo de terroristas e de bárbaros pagãos, dado aos povos árabes desde muito tempo até os dias de hoje, forma uma clara tendência do indivíduo que se baseia no senso comum para formar suas opiniões de nomear toda e qualquer manifestação de opinião de árabes como radicais e intolerantes.

Daí a dar aos crimes por eles praticados a cunha de crime político é um passo e, conseqüentemente, é enorme a dificuldade em se definir a natureza de crimes que não podem ser determinados de plano como sendo de natureza puramente política ou comum.

Tais dificuldades acentuam-se nos casos em que se trata de crimes complexos ou conexos, em que a sua natureza foi politicamente contaminada, havendo a necessidade de recorrer-se ao princípio da preponderância.

É importante reconhecer a dificuldade de avaliar a natureza da conduta de um povo com paradigmas culturais tão diferentes dos nossos, motivo pelo qual trouxemos à colação o caso Firmenich, que se aproxima da realidade brasileira por diversos motivos e que serve como baliza para uma análise mais precisa do caso Assaad. Ao contrário, temos no caso Firmenich, um campo de batalha bem definido, um movimento populista bem delineado (Movimento Peronista Montonero), um contexto nacional facilmente perceptível e uma filiação do extraditando ao mencionado movimento.

Acontece que no caso Firmenich havia evidências de práticas de crimes comuns, independentes dos que o associavam ao movimento político, o que na extr. 417 fez com que fosse concedida a extradição relativa aos crimes comuns e não aos estritamente políticos. Ainda vinculada ao caso Firmenich, Maria Elpidia Martinez Agüero, que juntamente com Firmenich guardava armas munições e explosivos, sem que, contudo tivesse cometido qualquer crime comum, teve como decisão de Habeas Corpus 62.131, de 1984, relatado pelo Ministro Aldir Passarinho, decisão oposta à dada a ele (extraditado por crimes comuns)⁶³.

Foi concedido o trancamento de todo e qualquer pedido de extradição contra ela, uma vez que não se considerou a existência de práticas de crimes comuns (ao contrário de Firmenich), associados aos de ordem política⁶⁴.

O conflito posto entre a proteção injustificada do indivíduo a ser punido pela prática de crime comum e a busca da máscara política para descaracterizá-lo é

⁶³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1458001>>. Acesso em: 13 dez. 2009.

⁶⁴ Id.

o problema central do caso de Assaad. No relatório do Ministro Passarinho no processo de extradição 399 fica consignada a ressalva de que as circunstâncias exteriores ao crime devem ser levadas em conta, não devendo ser a análise de preponderância efetivada apenas no universo restrito do caso em questão⁶⁵.

A caracterização do crime político, em especial nos casos de crimes complexos ou conexos aos crimes comuns, é o maior problema de casos como o agora estudado. Assim, o que se chama de contaminação deve ser definido com a maior clareza possível, pendendo, no caso de dúvida, em favor do indivíduo cuja extradição é pedida.

Os abusos vindos dos rancores políticos não são admissíveis em um sistema republicano que tem suas bases firmadas em um Estado Democrático de Direito. Logo, os artifícios do Estado que pleiteia a extradição mascarando crimes comuns como se fossem políticos não são artifícios raros, como no caso da extradição política disfarçada (extr. 794), tratando de crime comum, com violação da ordem pública, dissimulando perseguição política⁶⁶. De regra, “conflitos de ordem pessoal entre o extraditando e autoridades políticas do país solicitante (...)”⁶⁷ podem ser fortes indícios de perseguição política...” há que se mostrar a existência da intenção de se desestruturar as instituições públicas e a ordem social do Estado⁶⁸ (extr. 830).

190

Por outro lado, o criminoso comum busca com frequência o argumento político como motivador de seu crime, sem que de fato haja nele um real ataque a um Estado soberano, suas instituições e seu sistema de governo. Pode-se exemplificar o afirmado com a extradição concedida (extr. 486) ao criminoso que sequestrou um ministro de Estado, pedindo dinheiro como resgate e sem que ficasse evidenciada nenhuma sobra de finalidade política⁶⁹.

Aliás, a jurisprudência a respeito da concessão de extradições baseadas única e exclusivamente na qualidade de agentes políticos das pessoas vítimas dos delitos já está consolidada, não sendo considerada a infração como tendo natureza política.

A preponderância entre a natureza de crimes complexos ou conexos não pode e nem deve ser analisada de forma isolada. O fato em si, desligado de suas

⁶⁵ Id.

⁶⁶ Daí a fundamentação para que se conceda o direito de refúgio na denegação da extradição, “... ramo do direito internacional que busca assegurar proteção às pessoas que tem *bem fundado temos de perseguição* em função de sua *raça, religião, nacionalidade, opinião política e pertencimento a grupo social*, desde que estas pessoas estejam fora de seu Estados de origem e/ou residência habitual, careçam e mereçam a proteção internacional” JUBILUT; MONACO, 2010, p. 98.

⁶⁷ *Extradição*. Supremo Tribunal Federal – Coordenadoria de divulgação de jurisprudências, 2006. p. 113.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 130.

⁶⁹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1488483>>. Acesso em: 5 jan. 2011.

Conflitos de justificativas da concessão da extradição

circunstâncias, fatores culturais, momento histórico e protagonista, nada quer dizer. O principal é deixar claro que os horizontes do momento devem fundir-se com os do passado e presente, formando um todo complexo na perspectiva heideggeriana do ser como tempo.

A prevalência, além de dever ser analisada de acordo com a perspectiva do ordenamento jurídico e dos valores sociais, tanto do local do crime quanto do Estado a quem o pedido de extradição é feito, pois só diante de tal perspectiva os valores e natureza dos fatos (se atentatórios à ordem jurídica comum ou à ordem política) pode-se dizer com clareza sobre a natureza do delito.

O mesmo deve ser dito a respeito do momento histórico da prática do fato, como também com relação à história do autor. A crise política varia de intensidade constantemente, e o grau de violação às instituições políticas acaba sendo proporcional à sua legitimidade no momento concreto. Sem a exata avaliação do momento, o desvio da natureza do delito pode facilmente oscilar entre o comum e o político.

É importante ressaltar que a jurisprudência pátria mostra-se tendente à negativa do pedido de extradição em caso de dúvida quanto à colidência da natureza dos delitos complexos ou conexos ou sobre a preponderância de uns sobre os outros. Ainda nas palavras do Ministro Celso Mello (extr. 524), essa tendência reflete (...) “uma tradição constitucional republicana. Dela emerge, em favor dos súditos estrangeiros, um direito público subjetivo inquestionável (...)”⁷⁰.

A extr. 417 concedida, de Eduardo Firmenich, usada no trabalho várias vezes, difere da extradição de Assaad, por contingências históricas, pelas ações engendradas por ambos, ambos os pedidos foram deferidos em parte. No primeiro, Firmenich teve claramente reconhecida a existência da prática de crimes distintos, uns de natureza política e outros de natureza comum. A opção foi a de negar a extradição somente com relação aos primeiros, concedendo-a com relação aos primeiros, desde que a pena máxima não ultrapassasse 30 anos. Já com relação a Assaad, a decisão dividiu-se em três momentos. Indeferimento, por não ser cabível por requisito legal (pena inferior a um ano no caso de apologia ao crime), deferimento com relação ao crime comum e indeferimento com relação ao crime político⁷¹.

191

CONCLUSÃO

O que se tem aqui não é a aplicação do princípio da preponderância, uma vez que provavelmente não se reconheceu conexão entre os crimes praticados por Assaad, ou se reconhecida, foi apenas no delito de associação criminosa, que talvez, pelos dados fornecidos, possa inclusive ser tida como crime puramente político.

⁷⁰ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1500291>>. Acesso em: 5 jan. 2011.

⁷¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2026168>>. Acesso em: 2 dez. 2009.

Também não se vislumbrou a ocorrência de delito complexo, mas, sim, de crimes autônomos e independentes que permitiram a divisão do pedido de extradição em três frações, uma para cada um dos delitos.

Em primeiro lugar, como dito, denegação da extradição pela prática do delito de apologia ao crime teve sua fundamentação exclusivamente na pena aplicada ao delito em tese, que por força de lei impedem a extradição.

Em segundo lugar, no tocante ao crime de evasão fiscal, houve a concessão da extradição, por ser ele considerado crime comum, autônomo e que não se confundiu com os outros dois. O delito foi analisado como crime comum puro, sem ser contaminado pelos outros dois.

Finalmente, a associação criminosa, provavelmente ligada à apologia ao crime, que, em um contexto concreto, permitiram que a prática fosse analisada como crime político (ou preponderantemente político), o que levou à negativa do pedido de extradição.

Como procuramos mostrar no curso do trabalho, a delimitação da natureza do crime é tarefa delicada e deve ser feita com uma visão mais ampla, buscando um horizonte temporal, espacial e cultural que clama por uma metodologia própria (a hermenêutica filosófica heideggeriana) e, mais que isso, uma cautela redobrada pela tendência de encobrimento dos fatos por interesses escusos e fundamentos desconhecidos em razão de uma diversidade cultural, acentuada pela complexidade de uma sociedade internacional globalizada, que aproxima e afasta valores e conceitos sem regras muito claras e, principalmente, que defina de fato a essência (do motivo) do delito, fugindo às possíveis máscaras, normais nos crimes políticos e indesejáveis em um sistema que acima de tudo reafirma a soberania dos Estados democráticos de direito na ordem internacional.

Finalmente, afirmamos que somente a partir de um ponto de vista estático, contemplativo, alheio às muitas peculiaridades de Estados fundados em bases e racionalidades diferentes das nossas, ou seja, somente nos afastando ideologicamente dos objetos, percebendo-os como são percebidos em seus países (na perspectiva de seus horizontes autênticos), enxergando os fatos com os olhos de outra cultura, é possível validar o instituto da extradição através da legitimidade de uma decisão que dosa uma cultura, uma política e um direito ao qual não estamos afeitos.

REFERÊNCIAS

- ALENCASTRE, Amilcar. *El Fatah: os comandos árabes da palestina*. Rio de Janeiro: Tacaratu, 1969.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Introdução ao direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2008.
- ARENDT, Hannah. *Eichman em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. 9. reimpr. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

Conflitos de justificativas da concessão da extradição

- BRASIL. *Extradição*. Brasília: Supremo Tribunal Federal – Coordenadoria de divulgação de jurisprudências, 2006. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/dpj/cji/bitstream/26501/1953/1/Extradicao.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2011.
- CERQUEIRA, Marcelo. *Cartas constitucionais: império, república e autoritarismo*, ensaio, crítica e documentação. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *A extradição no alvorecer do século XXI*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- FARIA, Bento de. *Sobre o direito extraditacional: extradição internacional e interestadual*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1930.
- FRIEDMAN, Thomas L. *De Beirute a Jerusalém*. Tradução de Elena Gaidano. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 1988.
- GAMSTRUMP, Érik Frederico et al. *Comentários ao estatuto do estrangeiro e opção de nacionalidade*. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). Campinas: Millennium, 2006.
- HANS-GEORG, Gadamer. *Verdade e método*. Tradução de Flavio Paulo Meurer. Revisão de Enio Paulo Giachini. 9. ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Rio de Janeiro: Vozes, 1993.
- JUBILUT Liliana Lyra; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Direito internacional público*. ROSA, Daniel Polydoro; ANGELO, Luiz Raphael Vieira (Coord.). São Paulo: Lex, 2010 (Coleção sínteses jurídicas Lex).
- LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- MACIEL, Anaor Butler. *Extradição internacional*. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1957.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: RT, 2006.
- OLIVEIRA, Valério de. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: RT, 2006. p. 417.
- RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1981.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica (e) m crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MIGRANTES, REFUGIADOS Y CIUDADANOS. NUEVOS PARADIGMAS DE LA DEMOCRACIA PARA LA AFIRMACIÓN PLENA DE LOS DERECHOS HUMANOS

MIGRANTS, REFUGEES AND CITIZENS. NEW PARADIGMS OF DEMOCRACY FOR THE FULL AFFIRMATION OF HUMAN RIGHTS

*Pietro de Jesús Lora Alarcón**

RESUMEN

El presente artículo sustenta la necesidad de superar la relación *nacionalidad-ciudadanía*, substituyéndola por la relación *vecindad-ciudadanía*, con el objetivo de garantizar el ejercicio de derechos de participación política en la esfera local para inmigrantes y refugiados, fortaleciendo así una cultura de responsabilidad democrática y atendiendo a la efectividad de los derechos humanos.

Palabras claves: Democracia; Migrantes; Refugiados; Ciudadanía; Nacionalidad; Derechos humanos.

ABSTRACT

The present article sustains the need to surpass the relation nationality – citizenship, replacing by the relation vicinity – citizenship, with the purpose to guarantee the exercise of rights of political participation in the local sphere for immigrants and refugees, strengthening this way a culture of democratic responsibility and taking care of the effectiveness of the human rights.

Keywords: Democracy; Migrants; Refugees; Citizenship; Nationality; Human rights.

* Colombiano. Egresado de la Universidad Libre de Colombia. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de San Pablo/Brasil – PUC/SP – y con estudios de pos-doctorado en la Universidad Carlos III de Madrid y en la Universidad de Coimbra. Profesor de los cursos de grado y posgrado de la PUC/SP y de la *Instituição Toledo de Ensino* de Bauru/Brasil; Asesor del Convenio Cáritas-ACNUR para la atención a refugiados en San Pablo/Brasil. Correspondência para/Correspondence to: Rua Baturite, 136, ap. 81 – Bairro Aclimação – São Paulo-SP – Brasil, 01530-030. E-mail: plalarcon@uol.com.br.

INTRODUCCIÓN

Tal vez la mayor conquista en términos jurídicos del siglo XX haya sido la natural y vasta sensibilidad con que la conciencia colectiva universal distingue y proyecta hoy a los denominados derechos humanos.

Con efecto, los derechos humanos dejaron de ser una preocupación distante para convertirse en el núcleo de las atenciones internas de los Estados. Su efectividad constituye un constante desafío tanto en el campo nacional como en el internacional.

De hecho, el caudal de legitimidad que ostenta un gobierno, así como su imagen política, verificable dentro y fuera de su territorio, está directamente ligada a su condición de respeto a la dignidad humana y a los derechos que de ella dimanar.

Sin duda existe en el plano jurídico una referencia importante en las constituciones y en los tratados internacionales para la protección de la vida humana, para el amparo de las libertades individuales y el impulso de la satisfacción de las necesidades sociales. Las características de *universalidad e internacionalización* parecen adecuarse nítidamente a esos derechos.

196 Subsiste, sin embargo, y especialmente en el terreno de la Ciencia del Derecho, la preocupación con una interpretación simplificada o reducida de los derechos humanos, que pueda convertirlos en derechos con intensidad restringida. Esa preocupación aumenta especialmente cuando se acentúan fenómenos como la migración y el desplazamiento forzoso en función de persecuciones, guerras o graves conflictos en varias regiones del Planeta.

En el plano de la democracia y de la ciudadanía, muy a pesar de vigorar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la verdad es que estamos todavía un tanto distantes de la efectividad de los derechos relativos a la participación ciudadana, aunque, de todas maneras, los derechos políticos sean considerados interdependientes con relación a los otros mencionados e insusceptible de derogación o anulación en los Estado de Derecho.

Como luego veremos, la universalidad e internacionalización de los derechos de participación en los asuntos de la *polis* se amarraron a los paradigmas de la nacionalidad desde la lejana Antigüedad.

Desde entonces, como aún hoy, el debate sobre la efectividad de los derechos humanos pasa por el reconocimiento de la ciudadanía para todos, especialmente en sociedades plurales, en las cuales coexisten grupos sociales bien diferenciados por razones ideológicas, políticas, étnicas, lingüísticas o religiosas, y en aquellas que reciben migrantes y refugiados.

Resulta claro que la relación entre la democracia, los derechos humanos y la participación política es un tema polémico. Existe una tendencia a observar

apenas el plano de la multiculturalidad, de las diferencias de costumbre entre pueblos, de la necesidad de la tolerancia entre culturas. Esos son, también, temas de difícil abordaje y que se entrelazan con la discusión sobre la participación democrática.

Sin perder de vista esas dificultades nuestro trabajo consiste en focalizar los ejes que pueden fundamentar, en tiempos de regeneración de la democracia, la vinculación de minorías no-nacionales a la conducción de la *polis*.

Para el Brasil, desde donde realizamos esta reflexión, creemos que el tema se reviste de una importancia peculiar, especialmente porque, en primer lugar, históricamente el país se forjó a partir del trabajo de los inmigrantes europeos, asiáticos o de otros lugares de América Latina. Después, porque recientemente inició un proceso de aproximación político-diplomática con sus vecinos latino-americanos, evidenciado en el MERCOSUR, la UNASUR y en planos y proyectos de desarrollo conjunto en diversos ámbitos.

Así, el presente artículo tiene por objeto, teniendo como referencia este marco histórico, así como la discusión sobre causas, consecuencias e impactos de las migraciones y el refugio, sustentar la necesidad de fortalecer la efectividad de los derechos políticos, promoviendo la ruptura del binomio *nacionalidad ciudadanía* para fortalecer el principio democrático y contribuir a efectivizar plenamente la dignidad humana. Defendemos otra manera de concebir la ciudadanía, donde la constitucionalización no sea más anclada a los criterios y presupuestos de la nacionalidad sino que sea reconocida autónomamente en una acepción más actual, conforme las exigencias de nuestra época, una ciudadanía para la inclusión.

197

1. LA DEMOCRACIA, EL PODER CONSTITUYENTE Y LOS FINES CONSTITUCIONALES

En el marco del análisis de la democracia contemporánea, el tratamiento adecuado del fenómeno migratorio, del desplazamiento forzado y del refugio, constituye asunto especialmente relevante. En el seno de la Ciencia Jurídica, el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional tradicionalmente se ocupan de la problematización del vínculo de los individuos a un determinado Estado.

Por eso parece ser perfectamente comprensible que esos asuntos, que producen un fuerte impacto en el centro de la relación entre el hombre y la comunidad políticamente organizada, sean igual e peculiarmente preocupantes para estas áreas.

Tendremos oportunidad de tratar de la interacción entre el Constitucionalismo y el Internacionalismo un poco más al frente. Por ahora nos preocupa el como crear las bases de apoyo que nos permitan ingresar sin riesgos en el centro de nuestro trabajo.

El punto de equilibrio de esa base es que en nuestros días las Constituciones no solamente refuerzan el pluralismo y la democracia como valores supremos, sino que también el sistema se prepara constantemente para tornar posible esa supremacía.

Por eso importante reconocer que a pesar de su larga historia el Constitucionalismo no ha renunciado – ni puede ni debe hacerlo – a tener como objetivo la limitación del poder de los príncipes del presente. Sólo que hoy las Constituciones, en esa dinámica limitadora, proyectan simultáneamente un modelo de vida, una formulación ideal sobre el funcionamiento de la sociedad y su régimen político, una imagen de futuro que reposa en principios que se irradian socialmente en la idea de inspirar formas de convivencia. Tal vez Hans-Peter Schneider haya retratado esa orientación hodierna del constitucionalismo cuando nos habla de los objetivos constitucionales con propiedad:

(...) la realización de una humanidad real en la convivencia social, el respeto de la dignidad humana, el logro de la justicia social sobre la base de la solidaridad y en el marco de la igualdad y de la libertad, la creación de condiciones socioeconómicas para la libre autorrealización y emancipación humana, así como el desarrollo de una conciencia política general de responsabilidad democrática¹.

198

Las finalidades de ese Constitucionalismo de responsabilidad democrática², anclado en principios, exige para su debido análisis – y hasta para poder contribuir desde la doctrina a su implementación y crecimiento como alternativa delante de opciones que condenan al hombre al sufrimiento, a la miseria y al abandono – de la superación de dogmas y estilos conservadores de interpretación, muy distantes de la visión que permite determinar al ser humano como comienzo, medio y fin del ordenamiento jurídico.

Recordemos que a partir del momento en que el núcleo a ser favorecido en la hermenéutica sea el propio Estado y el ser humano aparezca ajeno a ella, el Derecho se pauta por el olvido de su real razón de ser, configurándose una deturpación de la propia necesidad del fenómeno jurídico.

Por eso desde ya advertimos que nuestra propuesta consiste en priorizar, conforme este entendimiento, al ser humano, que desarrolla su vivencia en el contexto de sociedades no homogéneas, *singularmente plurales*. Es en sociedades heterogéneas que hombres y mujeres se inscriben en comunidades estatales,

¹ SCHNEIDER, Hans-Peter. *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 49.

² Sobre este y otros puntos consignados como finalidades constitucionales de la contemporaneidad, inclusive, también refiriéndose a Hans Schneider, léase el brillante prólogo de Miguel Carbonell a la obra de Gustavo Zagrebelsky. *Historia y Constitución*. Madrid: Trotta, 2005. p. 10.

sujetándose a ordenamientos jurídicos regularmente dirigidos por diplomas constitucionales que formalmente tienen condiciones de reproducir una cultura de paz, democracia y justicia. O sea, textos normativos supremos que constituyen potencia de orden jurídica democrática.

Caminando por esa senda, uno de los temas que más nos han llamado la atención cuando nos referimos a la necesidad de superar algunos dogmas es el del poder constituyente. El sistema constitucional, guiado por límites y reglas comúnmente determinadas en el documento político y jurídico, es el resultado de una acción colectiva del pueblo – en la acepción alemana – o de la nación – en la acepción francesa. El poder constituyente es, tanto el sujeto de esa acción, como el movimiento, la revolución o la fuerza que produce las normas constitucionales, estructura los órganos que ejercen poder, mas, también el que regula la transformación, la evolución de la fase pretérita y la redefinición de la política democrática con vistas al futuro.

Con todo, en la visión más clásica y conservadora es un poder que entraña una limitación, la de la extraordinariedad. Por esa vía, es un poder a ser restricto, como manifiesta Antonio Negri, puesto que es un imperativo transformarlo en extraordinario, comprimirlo en el tiempo y encerrarlo en hechos solamente revelados por el Derecho³. Por eso, tomado de esa forma, el poder constituyente debe consagrar en la normatividad que crea, su propia manera de ser reducido a circunstancias excepcionales, siendo apenas consideradas aperturas tímidas por plebiscitos o referendos, pero evitándose la invocación constante de algo que, por sí mismo, debe ser sofocado.

Como se observa, desde ese punto de vista el pueblo o la nación son entidades disecadas en tiempo y espacio, el tiempo y el espacio del momento constituyente. Lo que resulta, obviamente, en una ficción talvez bastante útil para sepultar el ejercicio dinámico del poder soberano, o para desconocer la posibilidad de renovación constante de las características que asume la entidad colectiva sujeto constituyente.

Al comienzo y tomados como individuos actores del proceso constituyente, en cada sujeto se hace evidente la voluntad de pertenecer a la comunidad política que se organiza a través de la Constitución. Pero, hasta que punto será posible desconocer que el movimiento constitucional es continuo y que los actores del proceso no se detienen sino que precisamente con su acción cotidiana construyen y reconstruyen el ser constitucional. Es decir, que el poder constituyente no desaparece luego del cumplimiento de su tarea de crear el Estado, en la cual se detiene en el inmediato pasado para rechazarlo y erigir el nuevo modelo, sino

³ NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Traducción al portugués de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 9-11. Traducción libre del autor.

que avanza sobre los linderos que creó y que entiende ser las reglas de juego, punto de partida y llegada en los campos de la economía, la política y de todo el movimiento social.

En los Estados en los cuales el flujo de migraciones es constante y se generan minorías o segmentos sociales claramente diferenciados, la posibilidad de nuevas visiones culturales, religiosas y de otras órdenes abre espacio a reconstrucciones constituyentes a largo plazo, que naturalmente generan también incertezas y dudas, pero que no hay como negar.

Nos parece que, con mayor razón en esas condiciones, partiendo de un criterio universal de ser humano, la adopción de un sentido de Constitución pautado en valores como la libertad y la igualdad, proyectadas en principios como el de la legalidad y de la no discriminación, la tolerancia y la solidaridad, y en cuyo núcleo se encuentren los derechos fundamentales, se torna imprescindible.

Simplemente, la reproducción de una cultura de responsabilidad democrática en las sociedades plurales es antagónica a tentativas no justificables o atrasadas de negación de derechos a nuevos migrantes o minorías desplazadas.

De modo que si la premisa consiste en el respeto a las instituciones políticas como instrumento para efectivizar derechos fundamentales, la democracia puede ser fortalecida con la participación equilibrada de actores nuevos en el proceso ciudadano cumplidas exigencias no discriminatorias y razonables consagradas no propio texto normativo constitucional.

2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL Y LA CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DE LA NACIONALIDAD Y LA CIUDADANÍA

En época relativamente reciente el análisis jurídico sobre el entrelazamiento entre los ámbitos nacional e internacional originó la construcción autónoma del denominado *Derecho Constitucional Internacional*. En ese campo algunos temas han tenido un tratamiento bastante frecuente, para solamente citar dos de ellos, el de la recepción de los tratados internacionales por el ordenamiento jurídico interno y el de la posible limitación al ejercicio de la soberanía en virtud de graves violaciones a los derechos humanos.

Desde nuestro punto de vista, una opción válida para iniciar una exposición sobre el tema de las migraciones y del refugio, aliado a los ideales de democracia, participación política y ciudadanía, puede ser aquella que nos ofrece el *Derecho Constitucional Internacional*. Eso porque constituye, sin duda, una posibilidad pedagógica con lastro histórico y cultural, que técnicamente refleja una simbiosis sujeta al hecho de que la Constitución invadió el terreno de la política externa. El Derecho Constitucional Internacional se ocupa del análisis sistemático de los principios y reglas que desde los diplomas constitucionales regulan la acción de los Estados y la vida de las personas en el ámbito de *lo internacional*.

Y nos parece que uno de los puntos en que el constitucionalismo y el internacionalismo como movimientos históricos encuentran su conexión es el de la construcción del binomio *nacionalidad-ciudadanía*.

Vale la pena recordar que en la Antigüedad la nacionalidad y la ciudadanía eran institutos análogos. Se trataba, así, de un binomio instantáneo. En Roma las personas se dividían en *ciudadanos* y *no ciudadanos* con fundamento en la posesión o privación del derecho de ciudadanía. Al principio, el *jus suffragii* y el *jus honorum*, las capacidades para votar en los comicios, elegir magistrados o ejercer funciones públicas o religiosas, eran restrictas al nacido en Roma. Posteriormente, las condiciones políticas y fiscales determinaron que la ciudadanía fuese extendida a todos los nacidos en el territorio dominado por el imperio⁴.

La imposición de una jerarquía de los nacionales por sobre los considerados “*extra gens*” – *Peregrini*, habitantes de la ciudad oriundos de países que firmaron acuerdos con Roma y *Barbari*, hombres de pueblos con los cuales no habían tratados o relaciones de amistad – se manifiesta desde entonces en el contenido de las normas jurídicas que definen modelos híbridos para otorgar la nacionalidad y, directamente, la ciudadanía, predominando la lengua, las costumbres y la residencia como factores objetivos y exigibles para asociarse o integrarse a la comunidad.

La cuestión es de contenido netamente político, más claramente, de opción política, como ya advertimos, puesto que la ciudadanía fue extendida a los sujetos nacidos fuera de las fronteras de la ciudad en el momento más conveniente para las finanzas romanas. Ese factor es interesante, pone de relieve que el binomio actual *nacionalidad-ciudadanía* no es algo natural sino algo otorgado, lo que caracteriza a los artificios humanos. Es, por eso, una atribución, una creación humana, un hecho cultural cuyos criterios paradigmáticos son susceptibles, entonces, de modificación conforme las exigencias de los nuevos tiempos, de necesidades de reconocimiento para dar lugar a la efectividad plena de los derechos del ser humano.

No es difícil con esas premisas descubrir porque, entonces, el tema de la nacionalidad es de altísima relevancia para el Derecho. Para el constitucionalismo el nacional es el sujeto de la acción política que crea el Estado y el ordenamiento jurídico, el soberano en la sociedad democrática.

En lo que concierne al internacionalismo la cuestión es que los ordenamientos estatales no tienen la pretensión de ser eficaces en todo el planeta. Sin embargo, razón asiste a Aláez Corral cuando afirma que el instituto de la nacionalidad es, por lo menos momentáneamente, imprescindible desde el mero punto de vista

⁴ PETIT, Eugéne. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Traducción de José Fernández González. Buenos Aires: Abogados Asociados Editores, 1924. p. 81-85.

de la funcionalidad del sistema jurídico y debido a la insuperable dificultad de fundar la unidad del ordenamiento jurídico en el Derecho Internacional⁵.

Perspicazmente, observa también el autor español que no acontece lo mismo con el instituto de la ciudadanía, puesto que este ha crecido de forma autónoma al de la nacionalidad, *junto con la que representa el punto de encuentro entre el ejercicio del poder por el individuo y la atribución de la soberanía a un sujeto colectivo*⁶.

Ahora bien, al igual que acontece con el constitucionalismo, en el cerne del internacionalismo como movimiento jurídico y político se encuentran también compromisos concretos con finalidades concretas. El Derecho Internacional de hoy no tiene como desprenderse del legado histórico de la doctrina de la paz perpetua de Kant, del reconocimiento a la dignidad humana aún en las situaciones más adversas, como en el caso de gravísimos conflictos internacionales – *Derecho Internacional Humanitario* – de la cooperación para la democracia y el desarrollo y de su freno al poder de las armas, para que vigoren los derechos humanos – *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*.

Llama la atención en nuestra reflexión esta última perspectiva, la del DIDH, que como expresa Villán Durán, a medida que se ha ido desarrollando se ha confirmado como un derecho dinámico, evolutivo y progresivo, abierto a nuevas expectativas y formulaciones de la sociedad internacional. En las palabras del autor español, su objetivo es *uniformizar y universalizar las normas de derechos humanos, siendo imprescindible mantener un equilibrio y hacer una síntesis entre las distintas tendencias en presencia en la CI, de modo que las normas internacionales que se elaboren puedan gozar de una aceptación universal, constituyendo así un mínimo vital exigible en toda sociedad y en toda circunstancia*⁷.

Si es así, entonces, es prudente percatarnos de que el esquema o binomio puede ser replanteado. Las Constituciones, como documentos supremos dentro del ordenamiento jurídico, institucionalizan las reglas del ejercicio del poder y parten entonces de considerar un espacio objetivo, un territorio. Con todo, existe además otra condición, la poblacional, el elemento humano que al final crea el Estado y recibe el impacto del nuevo orden. Por su parte, los tratados y Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos promueven la universalidad como característica inherente al desarrollo, documentos fruto de consensos con relación a aquello por sobre lo cual no podemos transigir porque afecta a todo el género humano.

En ese cuadro teórico, las migraciones y el desplazamiento forzado que origina la condición de refugiado, impactan el consenso cultural y político planteado

⁵ Nacionalidad y ciudadanía ante las exigencias del Estado Constitucional. *Revista de Estudios Políticos* (nueva época). Número 127. Madrid: Tecnos, Enero-marzo de 2005. p. 129-160. Consultense las opiniones del autor en las páginas 134 y 135.

⁶ Op. cit., p. 135.

⁷ *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Trotta, 2002. p. 69.

en el momento constituyente, renovándolo, al tiempo que imponen el desafío de la efectividad de los derechos sobre la base de la universalidad.

De esa manera, colocados los fenómenos en los linderos del Derecho Constitucional Internacional, podemos raciocinar críticamente analizando que en el nudo de los movimientos que dan origen a esta propuesta pedagógica – el constitucionalismo y el internacionalismo – se encuentran estos temas. Sin embargo, todavía no hay una respuesta adecuada al fenómeno de las migraciones y del desplazamiento forzado, mucho menos a las necesidades socio-políticas de migrantes y refugiados. Aunque hay que dejar cimentado que hemos avanzado en la idea de que el Estado constitucional, con compromisos en el orden internacional, tiene una serie de responsabilidades políticas, éticas y jurídicas con es segmento poblacional, de las cuales no puede evadirse.

3. ESTADOS NACIONALES, MIGRANTES Y REFUGIADOS EN EL NUEVO SIGLO

En las sociedades actuales el pluralismo ideológico, político y cultural, que caracteriza proyectos e intereses individuales diferentes, origina pactos de nuevo tipo, que superan viejos moldes. Una de las repercusiones jurídicas más interesantes es constatable en América Latina, al percibir que esa situación, por ejemplo, crea una rotación constitucional evidente. De hecho los nuevos diplomas constitucionales ofrecen perspectivas de integración plurinacional y multiétnica.

Las Constituciones de Ecuador, Venezuela y Bolivia ejemplifican ese proceso de renovación. La Nueva Constitución boliviana expresa en su artículo 1º las características de país multiétnico y pluricultural. Y el artículo 222 determina que la representación popular se ejerce a través de los partidos políticos, agrupaciones ciudadanas y pueblos indígenas. El Estado boliviano camina por nuevos rumbos promoviendo a los indígenas como competidores de primer orden para asumir la dirección política de las instituciones democráticas.

Algo parece mudar en la configuración de los Estados Nacionales en este sector del planeta, cuando se reconoce de esta manera la pluralidad. Por otro lado, en Europa, y especialmente en Francia, Italia y Alemania, los debates sobre la migración han sido tan intensos cuanto delimitadores de políticas polémicas y restrictivas al flujo migratorio.

De forma que el momento para discutir el tema no puede ser más propicio.

Entremezclado en ese proceso de reconfiguración de los Estados nacionales aparece la figura del inmigrante y también del refugiado, que pasamos a estudiar.

3.1. Democracia, neoliberalismo y procesos migratorios

Como se sabe, el fenómeno migratorio reporta sus orígenes al surgimiento de la propia condición humana, ocasionado por factores naturales, políticos, culturales, sociales y económicos.

Desde el comienzo del funcionamiento de los sistemas de producción anclados en la propiedad privada y la explotación humana, que se han reproducido tardíamente en las regiones periféricas, se generó la situación en que un grueso número de hombres y mujeres, oriundos de esas regiones, se trasladó y traslada aún a países del denominado núcleo, ciertamente donde las condiciones de vida son, hasta cierto punto, relativamente mejores para ellos, por razón de la venta de la fuerza de trabajo para la realización de oficios considerados indignos para los miembros de esas comunidades políticas.

Ese presupuesto económico no ha sido modificado en el transcurso del tiempo. Habermas, en entrevista concedida a J. M. Ferry, al sugerir que el nacionalismo, que produjo expresiones fascistas en Europa de la mitad del siglo XX, se encuentra devaluado como fundamento de una identidad colectiva observa como, en su lugar, los principios universalistas del Estado de Derecho y de la democracia se imponen en las denominadas sociedades postnacionales, pero al mismo tiempo advierte que uno de los factores que convierten a las sociedades europeas en sociedades postnacionales es la migración motivada por situaciones económicas, la creciente pluralidad étnica de las poblaciones y la agudización de la percepción y la sensibilidad para la violación de los derechos humanos y fenómenos como la explotación, el hambre, la miseria, las exigencias de los movimientos nacionales de liberación, etc.⁸.

204

Expresa Habermas:

Esto conduce, por un lado, a reacciones de miedo y defensa. Pero, simultáneamente, se difunde también la conciencia de que ya no hay alternativa alguna a las orientaciones valorativas universalistas.

Pero ¿que significa universalismo? Que se relativiza la propia forma de existencia atendiendo a las pretensiones legítimas de las demás formas de vida, que se reconocen iguales derechos a los otros, a los extraños, con todas sus idiosincrasias y todo lo que en ellos nos resulta difícil del entender, que uno no se empeña en la universalización de la propia identidad, que uno no excluye y condena todo cuanto se desvíe de ella, que los ámbitos de tolerancia tienen que hacerse infinitamente mayores de lo que son hoy; todo esto es lo que quiere el universalismo moral⁹.

Entre miedos y defensas, el telón de fondo de esta dinámica migratoria contemporánea lo constituye la denominada *globalización*. Con efecto, un poco después de la reorientación geoeconómica y geopolítica del mundo por ocasión del desaparecimiento de la Unión Soviética, a nuestro modo de ver se trabajó el

⁸ *Identidades nacionales y postnacionales*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Tecnos, 2002. p. 116-117.

⁹ *Id.*, p. 117.

tema de la interdependencia o, como prefieren los estudiosos franceses, la *mundialización*, ligándolo al supuesto triunfo del neoliberalismo económico impulsado por F. Hayek en su *camino de servidumbre*¹⁰.

Las reflexiones en ese campo se referían a una *globalización neoliberal*. Pocos autores distinguían entre un proceso de globalización y un modelo económico no necesariamente unido a él, sino paralelo. El neoliberalismo económico cayó más de prisa que lo previsto por sus propios sustentadores, mas algunas de las consecuencias de la globalización permanecen.

Con todo, el fenómeno, como advierte Aláez Corral, no se expandió al terreno jurídico, no hay una *globalización jurídica que nos permita afirmar la existencia de un solo Estado-ordenamiento y prescindir del concepto de Estado nacional*¹¹.

Por eso, si la globalización es, como se afirma, inevitable, y el neoliberalismo económico fracasó, la regeneración del sistema globalizado supone enfrentar algunos desafíos, ligados a varios ámbitos de la convivencia. Entre ellos es de singular importancia el de la administración de la democracia, de su perfeccionamiento, de la gestión participativa de los asuntos públicos, intentando siempre que el hombre común ostente su parcela de soberanía no solamente con el ejercicio del sufragio, mas instigado a participar de manera constantemente renovada en la gestión pública, es decir, procurando hacer ciudadanos.

Sin embargo, aún después del fracaso del modelo, los nuevos elementos del sistema económico, instalados para dar ritmo a la Unión Europea, no han promovido ni la plenitud de la ciudadanía ni de los derechos humanos. Por el contrario, una dinámica administrativa de la inmigración relacionada con la satisfacción del mercado de trabajo se impone sobre el tema. En España, por ejemplo, se ofrece, en las palabras de Javier de Lucas, un contrato jurídico y político provisional, acompañado de un concepto en el *Derecho de inmigración* de buen migrante, considerándose así al trabajador extranjero, siempre extranjero, que viaja para cumplir su función y que regresa a su lugar de origen sin dejar rastro¹², sin costos para la sociedad de destino, pero dejando en ella el resultado de su trabajo.

El mensaje, expresa Javier de Lucas es bastante claro:

La tarea de ese Derecho es enviar a los ciudadanos (antes que a los inmigrantes) el mensaje inequívoco de que vienen extranjeros, pero no hay que preocuparse, porque el Derecho los mantendrá en su lugar, el de los

¹⁰ HAYEK, Friedrich A. *Camino de servidumbre*. Traducción de José Vergara. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

¹¹ El profesor propone así, una redefinición de los conceptos de nacionalidad y ciudadanía a la luz de una estructura estatal en transformación. Op. cit., p. 130.

¹² La ciudadanía para los inmigrantes: una condición de la Europa democrática y multicultural. *Eikásia. Revista de Filosofía*. Número 4. Mayo de 2006. Disponible en: <www.revistadefilosofia.org>. Consultada en 21 de enero de 2009. p. 6.

no-ciudadanos, los que no pueden ser como nosotros, porque en realidad no quieren ser como nosotros, ya que desean volver a su país. Y el Derecho se encargará de marcar siempre las barreras, la diferencia, por ejemplo, señalando distintos derechos, distintos tipos de garantías de derechos. Insisto: si son extranjeros, según esta concepción, no tiene ningún sentido plantearse el derecho a la ciudadanía¹³.

Como se percibe, de esa manera, el Derecho en lugar de proteger instrumentalizaría al ser humano.

En los Estados Unidos, que al contrario de Europa, son un Estado de inmigrantes, la crisis del mercado forzó las ya conocidas restricciones al ingreso y la promoción de las operaciones retorno, regulándose al tiempo la entrada de mano de obra extranjera no calificada, es decir, de extranjeros pobres.

Tanto en Europa como en los Estados Unidos esta conducción del asunto migratorio es amenizada mediante la fijación de cupos que permiten el ingreso de aquellos que la economía europea o norteamericana necesita.

Históricamente la reacción internacional permitió la elaboración de documentos internacionales que protegen a los migrantes, haciendo especial énfasis en el derecho al trabajo. Importante mencionar la *Convención Internacional sobre los derechos de los trabajadores inmigrantes y de los miembros de su familia* de 18 de diciembre de 1990, así como los Convenios 97 y 143 de la Organización Internacional del Trabajo OIT relativos a los trabajadores migrantes y el derecho a la igualdad de oportunidad y de trato.

3.2. El tema de los refugiados

Al abordar el tema de los refugiados aclaramos que no pretendemos agotarlo o insistir en aquello que ya representa un consenso en la doctrina. Nos referimos especialmente al reconocimiento de la dignidad del refugiado y las vehementes protestas jurídicas – que debemos continuar ejerciendo en alto y con redoblada fuerza – para rechazar la manera como algunos Estados desconocen descaradamente la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951 y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 31 de enero de 1967.

Nuestro interés en el presente consiste en expresar que también con relación a los refugiados, teniendo en cuenta su *status*, es preciso adelantar una discusión sobre el reconocimiento de su ciudadanía en términos políticos.

Es posible realizar un estudio sobre el tema de la migración y el refugio a partir de varias perspectivas. La perspectiva antropológica, por ejemplo, expuesta por autores como Carmen Gallego Ranedo, prioriza un enfoque cualitativista,

¹³ Id., p. 6.

centrando el análisis en las personas que toman la decisión de abandonar su país de origen¹⁴.

Desde este punto, es importante detenernos en tal vez la mayor de las preocupaciones humanitarias de la comunidad internacional: el dramático fenómeno de las personas desplazadas, que son víctimas de gravísimos conflictos en los países en los cuales residen, es decir, de aquellos que migran por fuerza de persecuciones, preconcepciones y otras violaciones a sus libertades y derechos.

Es este fenómeno se plasma con mayor fuerza el tema de la crisis del sistema internacional de Estados y se maximiza la urgencia de pautar el raciocinio jurídico por fórmulas menos voluntaristas, menos neutras y menos formalistas. Es decir, valiéndonos de la exposición de Carrillo Salcedo, el punto donde hay que definir normas imperativas que prevalezcan sobre la voluntad de los Estados, más sensibles a los valores comunes colectivamente legitimados por la comunidad universal y definitivamente más abiertas a las finalidades del Derecho¹⁵. Finalidades que, no por acaso, hemos expuesto en la primera parte de nuestra exposición.

Para el tratamiento del tema siempre importa distinguir las dos modalidades de desplazamiento: la primera, denominada de desplazamiento interno, que se refiere a los grupos humanos que son obligados por causa de emergencias humanitarias a abandonar sus hogares, dirigiéndose a otras regiones del territorio del mismo Estado. La segunda, la del refugio, en la cual las personas no permanecen en el territorio del Estado de origen, sino que requieren el *status* de refugiado en otro Estado.

La historia de la acogida de los refugiados por parte de los Estados considerados centrales, con mayor capacidad económica, transita de la hospitalidad y generosidad conforme sus necesidades internas, al descaso y empeño político por la solución o minimización del problema en regiones que desde su orientación geopolítica consideran de menor o mayor importancia estratégica.

Por eso es de extrema importancia resaltar dos factores relevantes. El primero, que la acción jurídica y la acción humanitaria a favor de los refugiados tienen perspectivas en la medida en que estén acompañadas de la voluntad política, táctica y estratégica, de la comunidad internacional y especialmente de los Estados del núcleo de las relaciones internacionales para promover soluciones a los conflictos que se arrastran por décadas, como los problemas militares en el Medio Oriente y la situación de países como Colombia, que ostenta la mayor cifra de desplazamientos internos del planeta.

¹⁴ La "extranjería" como frontera entre ser o no ser "ciudadano". In: *Inmigración y Derechos*. Fernández Sola y Calvo García Natividad (Coord.). Zaragoza: Mira Editores, 2001. p. 83-96. Consúltese la opinión de la autora en la página 84.

¹⁵ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1999. p. 108.

Pietro de Jesús Lora Alarcón

El segundo, que el problema de los refugiados no se agota en el asentamiento de las personas sino en la garantía de esfuerzos constantes en el Estado que los acoge para crear las condiciones de preservación y reproducción de los derechos humanos, de manera a prestigiar su dignidad. Es posible, por ejemplo, en América Latina con el caso de Colombia, realizar esfuerzos conjuntos por parte de los países vecinos para garantizar la vida, seguridad y libertad de los refugiados a través de programas de cooperación que incluyan el derecho al trabajo, a la educación y a la salud, para solo citar tres de los derechos que habitualmente más constituyen preocupación y dificultad de ejercicio para los refugiados.

4. LA DEMOCRACIA, LA CIUDADANÍA Y EL FORTALECIMIENTO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

4.1. La superación del binomio *nacionalidad-ciudadanía*

Al introducir el presente trabajo anunciamos que el tema de la inmigración – sea voluntaria o forzada por causas económicas, conflictos u otras circunstancias que puedan instruir el requerimiento del *status* de refugiado – es de naturaleza política y se encuentra íntimamente ligado a la idea que tenemos de Derecho y del ejercicio de los derechos, a los fines de la Constitución y del constitucionalismo, a los propósitos del Derecho Internacional y especialmente al tema de la ciudadanía.

208

Reafirmamos que no es posible descartar otros aspectos – ni es de forma alguna nuestra intención – por sobre los cuales hay literatura específica, como el tema de la multiculturalidad, la interculturalidad o el principio de la tolerancia.

En nuestro intento por destacar el tema de la ciudadanía y descortinar el paradigma nacionalidad-ciudadanía, que no se sustenta más en la contemporaneidad, hemos observado que el contenido de la globalización neoliberal y su saldo negativo ha impuesto nuevos desafíos, por ejemplo, el de la gestión cada vez más democrática no solamente de los asuntos públicos, sino la gestión democrática de la propia sociedad.

En suma, ligando todos esos elementos, podemos afirmar ahora con renovada convicción que uno de los factores que realmente cuenta en última instancia y de los cuales depende el fortalecimiento de la democracia, la inclusión social y el respeto por los derechos humanos, es la ampliación del reconocimiento de la participación de inmigrantes y refugiados en la comunidad organizada en términos políticos.

Por cierto, si examinamos el proceso de construcción del Estado de Derecho observaremos que hemos avanzado, merced a la evolución del concepto de democracia, del constitucionalismo social y del reconocimiento del derecho a la paz y al desarrollo, a una renovación de paradigmas que hasta hace poco tiempo vigoraban fuertemente.

Se puede también mencionar que existen avances en la manera de interpretar el Derecho como fenómeno histórico y cultural. Sobre el punto, de una concepción

civilista hemos atravesado el prisma de la interpretación del fenómeno jurídico para ingresar en el constitucionalismo y en la idea de una constitución invasora, como plantea Zagrebelsky, dando lugar a una dogmática más fluida, ligada a principios constitucionales y al entendimiento de una constitución que representa garantía de legitimidad para los actores sociales en las sociedades pluralistas¹⁶.

La consecuencia para el Estado de Derecho, que es calificado como Estado *democrático* de Derecho en constituciones como la brasileña de 1988, implica que si de él y de su estructura deriva todo el estatuto fundamental del individuo, entonces, como expresa Aláez Corral:

(...) la exigencia definitiva del principio democrático de que los sometidos al poder del Estado, por tanto a su ordenamiento jurídico, puedan participar de forma libre, igual y plural en la creación normativa a la que van a estar sujetos, sienta un condicionamiento estructural, aplicable desde un principio también al legislador de la nacionalidad, que va a cambiar por completo buena parte de los rasgos tradicionales de este instituto que lo equiparaban al de la ciudadana¹⁷.

Ya Zagrebelsky anunció que esa expresión *Estado de Derecho* es ciertamente una de las más afortunadas de la ciencia jurídica contemporánea y aunque contenga una noción genérica y embrionaria y no sea un concepto vacío o una fórmula mágica, indica sí un valor, el valor de la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. Hoy, con la precariedad de la ley, que no es, como nunca fue, expresión de la voluntad general de los ciudadanos, la idea de *Estado Constitucional* cobra fuerza, al lado de la efectividad de la normatividad del diploma mayor¹⁸.

En ese marco de opiniones, la recreación de la democracia no pasa exclusivamente por la coexistencia ciudadana de nativos, inmigrantes, refugiados, sino por fórmulas que aproximen al individuo, en auténtico rescate de su parcela de soberanía, a la esencia de ese régimen político, y para eso el voto distrital, la conquista del espacio público y del quehacer público olvidado pela orientación neoliberal que auspició la reducción del Estado en áreas estratégicas, pueden ser factores de peso.

No nos detendremos hoy en esos factores. Más bien continuemos redescubriendo la cuestión del binomio *nacionalidad-ciudadanía* y su dificultad de mantenerse incólume.

En la antigua visión, el tema de la naturalización es, obviamente, abordado a partir del concepto inicial de que hay uno o más *extranjeros*, o sea, de que ha *personas de fuera* o *forasteros*.

¹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2007. p. 13.

¹⁷ ALÁEZ CORRAL, op. cit., p. 131.

¹⁸ Op. cit., p. 21.

Los requisitos para la obtención de la naturalización parten, en la mayoría de los casos, de la condición de residir. En esos términos, si el solicitante del refugio obtiene la autorización para permanecer en el territorio del Estado, y el tiempo de su permanencia dependerá del paso de una situación de violencia extrema a otra bajo el imperio de la seguridad y la paz en su Estado de origen, entonces que podría motivar que no reciba el *status* de ciudadano transcurrido el tiempo previamente establecido?

Cumplidos los requisitos para la obtención del refugio es una cuestión de Derecho Constitucional definir el tipo de derechos que deben ser obtenidos. Y no encontramos óbice alguno para defender una parcela de ciudadanía en ese caso.

No se trata de una ciudadanía automática, en lo absoluto, pero no es posible pensar que si, después de un periodo inicial de convivencia donde se demuestran valores y contribuciones a la sociedad a la cual se acoge, el refugiado requiere una parcela de ciudadanía, pueda esta negarse con el argumento de la nacionalidad.

Esa plenitud de la vida constitucional y de los derechos políticos es el foco de una agitada polémica en Europa.

Opinando sobre el proceso de integración del Viejo Continente, Javier de Lucas, nos alerta para la necesidad de tocar la raíz del problema de la ciudadanía:

210

Porque el desafío de la inmigración es mucho más importante que la dificultad de acomodar estadísticas y recursos en relación con las necesidades del mercado laboral, o las medidas a adoptar para mantener el standard de orden público. Hay que mirar más allá y entender que los flujos migratorios son el catalizador que nos sitúa ante la necesidad de volver a pensar a radice de nuestras respuestas a la construcción democrática del vínculo social y político, porque estas comportan hoy un déficit de inclusión y pluralidad en la medida en que institucionalizan la exclusión de los inmigrantes como sujetos del espacio público, su imposibilidad conceptual de llegar a ser ciudadano¹⁹.

De Luca apunta para lo que interesa y que ya hemos anunciado: ¿Que contenidos, exigencias y perspectivas tiene el modelo de ciudadanía que la Constitución y los tratados proponen y que contenidos debe tener la ciudadanía exigida por las sociedades multiculturales?

La verdad es que esa plenitud de vida colectiva en las sociedades pluralistas entra en choque con una dinámica de aceptación-rechazo que se genera a partir del momento en que el Estado edita las primeras normas en las cuales considera que el ingreso de extranjeros es un privilegio. Esta es, en las palabras de Carmen Gallego Ranedo y de C. Giménez, y en termos antropológicos, un *transnacionalismo*, es una realidad multinacional²⁰.

¹⁹ Op. cit., p. 3.

²⁰ Op. cit., p. 90.

Con todo, el privilegio de ingresar al territorio estatal puede ser ampliado o reducido conforme la coyuntura económica o la reciprocidad entre los Estados. Por eso Galleno Ranedo explica que si tomamos a Europa como ejemplo de realidad supranacional, la Unión Europea viene definida actualmente por políticas restrictivas en materia migratoria:

Los acuerdos de Shengen, ratificados por los países miembros de la Unión Europea, entre ellos, España, que lo hizo en 1991, definen y perfilan quiénes son considerados ciudadanos de la Unión y quiénes no. Es interesante destacar que en su artículo 1 define al extranjero como 'cualquier persona que no sea nacional de los Estados miembros de las Comunidades Europeas'. Se estaba construyendo formalmente una ciudadanía europea, concepto que ya venía plasmado en el Tratado de Maastricht, sobre la base de excluir a quienes no son considerados ciudadano²¹.

De esta forma, partiendo de que las categorías *inmigrante* y *ciudadano* se muestran antagónicas en si mismas, Carmen Gallego Ranedo, explicando el problema de la migración en el contexto español, atesta el dilema antropológico entre

(...) la verdad ideal y la práctica real; dicho de otra manera y con un ejemplo, entre el reconocimiento al universalismo del derecho de los inmigrantes a ser ciudadanos de los países receptores y la evidencia de su negación en la realidad. Y esta reflexión justamente se enmarca después de más de cincuenta años de la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, carta de intenciones donde se garantiza a las personas la libre salida de su país de origen, pero donde casi nada se dice de sus derechos en destino²².

211

Y, entonces, manifiesta la profesora de Zaragoza:

El extranjero no comunitario se vislumbra, pues – desde el sistema jurídico como legitimador de las prácticas sociales –, como un sujeto que atenta contra la identidad cultural: al ser excluido de su condición, de sus derechos (pues se le distingue como el que no tiene el bien primario y básico que confiere el poder público a todos los demás, y, por eso, la negación del voto como no ciudadano), se convierte en el elemento discordante que perturba y pervierte la construcción de esa ciudadanía en términos de homogeneidad cultural, por eso, se le niega el voto, como marcador de su condición de no ciudadano²³.

Es precisamente por eso que, desde nuestro punto de vista, el principio democrático no debe estar necesariamente sujeto al vínculo de la nacionalidad

²¹ Id.

²² Op. cit., p. 84-85.

²³ Op. cit., p. 91.

Pietro de Jesús Lora Alarcón

sino al elemento subjetivo que consiste en la voluntad de los individuos, inmigrantes y refugiados, de habitar en un lugar determinado. Como manifiesta Aláez Corral, con esta intención de sujetarse a las disposiciones de un determinado ordenamiento jurídico, los individuos deben participar de la elaboración de ese ordenamiento²⁴.

Por eso, se requiere en las palabras del profesor:

(...) reconstruir la nacionalidad desde una perspectiva democrática, esto es, en función de la ciudadanía y no a la inversa, lo que exige alejarse de un concepto objetivo de nación y aproximarse mucho más a un concepto subjetivo en el que el factor determinante lo constituye la sujeción igual al ordenamiento jurídico de quienes han expresado con la residencia su consentimiento al pacto social fundador²⁵.

Aunque sea necesario advertir que no es posible un modelo impositivo de ciudadanía en términos políticos tampoco es posible resistir a las nuevas exigencias de las sociedades pluriculturales y cerrar los ojos a fenómenos como la inmigración y el refugio.

4.2. Una propuesta concreta para recrear la ciudadanía y los derechos humanos

212

El escenario de las sociedades pluralistas es el de la multiculturalidad presente desde el momento en que se deducen las premisas para la organización del Estado. Sólo que en ese caso se trata de una multiculturalidad constitutiva que interfiere en la escogencia de las opciones políticas y de desarrollo económico, social y cultural y que pasa a ser el trasfondo de los dispositivos constitucionales.

De ahí que la multiculturalidad se haga presente, por ejemplo, en el momento de caracterizar la sociedad pluriétnica, o cuando se protegen las tierras indígenas o se obliga al Estado a la protección del patrimonio cultural o paleontológico y se reconocen y protegen las manifestaciones que conforman el proceso civilizatorio de un país. En Brasil, por ejemplo, esa protección es evidente en el Título VIII que trata del *Orden Social*, en la Constitución de 1988.

La multiculturalidad está también presente cuando se vedan privilegios para posibles opciones estatales, como cuando en el artículo 19 de la Constitución del Brasil se expresa que el Estado no subvencionará ninguna religión.

En todo caso, como ya hemos afirmado, en el Estado constitucional de la sociedad pluralista y multicultural, la Constitución sugiere con su fuerza normativa un modelo de convivencia hacia el cual debe transitar la sociedad.

²⁴ Op. cit., p. 142.

²⁵ Ibid.

Con todo, en el actual contexto político y social, los inmigrantes y refugiados, incorporados con posterioridad al proceso constituyente tienen pocas o ninguna posibilidad de recrear el Estado, puesto que es la propia Constitución la que define las condiciones de ejercicio de la ciudadanía y esta lleva en cuenta para tal fin a los nacionales o nacionalizados.

Se trata de una conexión de la actualidad constitucional viva con el enfoque que solo puede ser del pasado. Es decir, a pesar de la interacción en nuestra época de constituciones y tratados que reproducen a la manera de derechos fundamentales o derechos humanos un conjunto de desprendimientos de la dignidad humana, la verdad es que los propios instrumentos jurídicos continúan partiendo de la base de inclusión-exclusión que ya hemos relatado. Es decir, reproducen la idea emanada de un liberalismo en caducidad en torno a la exclusión del otro, del extranjero.

Por eso el problema se coloca en el terreno de la gestión democrática de la sociedad plural postconstitucional, es decir, con posterioridad a la formación del Estado en términos jurídicos, considerando que la Constitución creó el espacio de encuentro de la diversidad.

El desenlace deseado de nuestra modesta reflexión, es el de generar o, por lo menos, iniciar ese debate en nuestro medio, sobre la propuesta de reconocer el derecho al sufragio en la esfera municipal a migrantes y refugiados. Nos parece propuesta razonable y pertinente. El municipio o la ciudad es la célula en la que se reproduce la vida cotidiana del sujeto económico, cultural, social y político.

Vinculado a esa propuesta se encuentra el estímulo a la plenitud de los derechos humanos, comenzando con el fortalecimiento del derecho-garantía de asociación. Será a través de esa fórmula que los nuevos actores tendrán condiciones de elaborar conjuntamente una valoración del interés público que se podrá expresar de forma coherente en la libre escogencia de candidatos y en la formulación de propuestas y programas transformadores.

Obsérvese como mudando el paradigma de *nacionalidad-ciudadanía* para promover el de *vecindad-ciudadanía* o *residencia-ciudadanía*, porque es perfectamente comprensible la exigencia de un tiempo mínimo de residencia, se puede conseguir la unidad en la diversidad de las sociedades plurales. Unidad que, por obvio, no significa homogeneidad, sino reconocimiento tolerante de las diferencias y solidaridad amplia.

Nuevamente con referencia en el Estado español Javier de Lucas Martín plantea el tema, aduciendo el rescate de la ciudadanía como *derecho a la ciudad*, *derecho a la movilidad* y *derecho a la presencia*, capaz de garantizar a todos los que viven en un contexto local sus plenos derechos económicos, sociales, políticos y culturales.

Se trata por lo demás de un argumento que cuenta con un considerable respaldo social y ciudadano, a través de movimientos e iniciativas de amplio espectro que coinciden en anclar el acceso a la ciudadanía en la residencia estable (desde tres años), en el ámbito local, es decir, ciudadanía como vecindad, con derechos políticos plenos en el ámbito municipal (lo que es algo más que el derecho a sufragio activo y pasivo, el derecho a voto), desde una concepción de la ciudadanía como ciudadanía multilateral (doble, y aún más, cuádruple ciudadanía) y además ciudadanía gradual: desde la vecindad al ámbito autonómico primero, y al estatal y europeo después²⁶.

Al contrario de un modelo de democracia precaria y degradada, al lado de una reducida efectividad de los derechos humanos, puesto que los derechos políticos admiten en el binomio *nacionalidad-ciudadanía* la restricción a su titularidad, en el modelo democrático del Estado Constitucional que hemos sustentado la ciudadanía es consecuencia y causa de titularidad de los derechos humanos. Es el ejercicio de los derechos humanos fundamentales, desde el punto de vista formal y material, que determina la posesión de la ciudadanía plena.

214

La superación de ese paradigma a favor de razones que legitiman la titularidad del ejercicio de los derechos políticos a todos y a través de un esquema de niveles previa y constitucionalmente determinado constituye un progreso en la secuencia de conquistas como las del constitucionalismo social y del internacionalismo que impone restricciones a las arbitrariedades con fundamento en la soberanía.

Si migrantes y refugiados no poseen todavía derechos políticos la causa esencial es el modelo de organización estatal, es decir, el hecho de que el elemento preliminar de la nacionalidad determine la posterior adquisición de la ciudadanía política. Tal figura no está hoy en conformidad con la finalidad del Derecho Constitucional e Internacional de compromiso con la cultura de responsabilidad democrática.

Por eso, en cuanto exista ese criterio, las condiciones serán muy precarias en términos políticos. De ahí la necesidad de mudar el paradigma y partir a una desvinculación de la ciudadanía con relación a la nacionalidad.

Es necesario que el actual sentido jurídico de la ciudadanía se oriente por la responsabilidad democrática, es decir, una praxis cívica que se comprometa con la maximización de la efectividad de los derechos humanos y que al mismo tiempo los torne posible. De esa manera, será posible dirigir un proceso de interferencia política y participativa para la conducción de los negocios públicos, de la gestión administrativa que reconozca y preserve la diversidad de todos los sujetos que aceptan voluntariamente la dirección de un ordenamiento jurídico.

²⁶ Op. cit., p. 15.

Obviamente desde el punto de vista económico-social esa libertad política no basta. La ciudadanía real exige la satisfacción de las necesidades básicas mínimas del ser humano. Por eso, el derecho a la salud, a la educación y al desarrollo son de reconocida importancia para los primeros.

Se podría pensar que esta propuesta no tiene soporte jurídico en el principio de la igualdad. Quien examine la evolución del Derecho conseguirá descubrir que también el entendimiento jurisprudencial puede conducir a la claridad de los postulados como el de la igualdad, envueltos en la propuesta que hemos esbozado.

Por ejemplo, la interpretación del Comité de Derechos Humanos, que se encarga del control y aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sobre el principio de no discriminación, se fundamenta en que el término discriminación se debe entender como referido a “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos (...) y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”²⁷.

El Comité también distingue entre la disposición del artículo 2.1 del Pacto y el artículo 26, que, en su opinión, establece un derecho autónomo, puesto que “prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas”²⁸ y determina los límites a la no discriminación, expresando que “si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto”²⁹.

De manera que, después de superar la frontera geográfica, de procurar obtener el reconocimiento de una percepción diferente del mundo, de procurar un espacio económico democrático, tal vez sea la hora de comenzar a superar la frontera política, lo que nos parece, ciertamente, del todo pertinente y conforme las bases de un constitucionalismo y un internacionalismo adecuado al prestigio de la dignidad humana.

CONSIDERACIONES FINALES

Como se observa, el concepto de ciudadanía parte del nacimiento, de la ocupación geográfica o de la residencia definitiva en un lugar. Las nuevas realidades migratorias, las emergencias humanitarias que obligan al desplazamiento

²⁷ Informe del Comité de Derechos Humanos a la 37 Asamblea General de las Naciones Unidas. 1989. Comentario general número 18.

²⁸ Ibid., párrafo número 12.

²⁹ Ibid., párrafo número 13.

Pietro de Jesús Lora Alarcón

forzado de personas permiten afirmar que estos conceptos pueden e deben ser revisitados y reinterpretados.

El binomio *nacionalidad-ciudadanía* en que reposa el ejercicio de los derechos políticos impide la efectividad plena de los derechos humanos y constituye una cortapisa para que migrantes y refugiados contribuyan con seguridad al crecimiento económico, social y cultural de las sociedades plurales de la contemporaneidad

Así, la propuesta de concesión de espacios de ciudadanía política para migrantes y extranjeros es una exigencia de nuestra época.

REFERENCIAS

ALÁEZ CORRAL, Benito. *Nacionalidad y ciudadanía ante las exigencias del Estado Constitucional* In Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Número 127. Madrid: Tecnos. Enero-Marzo de 2005.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1999.

GALLEGO RANEDO, Carmen. *La "extranjería" como frontera entre ser o no ser "ciudadano"* In "Inmigración y Derechos". Fernández Sola y Calvo García Natividad (Coord.). Zaragoza: Mira Editores, 2001. p. 83-96.

216 HABERMAS, Jürgen. *Identidades nacionales y postnacionales*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Tecnos, 2002.

HAYEK, Friedrich A.. *Camino de servidumbre*. Traducción de José Vergara. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

LUCA, Javier de. *La ciudadanía para los inmigrantes: una condición de la Europa democrática y multicultural* In Eikásia. Revista de Filosofía. Número 4. Mayo de 2006. Disponible en www.revistadefilosofia.org. Consultada en 21 de mayo de 2010.

NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Traducción al portugués de Adriano Pilatti. Río de Janeiro: DP&A, 2002.

PETIT, Eugéne. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Traducción de José Fernández González. Buenos Aires: Abogados Asociados Editores, 1924.

SCHNEIDER, Hans-Peter. *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Madrid: Trotta, 2005.

VILLÁN DURÁN, Carlos. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Trotta, 2002.

Data de recebimento: 30/05/2011

Data de aprovação: 15/06/2011

**ARGUMENTAÇÃO E RENOVAÇÃO INSTITUCIONAL
EM BRESSER PEREIRA:
INTRODUÇÃO À LEITURA DE “CONSTRUINDO O ESTADO
REPUBLICANO: DEMOCRACIA E REFORMA DA GESTÃO PÚBLICA”**

**REASONING AND INSTITUTIONAL RENOVATION
IN BRESSER PEREIRA:
INTRODUCTION TO BUILDING A REPUBLICAN STATE: DEMOCRACY
AND REFORM ON PUBLIC ADMINISTRATION**

*Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy**

RESUMO

O ensaio pretende colocar uma discussão em torno de um dos livros de Bresser Pereira, *Construindo o Estado Republicano*, texto central no que se refere a muitas questões contemporâneas de gestão pública. Instituições estatais precedem aos mercados. Um Estado Republicano exige cidadania participativa. Bresser defende um Estado forte, construído, no entanto, num contexto quantitativo minimalista de servidores públicos.

Palavras-chave: Modernidade; Estado; Racionalidade; Republicanismo e mercados.

ABSTRACT

The paper brings some discussion on Bresser Pereira's *Building a Republican State*, a paramount book on many a public policy actual questions. State institutions precede markets. A Republican State demands a participatory citizenship. Bresser states for a strong State which is nonetheless build upon an apparently weak amount of civil servants.

Keywords: Modernity; State; Rationality; Republicanism and markets.

* Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Consultor-Geral da União. As opiniões aqui emitidas são de inteira responsabilidade do autor e não traduzem ou refletem a posição institucional que ocupa. Advocacia-Geral da União. Correspondência para/*Correspondence to:* Gabinete do Consultor-Geral da União. SAS – Q-3, Lote 05/06- Edifício Sede, sala 1200. Brasília-DF, 70030-070. E-mail: arnaldo.godoy@agu.gov.br e asmgodoy@gmail.com.

O republicanismo é o tema central do livro *Construindo o Estado Republicano*: democracia e reforma da gestão pública, de Luiz Carlos Bresser Pereira. A proteção do patrimônio público e o tempero liberal no contexto de uma vocação social do Estado são os dois argumentos que o livro sustenta. Trata-se de projeto de reforma institucional que exige competência técnica e virtude republicana, bem como o enfrentamento do clientelismo e do fisiologismo. Bresser é um antideterminista, acredita que podemos alterar e recriar nossos destinos, e que devemos aproximar desejo com perspectiva, no sentido de acomodarmos o que queremos com o que realmente podemos fazer.

A premissa das reflexões de Bresser centra-se na ideia de que instituições estatais precedem aos mercados; isto é, mercados são impraticáveis na inexistência de garantias legais prévias para o exercício dos direitos de propriedade; aos contratos cabe papel prioritário neste contexto institucional¹. Menos do que a organização do mercado, deve-se preocupar com moldura de um Estado forte, no sentido republicano, especialmente no que se refere à defesa do patrimônio público. Cidadãos participativos, políticos comprometidos e servidores públicos responsáveis são os referenciais deste Estado que concebe.

244

Como se verá mais adiante, um Estado republicano, para Bresser, é um Estado forte, marcado por intensa participação de seus cidadãos, com não menos potente capacidade efetiva para realizar reformas institucionais. Trata-se de Estado com poder para a aplicação real de normas jurídicas válidas (*Law enforcement*), dotado de ampla legitimidade para lançar e cobrar tributos, o que também revela poder para financiar ações coletivas que decorrem de opções democráticas amplamente discutidas².

O livro é dividido em três partes que guardam relativa autonomia. Trata da ascensão do Estado moderno; em seguida, cuida de modelos genéricos de reforma da Administração Pública e, no fim, discute amplamente projetos de reforma para o Brasil, algumas empiricamente testadas, a exemplo da reforma de 1995, que decorreu de um *Plano Diretor para a Reforma do Estado*, que elaborou. Alguns temas desenvolvidos no livro retomam marcos conceituais anunciados no *Plano*, a exemplo da tipificação das várias formas de Administração Pública.

Na primeira parte, relativa à ascensão do Estado moderno, discorre sobre as várias formas históricas de Estado que há. Cuida do Estado absoluto e do modelo patrimonial de administração que marcou o modelo. Trata do Estado liberal e da conseqüente reforma do serviço público que se conheceu. Teoriza a transição que alguns países viveram para a democracia liberal. Apresenta problemas e dilemas do Estado social-democrático, discutindo a crise que

¹ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Construindo o estado republicano*: democracia e reforma da gestão pública. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. p. 277.

² BRESSER PEREIRA, 2009, p. 163.

caracteriza esta fórmula. Contextualiza o Estado contemporâneo no sistema global que presentemente vivemos. Explicita o surgimento de direitos republicanos, com estações em conceitos de Estado social-liberal, de Estado republicano e de democracia também republicana.

Na segunda seção, relativa à reforma da Administração Pública, avalia um primeiro grande passo, que identifica como o passo da reforma burocrática ou reforma do serviço público. Define e trata de segundo passo, a chamada reforma da gestão pública, concebendo modelo básico, instâncias de flexibilização, de delegação e de descentralização de poder, propiciando que se imaginem estruturas e rotinas de agências executivas e reguladoras, de organizações sociais e de regime de administração a partir de núcleo estratégico.

O livro se encerra com seção que discute a reforma proposta, indagando se o modelo decorre de um conjunto conceitual da escola da escolha racional ou da teoria das organizações, bem como com sumária apresentação das críticas que há ao modelo proposto, à luz de um ambiente de restrições democráticas. Objetivamente, enfrenta questão que opõe democracia a reforma na gestão pública. Concluirá que não se faz reforma na gestão pública sem um mínimo de democracia.

Bresser apresenta-nos três preocupações nucleares. Indaga-nos a respeito de como o Estado moderno se transformou, pergunta-nos a propósito da importância (e legitimidade) de um Estado forte no sistema global, bem como de suas inquietações faz emergir proposta concreta e factível para reforma estrutural na gestão pública. Reconhece que o cidadão opta pela política com base em interesse próprio. No entanto, concede, o cidadão pode apreender interesses públicos, devotando-se a estes. Trata-se de um pressuposto, empiricamente não comprovado, que revela humanismo cívico desejável, mas não efetivamente constatado, de forma recorrente, no comportamento cotidiano.

Bem entendido, para Bresser, a reforma do Estado é algo bem mais amplo do que a reforma do aparelho do Estado, embora esta última esteja contida naquela primeira³. Ambas atendem ao apelo cívico que nos lança. Uma teimosa percepção burocrática intransigente obstaculiza que desenvolvamos estudos em âmbito de reformas públicas da administração. Para Bresser, reforma do Estado demanda rearticulação das instituições. É o que propõe.

Uma pretendida governança burocrática decorreria do avanço em dois aspectos de uma esperança de mudança global: a democracia republicana e a reforma da gestão pública. O fortalecimento do Estado é o núcleo do que se propõe. Sociedade civil forte garante a democracia, e um Estado forte, garantindo-se, assim, mercados⁴. Há vários problemas pontuais que precisam de

³ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Plano diretor da reforma do aparelho do estado*. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

⁴ BRESSER PEREIRA, 2009, p. 13.

enfrentamento. O burocrata deve compreender seu papel político; interesses corporativos e interesses públicos devem ser identificados como interesses distintos, ainda que não necessariamente divergentes⁵.

Bresser diferencia *povo* de *sociedade civil*; esta última – de fato – desconsidera a igualdade entre os cidadãos:

No passado, tribos, cidades-Estado, feudos e impérios definiam a organização política. Nos tempos modernos, os Estados-nação ou os países são a unidade política básica. A palavra “Estado-nação” (ou “país”) é utilizada neste livro para identificar a entidade politicamente abrangente dotada de poderes soberanos. Em cada Estado-nação há uma sociedade e um Estado. Dentro da sociedade, a sociedade civil é a sociedade organizada politicamente, fora da organização do Estado; é o conjunto de cidadãos que atuam na vida política, equipados com o poder oriundo da organização, do conhecimento e da riqueza. A sociedade civil é formada por todos os membros da sociedade agindo politicamente e pelas organizações corporativas e de controle ou responsabilização social da sociedade civil. Enquanto no conceito de “povo” todos os cidadãos são iguais, no conceito de sociedade civil leva-se em consideração o peso de cada cidadão, derivado de sua capacidade organizacional, riqueza ou conhecimento⁶.

Bresser esclarece o que entende por governo e por governança; e de tal modo, usa

(...) “governo” não como sinônimo de Estado (como geralmente se faz na linguagem corrente), mas para me referir: (a) ao grupo de pessoas, nos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário do Estado, que chefiam a organização do Estado; e (b) ao processo de governar, de decidir sobre políticas e instituições públicas. Uso o termo “governança” apenas raramente, mas quando o faço, entendo por ele o processo complexo de governar nas democracias modernas, em que não apenas os funcionários governamentais, mas também a sociedade civil e uma legião de atores políticos diferentes e conflitantes interagem no contexto de uma realidade econômica e institucional⁷.

A percepção de *governança* sugere aproximação entre os servidores públicos e a sociedade civil. Deve-se buscar a consecução dos objetivos das sociedades democráticas, que Bresser identifica em quatro pontos, nomeadamente: a estabilidade política, a liberdade, a justiça social e o desenvolvimento econômico⁸. A reforma institucional exige competência técnica e virtude republicana.

⁵ BRESSER PEREIRA, 2009, p. 14.

⁶ Ibid., p. 15.

⁷ Ibid., p. 16.

⁸ Ibid., p. 20.

Argumentação e renovação institucional em Bresser Pereira

Valendo-se de uma metodologia weberiana, Bresser nos indica três tipos ideais de administração do Estado: administração patrimonialista, administração burocrática e modelo de gestão pública. A reforma do serviço público teria enfrentado a administração patrimonialista. A reforma da gestão pública ataca a administração burocrática⁹.

A administração patrimonialista corresponde ao Estado absolutista e autoritário, no qual a coisa pública e os bens do soberano se confundem. Estado absoluto e burocracia patrimonialista atingiram seu auge no século XVIII¹⁰; no Brasil, especialmente no século XIX¹¹, sobretudo ao longo da permanência de D. João VI entre nós, quando seus aspectos mais marcantes foram fixados, inclusive em nossa mentalidade e cultura. Foi o tempo de uma burocracia fiscal e judiciária que Bresser identifica como preocupada com a aplicação das leis (com exceções), dos regimes, direitos e privilégios alfandegários, da tributação sobre o consumo, de fórmulas de extração fiscal preocupadas em taxar o sal e o vinho¹².

A administração burocrática é marcada pelo controle de procedimentos, pela impessoalidade, pela legalidade e por um sentido de moralidade imposto ao agente público. É o modelo dominante, entre nós, especialmente na literatura do Direito Administrativo. A formulação da administração burocrática e impessoal é também triunfante na jurisprudência dos tribunais nacionais e na atuação de órgãos de controle, a exemplo do Tribunal de Contas e da Controladoria-Geral da União. Segundo Bresser:

A primeira reforma histórica da organização do Estado foi a reforma do serviço público, que representou a transição da administração patrimonial para a administração pública burocrática. Max Weber descreve classicamente a reforma do serviço público como envolvendo um serviço público profissional, procedimentos universais e legitimidade jurídica (...) a reforma do serviço público ocorreu em diferentes períodos: na Europa, no século XIX; nos Estados Unidos, no início do século XX; e no Brasil, nos anos 1930. A maioria dos países em desenvolvimento nunca experimentou uma reforma do serviço público, embora tenham burocracias modernas. A reforma burocrática assinalou um importante avanço na administração pública e na proteção do patrimônio público. A reforma da gestão pública é a transição da administração burocrática para o gerenciamento público. O serviço público continua sendo

⁹ BRESSER PEREIRA, 2009, p. 22.

¹⁰ Ibid., p. 44.

¹¹ Estudo seminal sobre o patrimonialismo brasileiro é encontrado em FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2001.

¹² BRESSER PEREIRA, op. cit.

profissional e racional, mas a racionalidade depende mais de tomadas de decisão gerenciais do que da estrita observação de procedimentos burocráticos¹³.

Ao Estado absoluto, assim, corresponde a uma administração patrimonial. No Estado liberal tem-se uma administração pública burocrática. Não há fórmulas democráticas que correspondam a estes modelos de Estado e de administração. Modelos democráticos caracterizam o Estado liberal-democrático, o Estado social-democrático (que alguns denominam de Estado de bem-estar social) e o Estado social-liberal e republicano. Uma administração pública burocrática acompanha uma democracia liberal e elitista, típica do Estado liberal-democrático. É o ponto de inflexão dos concursos públicos. A administração pública burocrática também marca uma democracia social e pluralista, típica do *Welfare State*.

A gestão pública, defendida por Bresser, é o modelo correspondente à democracia republicana ou participativa, núcleo do Estado social-liberal e republicano¹⁴. Para Bresser, o Estado republicano é resposta e reação ao uso indevido dos bens públicos, bem como à oferta ineficiente de serviços sociais e científicos¹⁵.

248

É este novo tipo de Estado que Bresser defende, e que deve respeitar regras da democracia, princípios liberais e sociais, enfatizando direitos republicanos e garantindo a participação política de cidadãos republicanos¹⁶. Direitos republicanos são afirmados na parte final do século XX, em cuja primeira parte se fixaram direitos sociais e de cidadania, que de certa forma radicavam na definição e na afirmação de direitos civis, movimento que remonta às revoluções liberais e atlânticas do século XVIII. Este novo Estado assume que esfera pública e sociedade civil sejam sinônimas. De qualquer maneira, segundo Bresser, esta linhagem poderia ter começado quando Hobbes minou o poder real, ainda que o defendesse entusiasticamente:

(...) no momento em que Hobbes concebia o contrato social como uma nova maneira de legitimar o poder absoluto do rei, ele estava minando radicalmente este mesmo poder. Ao afirmar que a autoridade do rei não se baseava na religião, e sim em um contrato, ele estabeleceu a base da ideia dos direitos de cidadania. Ele plantou a semente ou estabeleceu os fundamentos do Estado liberal – fundamentos a partir dos quais Locke, Montesquieu, Rousseau e Tocqueville construíram o edifício

¹³ BRESSER PEREIRA, 2009, p. 23.

¹⁴ *Ibid.*, p. 35.

¹⁵ *Ibid.*, p. 36.

¹⁶ *Ibid.*, p. 29.

Argumentação e renovação institucional em Bresser Pereira

constitucional e liberal. Se o indivíduo, por vontade própria, renuncia à liberdade em nome da ordem social, isso significa que o poder original está com ele, não com Deus; o indivíduo que é parte de um Estado-nação é por definição um cidadão. O cidadão é um membro do Estado-nação, dotado de direitos e obrigações e, portanto, capaz de interferir na elaboração da lei. A lei, por sua vez, é a forma básica que as instituições assumem; é o sistema normativo dos direitos e deveres do cidadão¹⁷.

O ataque ao Estado patrimonialista, no sentido organizacional, deu-se, em primeiro lugar, na Prússia, palco da primeira reforma do serviço público¹⁸. Consolida-se a burocracia estudada por Max Weber, com conseqüente reconhecimento de uma racionalidade superior na organização burocrática. Em 1770, os alemães adotam o recrutamento de servidores, por meio de concursos públicos¹⁹.

Na Inglaterra, prossegue Bresser, os concursos públicos foram realizados a partir de 1870; os ingleses reformaram a burocracia ao mesmo tempo em que reformaram o modelo educacional; a elite burocrática era recrutada entre os setores mais competentes das universidades²⁰.

Na França, a partir de 1790, e com algumas peculiaridades, estudadas por Tocqueville²¹, especialmente no sentido de que a centralização administrativa seja instituição do Antigo Regime e não obra da revolução ou de império²², conhece-se modelo cuja feição ilustrada dar-se-á com a criação da *École Nationale d'Administration (ENA)*²³.

Nos Estados Unidos – âmbito de instabilidade administrativa, segundo Tocqueville²⁴ – conheceu-se um modelo de *spoil system*, imposto por Andrew Jackson (a partir de 1828); segundo Bresser, aprofundou-se o clientelismo, como antídoto para o clientelismo, paradoxo que tinha como objetivo a democratização do serviço público. Foi somente no século XX, ao longo da administração de Theodor Roosevelt, que o modelo norte-americano aproxima-se de referências de mérito e de eficiência²⁵. Ao que eu acrescentaria a reforma do Estado decorrente do *New Deal*, da administração Franklyn D. Roosevelt, no que se refere ao

¹⁷ BRESSER PEREIRA, 2009, p. 47.

¹⁸ Ibid., p. 50.

¹⁹ Ibid., p. 51.

²⁰ Ibid., p. 55.

²¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

²² Ibid., p. 40 e ss.

²³ BRESSER PEREIRA, op. cit., p. 56.

²⁴ TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. Tradução do francês para o inglês de Gerald B. Evan. London: Penguin Books, 2003. p. 241 e ss.

²⁵ BRESSER PEREIRA, op. cit., p. 61 e ss.

modo como concebida²⁶, às fórmulas utilizadas²⁷, bem como às batalhas judiciais que foram travadas²⁸.

A transição para um modelo democrático liberal deu-se com o desenvolvimento do modelo capitalista; segundo Bresser, transitou-se de economia tradicional para economia de mercado, migrando-se da tradição para a razão e para o interesse²⁹. Ainda segundo Bresser, “os países em desenvolvimento intermediário, que completaram mais tarde suas revoluções capitalistas em meados do século XX, e completaram sua transição para a democracia nos anos 1980 e 90, ainda são democracias elitistas (...) é o caso, por exemplo, do Brasil e do México”³⁰.

No modelo do Estado social-democrático permanecem as características centrais do capitalismo, designadamente, a acumulação de capital, o trabalho assalariado, a alocação de recursos no mercado e a separação entre as esferas públicas e privadas³¹. A tais características, no entanto, acrescenta-se agenda de direitos humanos, de sentido universal, que aglutina direitos civis, políticos e sociais:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, proclamou a validade universal desses direitos, que se tornaram positivos e legais com os acordos de 1966 e outros tratados centrais. Em termos abstratos, direitos dos cidadãos e direitos humanos são sinônimos, pois abrangem todos os direitos. Mas, em termos históricos, a ideia de “direitos humanos” aparece nos anos 1970, identificada especialmente com os direitos civis, como uma reação aos regimes autoritários que se tornaram dominantes nos países em desenvolvimento. Desde os anos 1930, a ênfase passou, em grande medida, para os direitos sociais. Os direitos civis e políticos foram considerados garantidos, ou direitos “formais”, produto de uma “democracia formal” que só se tornaria “substantiva” quando os direitos sociais também fossem defendidos³².

Bresser percebe contradição na conceituação de cidadania, que denuncia em nota de rodapé. Referindo-se a outro estudo seu, de 1996, lembrou que chamou de “contradição de cidadania o problema da política resultante da existência, no Brasil, de um grande número de cidadãos que têm direito a voto, mas que não

²⁶ SCHLESINGER JR., Arthur M. *The age of Roosevelt*. Boston: Mariner Book, 2002. v. 1: The crisis of old order – 1919-1933.

²⁷ LEUCHTENBURG, William E. *Franklyn Delano Roosevelt and the new deal*. New York: Harper and How, s.d.

²⁸ WHITE, G. Edward. *The Constitution and the new deal*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

²⁹ BRESSER PEREIRA, 2009, p. 68.

³⁰ *Ibid.*, p. 78.

³¹ *Ibid.*, p. 79.

³² *Ibid.*, p. 86.

Argumentação e renovação institucional em Bresser Pereira

têm consciência de seus direitos e suas obrigações políticas e sociais³³. O exercício da cidadania estaria inserido na luta por quatro bens políticos básicos: ordem social, liberdade, justiça social e bem-estar³⁴.

A formação do Estado social-democrático implicou um conseqüente aumento do tamanho do Estado. Teve-se a necessidade de uma nova burocracia para cuidar desta organização; tal modelo se organizou ao longo das décadas de 1940 a 1970, e é fortemente identificado com o desenvolvimento³⁵, pelo que Bresser define os burocratas da época como expoentes da *burocracia do desenvolvimento*³⁶.

A crise do Estado social-democrático refletiu o aumento do Estado (e das funções estatais) que se verificava desde os fins do século XIX: o Estado custa cada vez parcelas maiores do PIB³⁷. As altas taxas de crescimento das décadas de 1950 e 1960 (idade do ouro do capitalismo) cederam à crise dos anos 1980, provocando conjunto de desafios que exige enfrentamento de triunfante rigidez institucional³⁸. Para Bresser, a crise dos anos 1930 fora uma crise de mercado; a crise dos anos 1980 fora uma crise de Estado³⁹.

A crise do petróleo, em 1973, abalou o que se acreditava como o sólido alicerce do modelo capitalista. A recessão daí advinda, o desemprego e o desaquecimento das atividades negociais acenaram para presunção que vislumbrava a incompetência do Estado de bem-estar social. O aumento dos gastos sociais por parte do Estado passou a ser uma quimera. O engessamento desses mesmos gastos, subordinados a orçamentos comprometidos com estratégias de combate à crise energética, abriram espaço para retomada do ideário neoliberal, que parecia apresentar opções concretas para que se fizesse frente à violenta crise.

Para Bresser, há alternativas institucionais que devem ser exploradas; deve-se valorizar os mercados, reafirmando-se, no entanto, o papel estratégico do Estado, nos âmbitos sociais, científicos e econômicos⁴⁰.

Bresser critica a percepção de Antonio Negri e de Michael Hardt, autores do livro importantíssimo, *Império*⁴¹, e que tratam, entre outros, da natureza do Estado no ambiente político contemporâneo. Negri e Hardt são autores de intrigante estudo que aponta para um *Império* como forma de poder do mundo globalizado. *Império* seria diferente de *imperialismo* na medida em que nesse

³³ BRESSER PEREIRA, 2009, p. 88.

³⁴ Ibid., p. 90.

³⁵ Ibid., p. 95.

³⁶ Ibid., p. 96.

³⁷ Ibid., p. 99.

³⁸ Ibid., p. 101.

³⁹ Ibid., p. 102.

⁴⁰ Ibid., p. 105.

⁴¹ NEGRI, Antonio; HARDT, Michael. *Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

último há guerra entre as potências; no *Império* uma estrutura hierárquica que alcançaria os Estados Unidos, os países ricos da União Europeia, o Japão, os grandes bancos e as corporações internacionais exerceriam o poder por meio de atores globais, a exemplo do Fundo Monetário Internacional e da Organização Mundial do Comércio.

Segundo Negri e Hardt, “Império é o poder soberano que governa o mundo”⁴². Os Estados Unidos ocupariam posição de destaque, o *poder de polícia*, e disso as guerras contemporâneas seriam inequívoca prova, na medida em que tomam o sentido de *guerras justas*. Recentes conflitos havidos no Afeganistão, na Líbia e no Iraque confirmariam a plausibilidade da assertiva. Ideologicamente, desenha-se o *Império* como permanente, eterno e necessário. Negri e Hardt evidenciam a falência do projeto de Hans Kelsen, realizado na formação da Organização das Nações Unidas, como poder que transcende ao Estado-Nação.

A uma suposta hegemonia dos Estados Unidos, marcada pelo vazio de representação para posturas antibelicistas e pelo controle de mecanismos de manipulação, restariam poucas alternativas de resistência. A globalização fundar-se-ia em falsos mitos, como a ideia de que o *mercado exige*, percepção totalmente fora de sentido, dado que o *mercado é* ser inanimado, formado por pessoas específicas organizadas em classes, como a dos executivos.

252

A globalização centrar-se-ia teoricamente no neoliberalismo, instância conceitual defensora do domínio irrestrito do mercado. Críticas há de setores medularmente vinculados ao processo de globalização. Por exemplo, Joseph Stiglitz, vencedor do Prêmio Nobel de Economia em 2001, que ocupou posições de destaque no Banco Mundial, observou que o neoliberalismo quebrou promessas e que fundamentalmente não garante liberdade de escolha⁴³.

A globalização suscitaria ambiente pragmático que fomentaria movimento de internacionalização das reformas econômicas, em prol dos interesses do *Império*, a adotar-se a imagem de Negri e Hardt, que Bresser critica. O *Império* vale-se dos *global players*, dos atores globais, como o Fundo Monetário Nacional e o Banco Mundial, para garantir condições propícias para o desenvolvimento do capitalismo que defende, centrado em premissas de liberdade, de críticas ao totalitarismo, de dicotomias entre capitalismo e socialismo.

Para Bresser, nada obstante o modo inovador como Negri e Hardt analisam o novo sistema global, há uma denominação enganosa. Bresser repudia a expressão *Império*. E esclarece em nota de rodapé que

⁴² NEGRI; HARDT, 2001, p. XI. Tradução e versão livre do autor. (...) Empire is (...) the sovereign power that governs the world.

⁴³ STIGLITZ, Joseph E. *Globalization and its discontents*. New York: Norton, 2002.

Argumentação e renovação institucional em Bresser Pereira

A expressão é enganosa porque “império” não significa o que dizem os dicionários sobre esta palavra, mas o sistema global ao qual estou me referindo. Embora reconhecendo o papel hegemônico representado pelos Estados Unidos no mundo, eles corretamente não os identificam com um império clássico. A era dos impérios acabou. Foi o governo Bush que fez essa identificação equivocada e deflagrou uma guerra contra o Iraque com consequências desastrosas (...) ⁴⁴.

Bresser defende Estado forte como antídoto às influências e pressões de mercados globais ⁴⁵. Caminha em sentido contrário àqueles que percebiam no movimento de globalização uma fragilização do Estado, que se mostraria grande demais para as pequenas tarefas e muito pequeno para os grandes desafios. É que a globalização e o neoliberalismo teriam substancialmente alterado o sentido de soberania e do próprio conceito de Estado, o que refletiria nos modelos de políticas públicas. Cogitou-se de reformulação negativa do papel do Estado, que sofreu ataques daqueles que o pretendiam mínimo e miniaturizado, de modo que a principiologia do Direito Administrativo passaria por tumultuado processo de reestruturação.

Tais mudanças no perfil do Estado promoveriam imediatas alterações nas entidades e órgãos públicos, nos próprios agentes do Estado, na natureza jurídica e operacional das administrações direta e indireta, no controle dos atos da administração, na essência dos atos administrativos, nos contratos celebrados pela administração, no conceito de bens públicos, na intervenção do Estado na propriedade, na responsabilidade civil do Estado, nos servidores públicos, para referência apenas do que é convencional e mais comum. Para Bresser,

A estabilidade macroeconômica e as reformas institucionais tornaram-se imperiosas. O ajuste fiscal e a desvalorização da moeda foram as primeiras políticas macroeconômicas adotadas, e a privatização e a liberalização do comércio, as primeiras reformas econômicas. Nos anos 1990, alguns países em desenvolvimento, como o Brasil e o Chile, deram início à reforma da gestão pública. A razão fundamental por trás das reformas era a crise do Estado. Mas seu objetivo explícito, tal como formulado pelos ideológicos neoliberais, não era reconstruir o Estado, mas retirá-lo de todas as responsabilidades econômicas e mesmo sociais. Tais ideias estavam amplamente em voga nos países avançados, mas as reformas foram realizadas com cuidado, mesmo no Reino Unido, onde a maioria delas teve origem no governo Thatcher. Somente na Nova Zelândia a reforma do Estado teve um caráter radical, mas em 1999 o Partido Social-democrático, que havia começado as reformas, inclusive a reforma da gestão pública, voltou ao poder, e seguiu-se uma volta ao meio-termo ⁴⁶.

⁴⁴ BRESSER PEREIRA, 2009, p. 121.

⁴⁵ Ibid., p. 123.

⁴⁶ Ibid., p. 104.

Bresser, porém, não transigiu com a ideia de fragilização do Estado, defendendo-o como forte, e como baluarte de enfrentamento de movimento que pretendia diminuí-lo. Para tal, propõe a retomada do republicanismo e dos ideais republicanos⁴⁷, num ambiente de expansão da democracia⁴⁸, especialmente no combate ao que denomina de *privatização do Estado*, num sentido de que o Estado possa cair sob o controle direto de agentes privados e respectivos interesses. Algo parecido com o que na literatura de direito administrativo se identifica como *teoria da captura*, aplicável especialmente às agências reguladoras, quando a controladora corre o risco de ser controlada pelos regulados. A preocupação central de Bresser estaria voltada para o *rent-seeking*, isto é:

(...) Anne Krueger (1974), uma eminente economista conservadora norte-americana, definiu *rent-seeking* como a busca de rendimentos extramercado mediante o controle do governo. Ambos os autores estavam se referindo ao mesmo problema e manifestavam a mesma preocupação: a necessidade de proteger a *res publica* contra a cobiça de indivíduos e grupos poderosos⁴⁹.

254

O grande desafio estaria na luta pela proteção da coisa pública contra a cobiça e o poder. Concomitantemente, insiste na defesa de agenda de direitos que denomina de *direitos republicanos* e que identifica como: a) o direito ao patrimônio ambiental; b) o direito ao patrimônio cultural nacional; e c) o direito ao patrimônio econômico público, que o aparelho do Estado efetivamente pode controlar⁵⁰. Bresser trata de direitos do cidadão em relação a indivíduos ou grupos que querem controlar o Estado em prejuízo do bem comum; não se preocupa, necessariamente, com a afirmação de direitos do cidadão contra o Estado. De tal modo:

É difícil definir direitos republicanos em termos legais. Assim, os juristas prudentemente falam de interesses em vez de direitos, e os qualificam de “difusos”. Também se referem a eles como “direitos coletivos”, ou “direitos públicos subjetivos”, uma expressão que designa todos os direitos dos indivíduos em relação ao Estado: direitos que especificam o que o Estado não deve fazer (especialmente no que diz respeito à limitação da liberdade) ou deve fazer (especialmente no tocante à garantia dos direitos sociais). Os direitos republicanos poderiam ser incluídos nessa categoria, mas defini-los desse modo ampliaria excessivamente o conceito e, no final, inverteria seu significado. Quando me refiro a direitos republicanos não estou me referindo aos direitos do cidadão contra o Estado – como os direitos civis –, mas aos direitos dos cidadãos

⁴⁷ BRESSER PEREIRA, 2009, p. 127.

⁴⁸ Ibid., p. 128.

⁴⁹ Ibid., p. 129.

⁵⁰ Ibid., p. 130.

Argumentação e renovação institucional em Bresser Pereira

de um dado Estado em relação a indivíduos ou grupos que desejem se apoderar do patrimônio público. Há três direitos republicanos fundamentais: ao patrimônio ambiental, ao patrimônio cultural nacional e ao patrimônio econômico público, que o aparelho do Estado controla⁵¹.

Bresser inventariou várias formas de ataque que pode haver contra o patrimônio público, contra as quais se deve lutar. Haveria formas clássicas, como a corrupção, o nepotismo e a sonegação fiscal. Haveria esquemas modernos, como o uso indevido de subsídios e subvenções públicas; exemplifica com os *rent-seekers*. Denuncia também o uso indevido de ações judiciais, infundadas, porém vitoriosas, contra o Estado. Neste sentido, a imensa litigância do Estado pode ser indicador fácil da comprovação desta formulação.

Pode-se pensar, então, de aparente inversão conceitual na ciência política. Construiu-se doutrina de defesa do cidadão contra o Estado, e Bresser cogita de doutrina de defesa do cidadão na proteção de quem quer que pretenda tomar conta dos bens públicos. Segundo Bresser:

No século XXI, o grande desafio a ser enfrentado pelo direito administrativo é proteger o Estado ou, mais precisamente, a *res publica* e, ao fazer isso, proteger o cidadão: o cidadão-contribuinte, que paga impostos e tem direito a serviços eficientes e eficazes prestados pelo Estado; o cidadão-usuário, que é beneficiário de serviços e tem o direito de exigir boa qualidade; o cidadão-cidadão, que tem direito à *res publica*⁵².

Para que o cidadão possa obter serviços públicos de qualidade há necessidade de que parcela destes cuidados deva ser terceirizada. Esta conclusão Bresser alcança após indagar os porquês de tal necessidade, indicando, entre eles, a pressão por eficiência, pela redução dos custos e o aumento da demanda por responsabilização política⁵³. Reconhece que é difícil ser eficiente quando o Estado fornece diretamente algum serviço; porém, seria provavelmente fácil quando organizações sem fins lucrativos concorressem entre si, na prestação de serviços sociais⁵⁴. A relação entre Estado social-liberal e competição é explicada, como segue:

O Estado social-liberal é um Estado orientado para o mercado: ele “acredita” na competição – que não é vista como contrária à cooperação –, enquanto o Estado social democrático conta mais com a cooperação e o planejamento do que com a competição. Essa fé nos mercados e na competição expressa-se de duas maneiras: primeiro, rejeitando a ideia do Estado como produtor de bens e serviços para o mercado e apoiando

⁵¹ BRESSER PEREIRA, 2009, loc. cit.

⁵² Ibid., p. 135.

⁵³ Ibid., p. 155.

⁵⁴ Ibid., loc. cit.

a privatização de empresas estatais competitivas; segundo, sustentando que as atividades não exclusivas do Estado, como os serviços sociais e científicos – que não são essencialmente monopolistas –, não devem ser diretamente fornecidas pelo Estado. O Estado deve financiar boa parte dos serviços sociais e científicos (todos no caso da educação básica e da assistência à saúde), mas as organizações públicas não estatais de serviço devem fornecê-los competitivamente⁵⁵.

Segundo Bresser, a ideologia neoliberal defendia uma reforma do Estado que consistiria apenas em seu enxugamento⁵⁶. No entanto, o Estado é necessário em campos nos quais não pode haver concorrência (segurança pública, por exemplo). O Estado deve apenas regular quando atua como substituto parcial em nicho no qual há competição; isto é, trata-se de área de concorrência imperfeita (a exemplo dos processos de privatização que se desdobram desde a década de 1980). E quando a competição é possível, não deve intervir⁵⁷. O Estado do século XXI subsistirá num regime misto, que contemple com razoabilidade as relações acima indicadas:

256

Minha previsão é que o Estado do século XXI continuará sendo um regime misto. Ele seguirá a trilha aberta pelo Estado social-democrático, mas combinará mais claramente os aspectos positivos do liberalismo e do socialismo. Será um Estado social-liberal. Será social porque continuará a proteger os direitos sociais e a promover o desenvolvimento econômico. Será liberal porque continuará a proteger a liberdade individual, usará mais o mercado e menos controles administrativos, executará seus serviços sociais e científicos sobretudo através de organizações públicas não estatais de serviço competitivas, promoverá o capital humano e o desenvolvimento tecnológico de modo a permitir que as empresas comerciais sejam mais inovadoras e internacionalmente competitivas. Será social-liberal porque tornará os mercados de trabalho mais flexíveis, respeitando, ao mesmo tempo, os direitos sociais básicos, que são uma importante conquista socialista do século XX⁵⁸.

O Estado republicano que Bresser defende contaria com cidadãos, políticos e funcionários públicos engajados num ideal comum. É um Estado democrático forte: garante os direitos políticos dos cidadãos. É um Estado social forte: garante direitos sociais, combate o desemprego e as desigualdades econômicas. Um Estado que pretenda garantir direitos republicanos deve contar com cidadãos instruídos e participativos:

⁵⁵ BRESSER PEREIRA, 2009, p. 158.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 159.

⁵⁷ *Ibid.*, loc. cit.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 160-161.

Argumentação e renovação institucional em Bresser Pereira

O Estado republicano é suficientemente forte para se proteger do controle privado, defendendo o patrimônio público contra o *rent-seeking*; é um Estado participativo, onde os cidadãos, organizados na sociedade civil, participam da definição de novas políticas e instituições e do exercício do controle social; é um Estado que depende de funcionários governamentais que, embora motivados por interesses próprios, estão também comprometidos com o interesse público; é um Estado com capacidade efetiva de reformar instituições e fazer cumprir a lei; é um Estado dotado da legitimidade necessária para tributar os cidadãos a fim de financiar ações coletivas decididas democraticamente; é um Estado eficaz e eficiente no desempenho dos papéis dele exigidos. Resumindo, o Estado republicano é um sistema de governo que conta com cidadãos engajados que participam do governo juntamente com os políticos e os servidores públicos⁵⁹.

O ideal republicano de Bresser resgata humanismo cívico que remonta ao mundo romano no qual viveu Cícero e à Itália dos tempos de Maquiavel; esta última, contaminada por ideal de liberdade⁶⁰, por vida ativa marcada por ideal civil⁶¹. Segundo Bresser, este humanismo cívico também alcança Montesquieu, Harrington e J. Madison; e entre os mais contemporâneos, a Richard Dagger e a Philip Pettit, além de J. G. A. Pocock e Q. Skinner, já citados. Entre os brasileiros, a Newton Bignoto⁶².

Bresser dá-nos conta de que a aproximação entre republicanismo e liberalismo seja tarefa difícil; isto é, o liberalismo acena com liberdade negativa, que opõe o cidadão ao Estado; o republicanismo suscita liberdade positiva, mais ampla, que obriga o Estado a agir. No liberalismo pretende-se limitação do papel do Estado, no republicanismo advoga-se atuação mais proativa do Estado⁶³.

Bresser preocupa-se também com os custos dos direitos⁶⁴. Pode-se questionar os custos da democracia, das últimas eleições, do horário eleitoral, da justiça eleitoral, dos programas sociais do governo, da fome-zero, da renda mínima, do Judiciário, do Ministério Público, do Ministério da Fazenda, da segurança pública, dos presídios, das indenizações pagas pelo poder público, dos cartórios, do direito ao nome, dos programas de igualdade social, do ensino público,

⁵⁹ BRESSER PEREIRA, 2009, p. 163.

⁶⁰ SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. Tradução de Renato Janine Ribeiro e de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

⁶¹ POCOCK, J. G. A. *The Machiavellian moment*. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition. Princeton: Princeton University Press, 2003. p. 49 e ss.

⁶² Newton Bignotto é professor da Universidade Federal de Minas Gerais e autor, entre outros, de *As aventuras da virtude* (São Paulo: Companhia das Letras, 2010) e de *Maquiavel Republicano* (São Paulo: Loyola, 1991).

⁶³ BRESSER PEREIRA, op. cit., p. 170.

⁶⁴ Ibid., p. 176.

da seguridade social, do servidor público ineficiente, das Forças Armadas, da diplomacia, do auxílio a brasileiros no exterior, dos acidentes de trânsito, do programa de proteção as testemunhas, da liberdade de informação, da proteção do meio ambiente, só para citar alguns exemplos.

Bresser indica e vale-se de texto clássico sobre o custo dos direitos, de autoria de Stephen Holmes e de Cass R. Sunstein⁶⁵. Para os dois autores norte-americanos que Bresser cita, direitos são serviços públicos que o governo nos presta em troca de tributos⁶⁶. No mesmo sentido, Bresser entende que “em cada sociedade as necessidades sociais são convertidas em direitos sociais quando se dispõe de recursos materiais mínimos para garanti-las”⁶⁷. Então, para a garantia dos direitos (entre eles o direito de propriedade) é necessária ação governamental positiva que implica custos⁶⁸. Por isso, a necessidade de tributar:

Portanto, um Estado republicano é um Estado democraticamente apto a tributar os cidadãos. Ninguém gosta de ser tributado, mas uma boa medida da força de um Estado e da legitimidade de um governo é sua capacidade de tributar. Isso não quer dizer que quanto maior a carga tributária, mais forte e mais republicano será o Estado, mas sim que um Estado incapaz de taxar seus cidadãos adequadamente, enquanto esses mesmos cidadãos exigem dele ordem pública e serviços sociais, é um Estado fraco: falta-lhe legitimidade política, e ele tenderá a entrar em crise fiscal⁶⁹.

258

Para Bresser, a carga tributária é indício da força e do caráter republicano de um Estado. Embora, bem entendido, a premissa não signifique que quanto maior a carga tributária maior ou mais republicano seja um determinado Estado⁷⁰. A questão é relevante no contexto da discussão brasileira contemporânea, relativa ao quanto pagamos de tributos. A análise do assunto deve partir de que esclareçamos questão prévia, relativa à identificação de que Estado queremos. Além do que, no modelo em que presentemente vivemos, não se tributa em troca de serviços, pura e simplesmente. O que temos é um modelo que persegue a redistribuição de renda e a realocação de encargos.

Outro mito que deve ser problematizado é o relativo à alta carga tributária que suportamos, se comparada com a carga tributária de passado relativamente recente. Deve-se lembrar que em períodos inflacionários a extração de recursos

⁶⁵ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 2000.

⁶⁶ HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 151.

⁶⁷ BRESSER PEREIRA, 2009, p. 176.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 177.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 181.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 183.

da população faz-se de outro modo que não mediante o peso da carga tributária. Porém, não se pode iludir, taxas de extração fiscal em épocas inflacionárias podem significar altíssima carga tributária, ainda que por outros meios. Bresser tem consciência da constatação de Liam Murphy e de Thomas Nagel, no sentido de que *não existe mercado sem governo e não existe governo sem impostos*⁷¹.

Entre nós, a tributação é mecanismo de transferência de renda, é indicativo – pelo menos teórico – de que se tem certa justiça distributiva, com referências no princípio da diferença, anunciado por John Rawls, para quem as desigualdades na renda e na riqueza devam assegurar o benefício mais alto possível para os socialmente menos favorecidos⁷².

Bresser entende que um dos grandes desafios da gestão pública consista justamente em se aumentar a qualidade e a eficiência dos serviços públicos, sem que isto signifique expansão da taxa de extração fiscal, isto é, da carga tributária⁷³. Bresser não leva em conta que o modelo brasileiro de tributação é utilizado, prioritariamente, para transferência de renda, e não para a compra de serviços públicos.

O Estado do século XXI, que Bresser defende, seria liberal, social e republicano e democrático. E com base em Joshua Cohen (que por sua vez ancorou-se em Jürgen Habermas) defende uma democracia deliberativa. Esta é livre, no sentido de que seus participantes só se vinculam aos resultados do que foi deliberado. É uma deliberação justificada, na medida em que as partes envolvidas devem, sempre, identificar seus motivos. Conta com alto nível de igualdade formal, dado que os procedimentos não diferenciam os participantes. É substancialmente também igualitária porque a distribuição de poder e de recursos não são maiores ou menores, alterando-se as chances de participação. Busca-se alcançar consenso racionalmente motivado⁷⁴.

Faz-se a transição do Estado social-democrático para o Estado republicano, explicada por Bresser do modo como segue:

A transição do Estado social-democrático para o Estado republicano é um processo histórico e intelectual complexo, que envolve a reforma do estado e a criação e introdução de novas instituições, inclusive a reforma da gestão pública. Essa reforma só faz sentido no âmbito de alguma forma de democracia – especificamente de uma democracia deliberativa –, porque implica atribuir a funcionários públicos graduados maior

⁷¹ MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 46.

⁷² RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 64 e ss.

⁷³ BRESSER PEREIRA, 2009, p. 184.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 190.

poder discricionário, dependendo, portanto, da existência de mecanismos efetivos de controle social para torná-los razoavelmente responsáveis. Esse controle social só existe no contexto de uma esfera pública forte, na qual esteja presente uma sociedade civil ativa⁷⁵.

Bresser prevê também fórmulas de controle social que serão exercidas junto a esta democracia. Sugere controle por parte de associações comerciais, de sindicatos e da sociedade civil⁷⁶. O Estado republicano decorre principalmente de ampla reforma a ser feita na Administração Pública. Sugere que reformemos as instituições políticas e econômicas, especialmente em seus aspectos comerciais, tributários, de seguridade social, trabalhista, políticos e de gestão pública.

A reforma da gestão pública exige a concepção de novas instituições jurídicas organizacionais. Demanda também a transformação dos burocratas em administradores públicos comprometidos. Evidencia-se a necessidade de se reconstruir a capacidade organizadora e institucional do Estado. Deve-se tornar o governo mais eficiente e mais responsável. Para Bresser, as atividades empresariais necessitam de instituições que garantam o Estado de Direito, os direitos de propriedade e os contratos⁷⁷.

O Estado clássico era simplificado, como decorrência mesmo do pequeno número de funções que exercia. Havia tão somente os Ministérios da Justiça, da Defesa (Exército e Marinha), do Tesouro e das Relações Exteriores. Há, presentemente, ampliação de funções e atuações. A reforma da gestão pública demanda corpo de servidores profissionais, dedicados, de alto escalão, com capacidade e poder para administrar o Estado, supervisionados pela sociedade civil⁷⁸. Deve-se começar por compreender a relação entre burocracia e poder burocrático:

Minha explicação para isso está relacionada com o caráter classista da classe média profissional. Nessa classe, o grupo mais coeso, social e politicamente é a burocracia estatal ou tecnoburocracia. Com o aparecimento do Estado social-democrático e do Estado desenvolvimentista, esse grupo cresceu e ganhou poder. No princípio, e durante um longo período, seus representantes mais diretos identificaram racionalidade e desenvolvimento econômico com o sistema burocrático hierárquico que estava por trás disso. Foram necessárias pelo menos cinco décadas para que essa falsa identificação caísse por terra: dos anos 1930, quando o Estado social-democrático começou a ser posto em prática, até os anos 1980. Quando teve início a reforma da gestão pública, o serviço público de alto escalão e, mais amplamente, a classe média profissional que

⁷⁵ BRESSER PEREIRA, 2009, p. 195.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 197.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 207.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 212.

Argumentação e renovação institucional em Bresser Pereira

trabalhava para o Estado começaram a perceber que seu poder e influência estavam sendo reduzidos, e não aumentados, por sua persistente dependência da administração pública burocrática⁷⁹.

A reforma na gestão pública vem se realizando em vários países. Na década de 1980, por exemplo, ocorreu na Inglaterra, na Nova Zelândia e na Austrália. Nos Estados Unidos deu-se o mesmo. Segundo Bresser, o referencial conceitual era o livro *Reinventing Government*, de David Osborne e Ted Gaebler. Chile e Brasil conhecem também reformas, no contexto da América Latina.

O Brasil conheceu uma primeira reforma em 1936, que redundou na criação do DASP, e que combateu o patrimonialismo; instaurou-se entre nós um modelo burocrático. Roberto Campos, em seu livro de memórias, refere-se ao DASP e à reforma administrativa da década de 1930⁸⁰. A reforma de 1936 foi uma reforma burocrática.

Quanto aos servidores públicos, por exemplo, esta primeira reforma consubstanciou-se normativamente no Decreto-lei n. 1.713, de 28 de outubro de 1939, que dispunha sobre o estatuto dos servidores civis da União. Baixado pelo Presidente da República, por força de competência que lhe conferia o art. 180 da Constituição de 1937, o texto regulava as condições de provimento dos cargos públicos, os direitos e as vantagens, os deveres e as responsabilidades dos funcionários civis da União, dos Territórios e, no que coubesse, da então Prefeitura do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios. As disposições daquele texto aplicavam-se ao Ministério Público, ao magistério e aos funcionários das secretarias do Poder Legislativo e do Poder Judiciário no que não colidissem com os dispositivos constitucionais, nos termos da própria linguagem do decreto.

Definia-se funcionário público como a pessoa legalmente investida em cargo público. Os cargos públicos, para os efeitos daquele estatuto, eram os criados por lei, em número certo, com denominação própria e pagos pelos cofres da União. Definia-se que os cargos eram ou de carreira ou isolados. Os de carreira se integravam em classes e correspondiam a uma profissão; isolados, os que não se podiam integrar em classes e correspondiam a certa e determinada função. Definia-se classe (um agrupamento de cargos da mesma profissão e de igual padrão de vencimento), carreira (um conjunto de classes da mesma profissão, escalonadas segundo os padrões de vencimento), quadro (conjunto de carreiras e cargos isolados), entre outros.

⁷⁹ BRESSER PEREIRA, 2009, p. 214-215.

⁸⁰ CAMPOS, Roberto. *A lanterna na popa*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1994. p. 28: “Pus-me à caça de emprego confiável. As oportunidades econômicas eram muito mais escassas que hoje, e o governo, sem dúvida, o empregador mais importante. A solução era fazer um dos vários concursos públicos que o recém-criado DASP estava organizando como parte da reforma administrativa”.

Dispunha-se que só poderia ser provido em cargo público quem fosse brasileiro, tivesse completado 18 anos de idade, cumprido as obrigações e os encargos para com a segurança nacional, estivesse no gozo dos direitos políticos, comprovasse bom procedimento, gozasse de boa saúde, fosse apto para o exercício da função, habilitado previamente em concurso, salvo quando se tratasse de cargos para os quais não houvesse tal exigência. Deveria também ter atendido às condições especiais prescritas para determinados cargos ou carreiras.

Havia estágio probatório, período de 730 dias de exercício do funcionário nomeado para cargo público de provimento efetivo, isolado ou de carreira, durante o qual se apurava a conveniência ou não de sua confirmação, mediante a verificação dos seguintes requisitos: idoneidade moral, aptidão, disciplina, assiduidade, dedicação ao serviço e eficiência. Os concursos eram de provas ou de títulos, ou de provas e de títulos, na conformidade das leis e dos regulamentos ou, na falta destes, de acordo com as instruções expedidas pelo órgão competente. Quando o provimento em cargo público dependesse da conclusão de curso especializado, os concursos poderiam ser exclusivamente de títulos.

262

Os limites de idade para a inscrição em concurso e o prazo de validade eram fixados de acordo com a natureza das atribuições da carreira ou do cargo, nas instruções respectivas. Não estavam sujeitos a limite de idade, para inscrição em concurso e nomeação, os ocupantes efetivos de cargos públicos federais. Havia cargos cujo provimento exigia o recolhimento de fiança, sem o que o titular não poderia entrar em exercício. A fiança poderia ser prestada em dinheiro, em títulos da Dívida Pública da União, ou em apólices de seguro de fidelidade funcional, emitidas por institutos oficiais ou companhias legalmente autorizadas.

Funcionários podiam gozar, obrigatoriamente, por ano, de 20 dias consecutivos de férias. A estabilidade era adquirida depois de dois anos de exercício, quando nomeado em virtude de concurso, ou depois de 10 anos de exercício, nos demais casos. Havia aposentadoria compulsória quando o funcionário atingisse a idade de 68 anos.

Dispunha-se que o *Governo Nacional* promoveria o bem-estar e o aperfeiçoamento físico, intelectual e moral dos funcionários e de suas famílias. E com essa finalidade eram organizados um plano de assistência, que compreendia a previdência, seguro, assistência médica, dentária e hospitalar, sanatórios, colônias de férias e cooperativismo; um programa de higiene, conforto e preservação de acidentes nos locais de trabalho; cursos de aperfeiçoamento e especialização profissional; cursos de extensão, conferências, congressos, publicações de trabalhos referentes ao serviço público; centros de educação física e cultural para recreio e aperfeiçoamento moral e intelectual dos funcionários e de suas famílias, fora das horas do trabalho; viagens de estudos ao estrangeiro e visitas a serviços particulares de utilidade pública, para especialização e aperfeiçoamento.

Argumentação e renovação institucional em Bresser Pereira

Os funcionários podiam fundar associações para fins beneficentes, recreativos e de economia ou cooperativismo. Era proibida, no entanto, a fundação de sindicatos de funcionários. Ao funcionário era proibida a censura, pela imprensa ou outro qualquer meio, às autoridades constituídas, ou criticar os atos da administração, podendo, todavia, em trabalho devidamente assinado, apreciá-los, do ponto de vista doutrinário, com o fito de colaboração e cooperação.

Não poderia retirar, sem prévia permissão da autoridade competente, qualquer documento ou objeto existente na repartição; entreter-se, durante as horas de trabalho, em palestras, leituras ou outras atividades estranhas ao serviço; deixar de comparecer ao serviço sem causa justificada; atender a pessoas na repartição para tratar de assuntos particulares; promover manifestações de apreço ou desapeço dentro da repartição, ou tornar-se solidário com elas.

Era vedado ao funcionário exercer comércio entre os companheiros de serviço, promover ou subscrever listas de donativos, dentro da repartição; deixar de representar sobre ato ilegal, sob pena de se tornar solidário com o infrator; fazer contratos de natureza comercial ou industrial com o governo, por si ou como representante de outrem; exercer funções de direção ou gerência de empresas bancárias ou industriais, ou de sociedades comerciais subvencionadas ou não pelo Governo.

O funcionário não poderia também requerer ou promover a concessão de privilégio, garantias de juros ou outros favores semelhantes, federais, estaduais ou municipais, exceto privilégio de invenção própria; exercer, mesmo fora das horas de trabalho, emprego ou função em empresas, estabelecimentos ou instituições que tivessem, ou pudessem ter, relações com o Governo, em matéria que se relacionasse com a finalidade da repartição ou serviço em que estivesse lotado.

Também não poderia aceitar representação de Estado estrangeiro; comerciar, ou ter parte em sociedades comerciais, exceto como acionista, quotista ou comanditário, não podendo, em qualquer caso, ter funções de direção ou gerência: incitar greves ou a elas aderir, ou praticar atos de sabotagem contra o regime ou o serviço público.

Era também proibido que o funcionário praticasse a usura, em qualquer de suas formas; fosse procurador de partes ou servisse de intermediário perante qualquer repartição pública, exceto quando se tratasse de interesses de parente até o segundo grau; receber estipêndios de empresas fornecedoras ou de entidades fiscalizadas, no país ou no estrangeiro, mesmo quando estivesse em missão referente à compra de material ou fiscalização de qualquer natureza; valer-se de sua qualidade de funcionário para melhor desempenhar atividade estranha às funções ou para lograr qualquer projeto, direta ou indiretamente, por si ou interposta pessoa.

Previa-se também que nenhum imposto ou taxa gravaria vencimento, remuneração ou gratificação do funcionário e o salário do extranumerário, bem

como os atos ou títulos referentes à sua vida funcional. Proventos da disponibilidade e da aposentadoria e as pensões de montepio não poderiam, igualmente, sofrer qualquer desconto por cobrança de imposto ou taxa. Não se incluía, por expressão disposição do decreto, o imposto de renda.

A segunda reforma deu-se em 1967, por meio do Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispunha sobre a organização da Administração Federal, estabelecendo diretrizes para a reforma administrativa. Definia-se que o Poder Executivo seria exercido pelo Presidente da República auxiliado pelos Ministros de Estado. Fixou-se que a Administração Federal compreenderia a Administração Direta, que se constituía dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios e na Administração Indireta, que compreenderia algumas categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria. Entre elas, as autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Dispôs-se que as atividades da Administração Federal obedeceriam a princípios fundamentais, a exemplo do planejamento, da coordenação, da descentralização, da delegação de competência e do controle. Fixou-se também que a execução das atividades da Administração Federal deveria ser amplamente descentralizada. Por exemplo, ressalvados os casos de manifesta impraticabilidade ou inconveniência, a execução de programas federais de caráter nitidamente local deve ser delegada, no todo ou em parte, mediante convênio, aos órgãos estaduais ou municipais incumbidos de serviços correspondentes.

264

Dispôs-se também que a delegação de competência deve ser utilizada como instrumento de descentralização administrativa, com o objetivo de assegurar maior rapidez e objetividade às decisões, situando-as na proximidade dos fatos, das pessoas ou dos problemas a atender. Disciplinou-se que o trabalho administrativo deve ser racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco.

Em 1995, Bresser conduziu tentativa de terceira reforma, consubstanciada num Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Na qualidade de Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado, e membro de uma Câmara da Reforma do Estado, presidida pelo então Ministro Chefe da Casa Civil, Bresser apresentou o plano, que foi aprovado pela referida Câmara, bem como pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso.

O plano identificava as três formas de Administração Pública, historiava a reforma do DASP e a de 1968; apontava um retrocesso no modelo que se pensou em 1988. Segundo Bresser, no texto do Plano Diretor:

As ações rumo a uma administração pública gerencial são, entretanto, paralisadas na transição democrática de 1985 que, embora representasse uma grande vitória democrática, teve como um de seus custos mais

surpreendentes o loteamento dos cargos públicos da administração indireta e das delegacias dos ministérios nos Estados para os políticos dos partidos vitoriosos. Um novo populismo patrimonialista surgia no país. De outra parte, a alta burocracia passava a ser acusada, principalmente pelas forças conservadoras, de ser a culpada da crise do Estado, na medida em que favorecera seu crescimento excessivo. A conjunção desses dois fatores leva, na Constituição de 1988, a um retrocesso burocrático sem precedentes. Sem que houvesse maior debate público, o Congresso Constituinte promoveu um surpreendente engessamento do aparelho estatal, ao estender para os serviços do Estado e para as próprias empresas estatais praticamente as mesmas regras burocráticas rígidas adotadas no núcleo estratégico do Estado. A nova Constituição determinou a perda da autonomia do Poder Executivo para tratar da estruturação dos órgãos públicos, instituiu a obrigatoriedade de regime jurídico único para os servidores civis da União, dos Estados membros e dos Municípios, e retirou da administração indireta a sua flexibilidade operacional, ao atribuir às fundações e autarquias públicas normas de funcionamento idênticas às que regem a administração direta. Este retrocesso burocrático foi em parte uma reação ao clientelismo que dominou o país naqueles anos. Foi também uma consequência de uma atitude defensiva da alta burocracia que, sentindo-se injustamente acusada, decidiu defender-se de forma irracional. O retrocesso burocrático não pode ser atribuído a um suposto fracasso da descentralização e da flexibilização da administração pública que o Decreto-Lei 200 teria promovido. Embora alguns abusos tenham sido cometidos em seu nome, seja em termos de excessiva autonomia para as empresas estatais, seja em termos do uso patrimonialista das autarquias e fundações (onde não havia a exigência de processo seletivo público para a admissão de pessoal), não é correto afirmar que tais distorções possam ser imputadas como causas do mesmo. Na medida em que a transição democrática ocorreu no Brasil em meio à crise do Estado, essa última foi equivocadamente identificada pelas forças democráticas como resultado, entre outros, do processo de descentralização que o regime militar procurara implantar. Por outro lado, a transição democrática foi acompanhada por uma ampla campanha contra a estatização, que levou os constituintes a aumentar os controles burocráticos sobre as empresas estatais e a estabelecer normas rígidas para a criação de novas empresas públicas e de subsidiárias das já existentes⁸¹.

Segundo Bresser, o plano não objetivava ao enxugamento do Estado, pura e simplesmente, bem como não tinha como foco a eliminação de excedentes,

⁸¹ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Plano diretor da reforma do aparelho do estado*. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br>>. Acesso em: 22 abr. 2011.

embora, afirmou, tal objetivo também fosse legítimo⁸². Trata-se de se definir os papéis do Estado. Para Bresser, há funções exclusivas, que não podem ser outorgadas ou transferidas. Há serviços sociais e científicos que devem ser contratados por organizações públicas. A iniciativa privada deve cuidar da produção de bens e serviços para o mercado⁸³.

A reforma que propõe, adota abordagem gerencial da Administração Pública, concomitantemente a abordagem social-democrática e social-liberal do papel do Estado⁸⁴. Prega transição institucional, cultural e gerencial. O modelo é acompanhado da indicação de algumas estratégias básicas, a saber: maior autonomia e responsabilidade para agências e administradores públicos; maior controle de resultados contratados; mecanismos de competição administrados pela excelência; a par do abandono do controle procedimental e da supervisão mais direta⁸⁵.

A reforma da gestão pública, com o objetivo de se substituir a Administração Pública burocrática por uma Administração Pública gerencial, segundo Bresser, deve, em primeiro lugar, “descentralizar os poderes e recursos para as agências reguladoras e executivas que desempenham atividades exclusivas de Estado, aumentando, ao mesmo tempo, o poder do núcleo estratégico do Estado sobre os resultados, e das secretarias formuladoras de políticas sobre as reformas e políticas institucionais”⁸⁶. Ainda, deve-se “contratar com organizações públicas não estatais de serviço, reconhecidas como ‘organizações sociais’, os serviços sociais e científicos que a sociedade decidir financiar com recursos do Estado por envolverem altas externalidades e direitos humanos básicos”⁸⁷.

Quanto à terceirização, Bresser propõe “terceirizar para empresas comerciais as atividades de apoio ou auxiliares que não envolvam nem o poder do Estado (e são realizadas pelas agências) nem direitos humanos básicos (que devem ser prestadas por organizações sociais)”⁸⁸. Por isso, deve-se “tornar responsáveis as agências e as organizações sociais por meio do controle de resultados contratados, da competição administrada pela excelência e do controle social, o que envolve grande transparência, em vez dos controles burocráticos clássicos (normas procedimentais, auditoria e revisão parlamentar)”⁸⁹.

Deve-se, ainda, “recrutar diferentemente o pessoal das agências e o das organizações sociais: enquanto as agências terão servidores públicos, as

⁸² BRESSER PEREIRA, 2009, p. 250.

⁸³ *Ibid.*, p. 251.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 253.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 265.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 266.

⁸⁷ *Ibid.*, loc. cit.

⁸⁸ *Ibid.*, loc. cit.

⁸⁹ *Ibid.*, loc. cit.

Argumentação e renovação institucional em Bresser Pereira

organizações sociais trabalharão com funcionários privados”⁹⁰. Para Bresser, no mesmo projeto, deve-se “reforçar o serviço público, que se limitará a desempenhar as atividades exclusivas de Estado e continuará a ser organizado em carreiras ou ‘corpos’”⁹¹.

De acordo com Bresser, deve-se “exigir dos servidores públicos não apenas competência técnica e comportamento ético, mas autonomia razoável de decisão, além de capacidade política”⁹²; de tal modo, deve-se “estabelecer um sistema de incentivos, envolvendo diferenciais de remuneração, avaliação transparente do desempenho e reais oportunidades de treinamento e progressão na carreira”⁹³. Por fim, a reforma exige que se adote exaustivamente a informática e, em especial, a tecnologia da internet para auditoria, compras, pagamentos e todo tipo de registros oficiais”⁹⁴.

A amplitude da reforma do Estado pretendida alcança também as tipologias de propriedade. Sugere quatro formas de propriedade: privada, estatal, pública não estatal (que é de interesse público, mas que não está inserida no aparelho do Estado, o que denomina de *zona cinzenta* e que exemplifica com algumas universidades norte-americanas) e corporativas (dos sindicatos, associações, reveladores de interesses de grupo)⁹⁵.

Secciona interesses do Estado e interesses públicos. Estes últimos tutelados pelo Ministério Público, aqueles primeiros por advogados do Estado. Embora, ao que consta, entre advogados públicos viceje nó górdio existencial que precisa ser desatado. Para quem advogam? Para o Estado ou para o Governo? Menos do que duelo de serpentário, a pergunta revela absoluto dilema, ou esconde falso problema. Meio caminho não há.

A ruptura entre Estado e Governo funda-se no corte metafísico que remonta à alegoria da caverna de Platão. Sugere dois mundos: um real, outro ideal. O corte platônico dá-nos a direção da tradição ocidental. É o núcleo de todas as fendas, antagonismos e bipolaridades que marcam a Teologia, a Ciência Política, a Psicanálise e o Direito.

Dizer-se advogado do Estado, e não do Governo, é mecanismo retórico sutil que coloca o advogado público acima do bem e do mal, do certo e do errado, do recorrente e do efêmero, do sempre e do “às vezes”. Ver-se como advogado do Estado é um “abre-te, Sésamo” para todos os achismos e idiosincrasias. É a autorização para o uso das próprias razões, que se confundem com as razões do Estado.

⁹⁰ BRESSER PEREIRA, 2009, loc. cit.

⁹¹ Ibid., p. 267.

⁹² Ibid., loc. cit.

⁹³ Ibid., loc. cit.

⁹⁴ Ibid., loc. cit.

⁹⁵ Ibid., p. 281.

É estar do lado do bem, da beleza, da verdade, do mundo onde não há conflitos, e nem responsabilidades. É o território perfeito para os especialistas em superficialidades. É a preocupação desleal com o procedimento, e não com o resultado.

Dizer-se advogado do Governo, e não do Estado, é judicioso exercício de coerência prática e de ética pragmática. É coragem. É admitir que a ineficiência da própria ação redunde na admoestação e na responsabilização dos órgãos de controle, isto é, das corregedorias e dos mecanismos de aferição de produtividade. E porque não existe advogado sem parte, inclusive no Direito Canônico, que prevê o “advogado do diabo”, e até nas burocracias da Inquisição, é frágil imaginar a defesa de um Estado quimérico que transcenda à couraça de um Governo real.

Bresser dilui este dilema seccionando as funções em atuações de Estado e de interesse público. E porque, entre nós, o Estado conta com governo democraticamente eleito, assemelha Estado e Governo, que antepõe a interesses públicos, cuja defesa fixa como incumbência do Ministério Público.

No entanto, Bresser diferencia políticas de Estado e de Governo, e o faz a propósito do papel das agências reguladoras:

Quando a lei define claramente a política, temos uma política de Estado; quando deixa a definição precisa para a administração vigente, temos uma política de governo. As agências reguladoras devem executar políticas de Estado e ser mais autônomas com relação à administração, enquanto as agências executivas serão menos autônomas politicamente, mas igualmente independentes em termos administrativos. Teoricamente, as políticas introduzidas pelas agências executivas devem mudar a partir do momento em que um partido político ou coalização política de oposição ganha uma eleição e uma nova administração se inicia, enquanto as decisões introduzidas pelas agências reguladoras não mudam tão facilmente. As políticas governamentais podem ser modificadas seja pelo Parlamento, seja pelo Executivo, enquanto as políticas de Estado só podem ser modificadas pelo Parlamento⁹⁶.

O papel do Estado é enfatizado na medida em que se reconhece que este complementa o mercado interno por intermédio de transferências econômicas⁹⁷. Bresser apresenta-nos um modelo institucional que denomina de *modelo básico*. Atividades exclusivas do Estado centram-se num núcleo estratégico, composto pelo Congresso, por tribunais superiores, pela presidência e pela cúpula dos ministérios; a atividade é estatal, a forma de administração é mista de gestão burocrática e gerencial, contando-se com instituições formadas por secretarias formuladoras de políticas públicas e contratos de gestão⁹⁸.

⁹⁶ BRESSER PEREIRA, 2009, p. 305.

⁹⁷ Ibid., p. 285.

⁹⁸ Ibid., p. 290.

Argumentação e renovação institucional em Bresser Pereira

Atividades exclusivas de Estado também seriam protagonizadas por agências, de feição estatal, a exemplo da polícia, de instrumentos de regulação, de fiscalização, de fomento das áreas social e científica, de seguridade social. O meio institucional seria de agências executivas e reguladoras⁹⁹.

Escolas, hospitais, centros de pesquisa e museus formam conjunto de serviços não exclusivos do Estado. Trata-se de função pública não estatal. Organizações sociais cuidariam destes assuntos, com base em administração gerencial. Organizações sociais assumirão serviços do Estado, e enfrentarão rejeição inicial pelos servidores públicos¹⁰⁰. Segundo Bresser:

No modelo de reforma de gestão pública que estou apresentando, as organizações sociais são provavelmente a instituição organizacional mais interessante. A ideia, em termos de reforma, é transformar os serviços sociais e científicos prestados diretamente pelo Estado em entidades de serviço quase estatais ou públicas não estatais de um tipo especial, que farão parte do orçamento do Estado mas não do aparelho do Estado, e portanto não empregarão servidores públicos estatutários. Proponho chamar tais instituições de “organizações sociais”. Em termos legais, as organizações sociais serão privadas, pois estarão sujeitas às mesmas normas que se aplicam ao setor privado; em termos políticos, continuarão sendo públicas, na medida em que são orientadas para o interesse público¹⁰¹.

269

Bem entendido, agências cuidam de atividades exclusivas de Estado. E organizações sociais de serviços sociais e científicos são as que não precisam, necessariamente, de desempenho vinculado a atividade monopolística do Estado. Agências reguladoras, segundo Bresser, “... existem, em princípio, para regular setores privados quase monopolistas e setores estatais monopolistas”¹⁰².

Por fim, há empresas privadas administradas de modo gerencial, e em regime de privatização, que produzirão para o mercado, como empresas.

Bresser defende a descentralização, sustentando que justamente “é pela centralização que se pretende imprimir maior flexibilidade à administração e adaptá-la melhor às condições locais”¹⁰³. Distingue descentralização e delegação, no sentido de que “a descentralização é uma estratégia de gestão pública, enquanto a delegação de poderes é uma decisão política com consequências gerenciais”¹⁰⁴.

⁹⁹ BRESSER PEREIRA, 2009, loc. cit.

¹⁰⁰ Ibid., p. 325.

¹⁰¹ Ibid., p. 316.

¹⁰² Ibid., p. 309.

¹⁰³ Ibid., p. 297.

¹⁰⁴ Ibid., p. 299.

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Reconhece que há muitas críticas à reforma da gestão pública, em sua grande maioria de natureza ideológica, especialmente porque há tendência de classificá-la como neoliberal¹⁰⁵. Enfrenta também suposto conflito que haveria entre eficiência administrativa e democracia¹⁰⁶, explicando:

As sociedades modernas buscam a eficiência administrativa e a democracia, mas a opinião comumente aceita considera esses dois objetivos contraditórios: haveria uma compensação (*trade-off*) entre ambas, se não nas antigas democracias, provavelmente nas novas. Essa é uma falsa compensação. A reforma da gestão pública é uma reforma institucional que envolve um conjunto de novas instituições e pressupõe a existência de algum tipo de democracia participativa; na medida em que essas novas instituições se tornam realidade, elas contribuem para o aperfeiçoamento da democracia. A reforma da administração teve êxito nas democracias mais avançadas e em algumas novas democracias¹⁰⁷.

A reforma anunciada por Bresser é reforma necessariamente democrática¹⁰⁸, que deve combinar desejo com perspectiva¹⁰⁹, isto é, mediando o que queremos, com o que podemos realmente fazer¹¹⁰. Consagra o republicanismo, em sua dimensão de uma sociedade complexa, rica em tensões, no século XXI. É um projeto para nosso tempo.

270

Defende a proteção do patrimônio público. É reforma institucional que aproxima liberalismo e vocação social, sem que se apele a conceito batido de *terceira via*. É reforma que propõe luta contra o clientelismo e o fisiologismo.

Trata-se de plano para um Estado forte, com poder para tributar e financiar ações coletivas, deliberadas de modo racional. É um plano para estabilidade política, para a garantia da liberdade, para o alcance da justiça social, tendo-se em mira o desenvolvimento econômico. É um plano que exige discussão e continuidade.

REFERÊNCIAS

BIGNOTTO, Newton. *As aventuras da virtude*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

BIGNOTTO, Newton. *Maquiavel Republicano*. São Paulo: Loyola, 1991.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Construindo o estado republicano: democracia e reforma da gestão pública*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

¹⁰⁵ BRESSER PEREIRA, 2009, p. 337.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 363.

¹⁰⁷ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 364.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 380.

¹¹⁰ *Ibid.*, loc. cit.

Argumentação e renovação institucional em Bresser Pereira

- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Plano diretor da reforma do aparelho do estado*. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br>>. Acesso em: 20 abr. 2011.
- CAMPOS, Roberto. *A lanterna na popa*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1994.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2001.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 2000.
- LEUCHTENBURG, William E. *Franklyn Delano Roosevelt and the new deal*. New York: Harper and How, s.d.
- MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- NEGRI, Antonio; HARTD, Michael. *Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- POCOK, J. G. A. *The Machiavellian moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*. Princeton: Princeton University Press, 2003.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- SCHLESINGER JR., Arthur M. *The age of Roosevelt*. Boston: Mariner Book, 2002. v. 1: The crisis of old order – 1919-1933.
- SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. Tradução de Renato Janine Ribeiro e de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- STIGLITZ, Joseph E. *Globalization and its discontents*. New York: Norton, 2002.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. Tradução do francês para o inglês de Gerald B. Evan. London: Penguin Books, 2003.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- WHITE, G. Edward. *The Constitution and the new deal*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

271

Data de recebimento: 28/06/2011

Data de aprovação: 13/07/2011