

Reflexiones Sobre Derecho Latinoamericano

Estudios en Homenaje a la Profesora
María Susana Ciruzzi

VOLUMEN

17



Reflexiones Sobre Derecho Latinoamericano

Estudios en Homenaje a la Profesora
María Susana Ciruzzi

VOLUMEN
17

Coordinadores
Paulo Aragão
José Marco Tayah
Letícia Danielle Romano

Prólogo de
Marisa Aizenberg

Presentación de
Ricardo D. Rabinovich-Berkman



Fortaleza | Buenos Aires
2015

Copyright © 2015 por Paulo Aragão, José Marco Tayah e Letícia Danielle Romano
Reflexiones sobre Derecho Latinoamericano – Volumen 17

Projeto Gráfico e Capa | *Carlos Alberto A. Dantas* – carlosalberto.adantas@gmail.com
Assistente Editorial | Kamylye Mourão

Nota Editorial: Dejamos expresa constancia que los artículos aquí expuestos fueron escritos y realizados por alumnos que actualmente están cursando en la Modalidad Intensiva del Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Tanto el contenido de los mismos, con la traducción al idioma español, son exclusiva responsabilidad de ellos. La Expressão Gráfica e Editora, o Consejo Editorial Latino y los coordinadores no se responsabilizan por el contenido de los mismos.

Nota de Esclarecimento: Cada um dos autores é integralmente responsável pelo conteúdo e tradução de seu artigo, não tendo a Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires e seus professores, a Expressão Gráfica e Editora, o Conselho Editorial Latino e os coordenadores da Coleção Reflexões sobre Direito Latino-americano qualquer espécie de responsabilidade por eventuais equívocos.

Paulo Aragão, José Marco Tayah e Letícia Danielle Romano
(COORDENADORES)

CIP – Cataloguing-in-Publication – Brasil Catalogação na Publicação
Ficha Catalográfica feita pela editora

T23u Tayah, José Marco; Aragão, Paulo; Romano, Letícia Danielle
Reflexiones sobre Derecho Latinoamericano : Estudios en homenaje a la profesora
María Susana Ciruzzi/ Paulo Aragão; José Marco Tayah; Letícia Danielle Romano. – For-
taleza – Buenos Aires : Expressão Gráfica e Editora, 2015.

371 p. : 16 x 23 cm ; Il. Foto

ISBN 978-85-420-0532-5

1. Derecho 2. Derecho Internacional Público 3. Genocídio – Derecho Interna-
cional 4. Derecho Internacional Privado 5. Derecho Latinoamericano I. Aragão, Paulo
II. Tayah, José III. Romano, Letícia Danielle IV. Título.

CDD 340
341.1

Índice para catálogo sistemico

1. Derecho. 2. Derecho Internacional Público. 3. Genocídio – Derecho Internacional. 4.
Derecho Internacional Privado. 5. Derecho Latinoamericano. 6. Direito Civil. 7. Direito
Penal. 8. Direito Constitucional. 9. Direito do Trabalho

VENDA DE EXEMPLARES EXCLUSIVA PARA AUTORES:

uniuba@gmail.com
venda.exclusivaparaautores@gmail.com

Sumário

A MODO DE PRESENTACIÓN

Profesor Dr. Ricardo Rabinovich-Berkman | 9

PRÓLOGO

Marisa Aizenberg | 13

NOTA DE LOS COORDINADORES

Paulo Aragão

José Marco Tayah

Letícia Danielle Romano | 19

NOTA DOS COORDENADORES

Paulo Aragão

José Marco Tayah

Letícia Danielle Romano | 21

LOS BANCOS, LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS Y EL DERECHO

Paulo Aragão

Daniel Ribeiro Sales | 23

A POLÍTICA NAZISTA COMO ESPETÁCULO: UM ESTUDO A PARTIR DA OBRA *A ARTE NA ERA DA SUA REPRODUTIBILIDADE TÉCNICA*, DE WALTER BENJAMIN

José Marco Tayah

Letícia Danielle Romano | 39

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A OBRIGAÇÃO JURÍDICA E A OBRIGAÇÃO MORAL A PARTIR DA OBRA *O CONCEITO DE DIREITO*, DE HERBERT HART

José Marco Tayah

Letícia Danielle Romano | 53

UN ANÁLISIS EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DE REGULARIZACIÓN DE LA OCUPACIÓN Y DE LA FUNCIÓN SOCIAL DEL SUELO EN BRASIL

Adriano Barreto Espíndola Santos | 67

DE GETÚLIO VARGAS AO PROCESSO DE REDEMOCRATIZAÇÃO: A HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO E DA JUSTIÇA DO TRABALHO, EM HOMENAGEM AOS 70 ANOS DA CLT

Ana Maria Aparecida de Freitas | 89

DESAPARECIDOS DURANTE O REGIME MILITAR

Augustus Marinho Bilac | 113

A NATUREZA JURÍDICA DO ICMS – UMA INCÓGNITA

Célia Gascho Cassuli | 127

O PREÇO DO AMANHÃ: A INFLUÊNCIA TECNOLÓGICA PARA A IDENTIDADE PESSOAL COM IMPLANTES DE MICROCHIP

Débora Elisa Lima Ribeiro | 147

ARBITRAJE Y MERCOSUR

Fernanda Aparecida Pereira Silva | 165

O DANO MORAL E O MÉTODO COMPREENSIVISTA DE INVESTIGAÇÃO DE WILHELM DILTHEY

Frederico Antônio Azevedo Ludwig | 185

DIAGNÓSTICO DOS PROBLEMAS DO REGISTRO DE IMÓVEIS RURAIS NO BRASIL

José de Arimatéia Barbosa | 207

O VALOR DA NORMA PROCEDIMENTAL

José Roberto Bechir Maués Filho | 227

A OMISSÃO PROCESSUAL DO EXEQUENTE E A NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA 114 DO TST – NOVO OLHAR DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE TRABALHISTA

Marcelo Miranda Caetano

Ana Ialis Baretta | 247

TEORÍA DE LA PONDERACIÓN. ROBERT ALEXY

Milagros Del Carmen Sarmiento Ortiz | 255

A RELAÇÃO DA CRIMINOLOGIA COM A SOCIOLOGIA CRIMINAL

Raimunda Irlanda Cabral Santos Rezende | 269

LOS CAUTIVOS DE LAS FARC A LA LUZ DEL “HOMO SACER” DE GIORGIO AGAMBEN

Ronny Alexander Rodríguez Eslava | 283

LA IMPORTANCIA DE LAS COSTUMBRES EN EL DERECHO Y EN LA RELIGIÓN

Simone Galli

Anai Mariani | 321

EL RIESGO INMINENTE DE LA ESENCIA FRENTE A LA DISMINUCIÓN DE VALORES

Tânia Mota de Oliveira | 341

O DIREITO DE DEFENDER A POSSE SEM O DIREITO DE PROPRIEDADE

Vinicius Silva Lemos | 355

A MODO DE PRESENTACIÓN

Este libro, el décimo séptimo volumen de la colección *Reflexiones sobre el derecho latinoamericano* (título que, realmente, no se adecua a su contenido, pero obedece a razones históricas, que suelen ser todo menos razonables), sale a la luz en enero de 2015.

Es un mes traumático. Los atentados terroristas de Francia enlutan al mundo y llenan de tristeza a todos quienes amamos la diversidad, la convivencia entre personas diferentes, de variadas ideas, religiones, idiomas, culturas, colores de piel.

Conozco al Islam. Tengo participación en entidades y cursos musulmanes. Poseo amigos y discípulos de esa religión. Sé perfectamente que no es un credo de violencia y de guerra, y que quienes en su nombre derraman sangre y siembran el miedo son tan malos seguidores de Mohammed como lo serían los judíos, los cristianos o los budistas que incurrieran, a la sombra de sus respectivas creencias, en tales desatinos.

Las atrocidades de “Estado Islámico”, de Al-Qaeda y de otras agrupaciones pseudo-musulmanas, acaban perjudicando a los propios islamitas de bien. Porque son funcionales al odio, al prejuicio, a la discriminación. Y, en definitiva, toda esa agresividad es instrumental a las construcciones sociopolíticas y económicas de explotación, de exclusión y de hambre.

Por eso, el nacimiento de este libro en medio de tales circunstancias, me suena a poema, me huele a canción suave, dulce. Quizás, si me apuran, algo triste... pero con esa melancolía del viajero que, aunque sabe que le aguardan miles de kilómetros, que le esperan de-

siertos agrestes, que habrá de cruzar cordilleras de espanto y vadear ríos torrentosos, toma su cayado y, tarareando, se da tozudo a la marcha.

¡Bienvenido, brote de paz!

Sagradas sean tus raíces: los cursos para el Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, donde comparten las aulas y la vida, en respetuoso disenso, en fraterna discrepancia, alumnos de veinticinco países, de cuatro continentes. Donde a la diferencia se responde con la sonrisa, con el abrazo, con la mano extendida. ¡Señor del Universo, gracias por haber colocado, en el corazón de nuestra pobre especie, aunque escondida a veces, la vocación por el amanecer!

Gracias Leticia Gregores Romano, José Marco Tayah y Paulo Aragão, destacados estudiantes de dicho Programa, por idear y llevar adelante esta Colección. Gracias a todos los alumnos y alumnas que han participado y participan de ella. Gracias a quienes han labrado los interesantes artículos que integran esta edición.

Reflexiones se inició en 2009. El primer volumen me hicieron el inmerecido honor de dedicármelo. Los siguientes homenajearon a los Profesores Doctores Paulo Bonavides, Wilson Alves de Souza, Eugenio Raúl Zaffaroni, Eduardo Barbarosch, Lidia María Garrido Cordobera, Flavia Piovesan, Marta Biagi, Viridiana Díaz Aloy, Ana Kunz, Ignacio Tedesco, Raúl Gustavo Ferreyra, Daniel Rafecas, Isabel González Nieves, Enrique Del Percio y Andrea Gastrón.

Los prólogos fueron escritos por los Profesores Doctores Enrique Del Percio, Leandro Vergara, Viridiana Díaz Aloy, Ignacio Tedesco, José María Monzón, Marisa Herrera, Silvia Nonna, Andrea Gastron, David Duarte, Nancy Cardinaux, Gabriel Ignacio Anitua, Eduardo Stordeur, Marta Biagi y este servidor.

Esta vez, los estudiantes del Programa, por unanimidad, eligieron a la Profesora Doctora María Susana Ciruzzi. Creo que es una decisión extremadamente merecida. Porque no solamente se trata de un ser humano luminoso (sus ojos oceánicos son apenas un anticipo de la claridad y la bondad de su espíritu), sino además de una docente comprometida y simpática, una compañera de trabajo solidaria y afectuosa, y una científica profunda, aguda y que cree en principios y valores.

Su propia historia de vida, que en otras personas pudo haber desembocado en un pantano de bilis y de resentimientos, cuajó en ella en el florecimiento de un ser humano defensor de la ética biomédica y de los derechos de los niños enfermos (y de los profesionales que a la atención de ellos han dedicado la existencia).

Admiro a Susy, y la quiero mucho. Felicito a los alumnos por haberla escogido en este importante homenaje.

Y también creo que era lógico hacer una excepción a la regla, hasta ahora seguida, de que los prólogos fueran escritos también por profesores del Programa. Esta vez, por los antecedentes de la relación de afecto y de trabajo conjunto que vinculan a Susy con Marisa Aizenberg, estudiante de nuestros cursos, cabía que fuera ella quien lo redactase. Por derecho propio e inalienable.

Por cierto, Marisa es una brillante docente de nuestra Facultad. Su trayectoria al servicio del derecho biomédico y sanitario es superlativa, y nos llena a todos de admiración. Es una persona dulce y buena, una jurista preclara, y una amiga querible. En fin, Susy y Marisa hacen un dúo tan peligroso como académicamente productivo y agradable.

Gusto de conocer a mis alumnos por el nombre. De interiorizarme de sus inquietudes, sus proyectos académicos, su vida científica. Como cada uno de los autores que publican en esta Colección es o ha sido estudiante del Programa de Cursos Intensivos con valor para el Doctorado, puedo decir que los conozco a todos.

Estoy, pues, en condiciones de dar testimonio del nivel de cada uno de ellos como mujeres u hombres de ciencia. Declaro sin tapujos que es, en general, lo suficientemente elevado como para dar lugar a un conjunto de obras excelentes, de enorme interés para el estudioso del derecho.

Esta Colección no tiene precedentes reales en el mundo. Se trata de una serie de libros colectivos, surgidos de los cursos de Doctorado de una de las principales Facultades de Derecho del continente, de cuyos claustros saliera el primer Premio Nobel latinoamericano, el Dr. Carlos Saavedra Lamas, y quince presidentes constitucionales de la República Argentina.

Los artículos que integran esta Colección están escritos por científicos provenientes de casi todos los países de Iberoamérica (con predominio del Brasil), así como de dos naciones africanas (Angola y Cabo Verde). Son obras que exceden con mucho el terreno académico (en el que, de por sí, ya descuellan) para pasar a forjar el futuro de integración y fraternidad.

La idea de esta Colección ha sido genial. No retaceo felicitaciones a sus autores. Espero que se mantenga, que siga, que continúe surcando los años, que gane cada vez más vuelo.

Que se comprometa, y que haga comprometerse, con la lucha pacífica y sagrada de los pueblos por un mañana sin explotación, sin imperialismos, sin prepotencias hegemónicas, sin delirios de supremacía o superioridad.

Por un amanecer de fraternidad, de justicia, de igualdad.

Que esta Colección sea causa y efecto, bandera y arcabuz, de la construcción del demorado amanecer que se impone, y que, a Dios y a la sangre gracias, parece estar llegando.

Profesor Dr. Ricardo Rabinovich-Berkman

Universidad de Buenos Aires

Enero de 2015

PRÓLOGO

Como fruto de aquella Modalidad Intensiva de cursos para el Doctorado iniciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, por iniciativa del Dr. Ricardo Rabinovich Berkman, se obtuvieron muy fecundos y enriquecedores resultados.

Ese crisol de culturas fue a poco poblando aulas, creando un espacio de pertenencia y referencia, articulando segmentos en forma plural, para la construcción de una dialéctica académica de excelencia.

También, ha dado como fruto de su sinergia otro valioso resultado de integración, cual ha sido la Colección de libros que, bajo el título “Reflexiones sobre Derecho Latinoamericano”, reúne edición tras otra diversos artículos científicos, cuyos autores son los estudiantes de sus cursos.

Cada volumen perfecciona el anterior y se han transformado en un libro de consulta obligada, albergado por las bibliotecas jurídicas de las más importantes universidades en el mundo.

Esta obra que prologo resulta fruto de un trabajo colectivo que anota y profundiza en las complejidades de la ciencia jurídica actual desde muy variados enfoques. Y entre todos han logrado construir el objetivo planteado por sus autores, solidos conceptos y logrado esfuerzo intelectual para permitir el desarrollo del derecho como pilar de una sociedad más justa.

Así, ADRIANO BARRETO ESPÍNDOLA SANTOS, bajo el Título “Un análisis en la filosofía del derecho de los problemas jurídicos de regularización de la ocupación y de la función social del suelo en Brasil”, examina con un enfoque filosófico la problemática jurídica de

la regulación de la ocupación y de la función social de la tierra en Brasil, inspirado en las ideas de Hart y Shapiro.

Desde otra perspectiva, AUGUSTUS MARINHO BILAC, en su trabajo “Desaparecidos durante o regime militar”, explora las causas que favorecieron el golpe militar de Brasil del año 1964, como la sumatoria de diversos acontecimientos políticos y sociales ocurridos a lo largo de su historia.

CÉLIA GASCHO CASSULI en “A natureza jurídica do ICMS – Uma incógnita” analiza una reciente decisión de la Corte Suprema de su país con las implicancias sobre el ahorro de impuestos de los contribuyentes, y evalúa en su estudio la posibilidad de la firma de un nuevo ICMS legal y las consecuencias de tal reconocimiento.

El abordaje de DEBORA ELISA LIMA RIBEIRO en “O preço do amanhã: a influência tecnológica para a identidade pessoal com implantes de microchip”, se basa en la película de ciencia ficción “El precio del mañana” (2011) en la que las personas mantienen sus identidades y sus propias vidas a través de un reloj implantados en su cuerpo. El tiempo en la película, tiene un aspecto tan valioso como el dinero, que se adquiere a través de ese reloj personal. La autora interpreta aspectos de esa modernidad que observa en nuestro tiempo: el valor de la vida, la tecnología, los tratamientos médicos, y surgen de estos temas críticos las respuesta sobre lo que sería el precio del mañana

Por su parte, FERNANDA APARECIDA PEREIRA SILVA, analiza en su trabajo sobre “Arbitraje y Mercosur” este instrumento de resolución de conflictos, su aparición en América y la relevancia en la historia de la humanidad, que readquiere importancia con el proceso de integración regional, que visualiza desde un triple objetivo: la figura del arbitraje en relación a los contratos entre entes jurídicos de los países del MERCOSUR con otros asociados, mostrar su utilidad, efectos y relevancia tanto en el mundo jurídico como en el derecho internacional y, por último, describir las principales cámaras arbitrales que existen en el bloque.

FREDERICO ANTÔNIO AZEVEDO LUDWIG en “O dano morale o método compreensivista de investigacao de Wilhelm Dilthey”,

analiza el reconocimiento de las decisiones judiciales por los daños morales y materiales, a luz de las teorías del filósofo, para entender al otro como sujeto y no objeto.

En su trabajo “A omissão procesual do exequente e não aplicação da Súmula 114 do TST- novo olhar prescrição intercorrente trabalhista”, MARCELO MIRANDA CAETANO y ANA IALIS BARETTA, observan y analizan las diferencias entre distintos tribunales en relación a la posibilidad de aplicación del instituto de la prescripción para el caso examinado.

MILAGROS DEL CARMEN SARMIENTO ORTIZ, en la “Teoría de la Ponderación. Robert Alexy” estudia la ponderación como técnica interpretativa empleada por el juez Constitucional para resolver conflictos entre principios, analizando además el método de ponderación empleado por la Corte Constitucional Colombiana. Aplica además la técnica de ponderación a la propuesta de establecer perfiles académicos y psicológicos como presupuesto para postularse a cargos de elección popular.

Asimismo, PAULO ARAGÃO y DANIEL RIBEIRO SALES, en “Los bancos, los medios electrónicos y el derecho”, se interpelean acerca del impacto de los medios electrónicos y la revolución de la información en los últimos años, el crecimiento económico, el papel de los bancos como herramienta del desarrollo y la adaptación de su operaciones a la era tecnológica

RAIMUNDA IRLANDA CABRAL SANTOS REZENDE indaga en su trabajo “A relação da criminologia com a sociologia criminal” la importancia de estas ciencias en el escenario jurídico y penal contemporáneo, en el estudio de la criminología para la planificación de estrategias de combate y prevención del delito, como una herramienta importante en el desarrollo de políticas públicas para la seguridad de la sociedad que junto a la sociología criminal afirma, está demostrando ser una ciencia de gran importancia para recopilar datos sobre la delincuencia y la conducta delictiva, y se presenta como una herramienta ligada a criminología.

JOSÉ ROBERTO BECHIR MAUÉS FILHO en “O valor da norma procedimental” reseña la creación de reglas que actúan como vallas de admisibilidad en los procedimientos adoptados por los tribunales superiores, con el fin de adecuarlos tomando como base los parámetros de su creación y su mejor adecuación al caso concreto.

Los autores SIMONE GALLI y ANAI MARIANI en su trabajo sobre “La importancia de las costumbres en el Derecho y la Religión” explican cómo el uso de las costumbres dominó y se confundió durante mucho tiempo con el propio ordenamiento jurídico y como a su vez, la religión, establece valores y principios para ser seguidos por el hombre y obedecidos, a fin de determinar conductas sociales y prohibiciones con un objetivo final: alcanzar el bien.

En otro orden, TÂNIA MOTA DE OLIVEIRA en “El riesgo inminente de la esencia frente a la disminución de valores” plantea desde su perspectiva, que la ética dejó de constituir una prioridad en la educación y en la familia y señala como indicios de un posible cambio un proyecto de ley para reformar la currícula que incluye la disciplina “constitucional”, cuyo objetivo es que niños y adolescentes conozcan y aprendan en la escuela los derechos y deberes ciudadanos inscritos en la Constitución Federal.

JOSE MARCO TAYAH Y LETICIA DENIELLE ROMANO publicaron dos trabajos de su autoría:

En “Algumas consideraciones sobre a obrigaçáo jurídica e a obrigaçáo moral a partir da obra o coceito de direito de Herbert Hart” analizan las distintas escuelas de pensamiento filosófico que debaten la separación de ley y moral, para llegar a la visión de Hart y su expresión sobre un mínimo de Derecho natural.

Bajo el título “A política nazista como espetáculo: um estudo a partir da obra a arte na era da sua reprodutibilidade técnica, de Walter Benjamin”, revisan el texto clásico para profundizar en la comprensión de las ideas sobre la estética de la política en relación con algunas producciones cinematográficas alemanas realizada durante el Tercer Reich.

Por último, VINICIUS SILVA LEMOS en su trabajo “O direito de defender a posse sem o direito de propriedade” plantea la importancia de la propiedad como instituto del derecho civil.

Todos los trabajos resultan aportes de alta calidad académica y sus ideas transformadoras, que abarcan una amplia variedad de temas jurídicos, constituyen en algunos de los ejes centrales de la moderna ciencia jurídica.

Pero este volumen tiene además otra característica significativa: está dedicado a la distinguida profesora DRA MARIA SUSANA CIRUZZI. Quienes la conocemos sabemos del rigor científico de su trabajo y su honradez intelectual. Fiel a sus convicciones, posee el valor moral de su compromiso independiente con el saber y la sociedad. Es sobre todo una humanista, sensible, apasionada y constante, de humor fino y agudo. En lo personal, deseo expresar -comprendida por las generales de la ley-, la profunda felicidad por ver concretado un merecido logro más en su vida académica, un justo reconocimiento a su brillante carrera que testimonia los lazos de amistad que sabe sembrar.

La Dra. Ciruzzi es Doctora por la Universidad de Buenos Aires desde el año 2004 con su tesis “El delito de desaparición forzada de personas”, calificada como distinguida. En el año 2010 presentó el proyecto de investigación para el Posdoctorado sobre: “La Criminalización de la Medicina al Final de la Vida”, admitida en el 2011. En ese mismo año se Diplomó en el Curso Superior en Bioética, dictado por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.

Posee una destacada trayectoria, ha sido autora de libros y artículos académicos; docente de grado, postgrado y doctorado, se desempeña como Responsable de las Áreas de Bioética y Derecho de la Salud de Niños, Niñas y Adolescentes del “Observatorio de Salud” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. También ha desarrollado importantes tareas de investigación en derecho, formando parte del Seminario de Investigación en Salud y Derecho del Instituto “Ambrosio Gioja” de esa Facultad.

Esta es una abreviada síntesis del camino recorrido de una amiga y jurista que abre de manera permanente las puertas de su corazón y

PRÓLOGO

sus conocimientos a quienes quieran entrar y seguir los pasos de una pionera y referente en ese camino.

Celebramos vea la luz la edición del número XVII de la Colección “Reflexiones sobre Derecho Latinoamericano” como un ritual de reconstrucción de la memoria colectiva que concentra la historia común de nuestros pueblos.

Marisa Aizenberg

Directora Académica del Observatorio de Salud
Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires
observatorioderechoysalud@derecho.uba.ar
www.marisaizenberg.blogspot.com.ar

NOTA DE LOS COORDINADORES

En este décimo sétimo libro de la colección *Reflexiones Sobre el Derecho Latinoamericano* que homenajeamos a la Profesora María Susana Ciruzzi, somos privilegiados – como suele pasar – con la siempre brillante presentación de nuestro amigo y Consejero el Prof. Doctor Ricardo Rabinovich, y con el prólogo de la Profesora Marisa Aizenberg.

El principal objetivo de esta recopilación permanece aún, desde su nacimiento: el abordaje de temas distribuidos en varias esferas del conocimiento inherentes al derecho para que se pueda, por la apreciación de ellos, comprender y evaluar el legado sociocultural y científico que la comunidad de los estudiantes de los cursos para el doctorado viene construyendo y reconstruyendo, dentro de la historia de esta magnífica bicentenaria Universidad de Buenos Aires, que tan bien nos ha acogido en su ámago y nos proporciona tanto en términos de enriquecimiento académico.

Entonces, señores, es tiempo de pasearnos por el amplio e complejo universo del derecho, por la mundivisión de cada uno de los autores de este trabajo, que a cada número se nos presenta como un desafío más a ser vencido!

Es en este viaje que arriesgamos escribir, hablamos, producimos y reproducimos, contamos y recontamos, en una representación actual del dilema sheakspariano, a la vez que somos seres inacabados, contradictorios y errantes en nuestras certezas.

Esperamos, a continuación al presente volumen, encontrar eco para nuevas indagaciones, propuestas, sugerencias y, en fin, nuevas con-

tribuciones, nuevas reconstrucciones acerca del pensamiento y de la cultura de nuestra comunidad académica.

Todo esto constituye parte, mas parte material, perenne por cambiaria, de nuestras búsquedas en este país hermano que tanto y tan bien nos acoge, en esta casa donde tanto aprendemos y que ya se transformó en parte inseparable de la historia de vida de cada uno de todos nosotros.

Esta es nuestra contribución

Buena lectura, señores lectores, es lo que los Coordinadores deseamos.

Paulo Aragão
José Marco Tayah
Leticia Danielle Romano
COORDINADORES

NOTA DOS COORDENADORES

Neste décimo sétimo livro da coleção *Reflexiones Sobre Derecho Latinoamericano*, homenageamos a Professora María Susana Ciruzzi, somos obsequiados – como sói acontecer – com a sempre brilhante apresentação de nosso amigo e Conselheiro Professor Doutor Ricardo Rabinovich, e com prólogo da Professora Marisa Aizenberg.

O principal objetivo dessa coletânea permanece, desde seu nascedouro, o mesmo: a abordagem de temas distribuídos em várias esferas do conhecimento inerentes ao direito para que se possa, pela apreciação deles, compreender e avaliar o legado sócio cultural e científico que a comunidade dos estudantes dos cursos para o doutorado vem construindo e reconstruindo, dentro da história dessa magnífica bicentenária Universidade de Buenos Aires, que tão bem nos tem acolhido em seu âmagos e tanto nos proporciona em termos de enriquecimento acadêmico.

Então, senhores, é tempo de passearmos pelo amplo e complexo universo do direito pela mundividência de cada um dos autores deste trabalho, que a cada número se nos apresenta como mais um desafio a ser vencido!

É nessa viagem que arriscamos escrever, falamos, produzimos e reproduzimos, contamos e recontamos, numa representação atual do dilema shakesperiano, vez que somos seres inacabados, contraditórios e errantes em nossas certezas.

Esperamos, em continuação ao presente volume, encontrar eco para novas indagações, propostas, sugestões e, enfim, novas contribuições, novas reconstruções acerca do pensamento e da cultura de nossa comunidade acadêmica.

NOTA DOS COORDENADORES

Isso tudo constitui parte, mas parte material, perene por cartulária, de nossas pesquisas nesse país irmão que tanto e tão bem nos acolhe, nesta casa onde tanto aprendemos e que já se transformou em parte inseparável da história de vida de cada um de todos.

Essa é nossa contribuição

Boa leitura, senhores leitores, é o que os Coordenadores desejamos.

Paulo Aragão

José Marco Tayah

Leticia Danielle Romano

COORDENADORES

LOS BANCOS, LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS Y EL DERECHO

*Paulo Aragão
Daniel Ribeiro Sales*

1 Introducción

Una de las características que diferencian al ser humano es su capacidad de crear y usar herramientas. Una vez creadas, esas herramientas pasan a cambiar al propio hombre y como él se organiza en sociedad. El dominio de algunas herramientas causó enorme impacto: la agricultura; la rueda; la escritura; la máquina a vapor; la electricidad.

La más reciente herramienta de gran impacto fue el desarrollo de los medios electrónicos. En los últimos años, el mundo pasó por una verdadera revolución de la información. El crecimiento económico y el desarrollo de la tecnología propiciaron el surgimiento de la red mundial de computadores.

Ella es el resultado de la conexión entre millares de redes locales y computadores, sin un servidor central único. Ella se concretiza por medio del hardware, software y proveedores de acceso.

El banco es un tipo de empresa que desarrolla, principalmente, la actividad de mediación o interposición de créditos, a partir da captación de recursos y posterior disponibilidad de este capital.¹ El banco es, en sí mismo, una “herramienta” desarrollada al largo de los siglos y que ha causado impacto social relevante. Los bancos, hoy en día, ejercen importante función económica en el desarrollo del país y son ampliamente utilizados por los más variados sectores de la sociedad.

Simultáneamente, a largo de su existencia, los Bancos se han apropiado también de las nuevas herramientas que van surgiendo, a

¹ NUNES, Danilo Arthur de Oliva. La Responsabilidad electrónica de las instituciones bancarias. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, v. 0, n. 168, 2014.

fin de perfeccionar su propio funcionamiento. Con el desarrollo de los medios electrónicos no fue diferente.

Dentro de las principales operaciones bancarias, se destaca: el depósito, el préstamo, la anticipación y la apertura del crédito. Hay también operaciones accesorias, que tienen como objetivo el bienestar del cliente, como la custodia de valores, cobranza de títulos y uso de cofres de seguridad.²

Con el avance de la Informática y del Internet, diversas operaciones bancarias también pasaron a ser realizadas por medio de la red u otros medios electrónicos, como el *Internet Banking* y las Cajas Electrónicas. El uso de estos medios acostumbra traer mayor agilidad, facilitar el acceso de los clientes y evitar el superar el aforo de las agencias.

2 El banco virtual

Al fortalecer las informaciones del mercado, la tecnología de la información acarrió un gigantesco impacto a la movilización de los flujos de capitales. Circulando más libremente, el dinero proporciona pérdidas y ganancias como hasta hace poco tiempo eran inimaginables. Con la globalización del mercado financiero experimentamos un aumento de la volatilidad de los activos negociados y más sensibilidad de los mercados internos a las turbulencias externas, lo que acentúa los riesgos. En paralelo, hay una reducción del alcance de los controles gubernamentales sobre los mercados financieros globalizados, lo que, por lo menos en tesis, hace converger para el ámbito del poder judicial una mayor demanda de litigios

Los bancos contemporáneos dan disponibilidad a sus clientes de diversos canales de interacción. En ese panorama están incluidos, por ejemplo: los terminales de Autoatención; la autoatención por Internet; la autoatención por celular; la central de atención; el Banco 24 Horas; los correspondientes bancarios; la red compartida; y, incluso, la

² NUNES, Danilo Arthur de Oliva. La Responsabilidad electrónica de las instituciones bancarias. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, v. 0, n. 168, 2014.

atención convencional en la agencia, en ventanillas de cajas y mesas de atención.³

En este contexto, el Banco Virtual – también conocido como *Internet Banking*, o banco *on-line* – es un servicio opcional, a disposición de aquellos clientes que desean realizar operaciones bancarias por medio del internet, independiente del horario de funcionamiento de las agencias.⁴

En las palabras de Adriana María dos Santos, el *Internet Banking* puede ser comprendido como la “realización de transacciones bancarias como consulta de saldo, pago de cuentas, transferencias de recursos, inversiones, etc., por medio de un web site, proporcionando conveniencia y satisfacción para el cliente”.⁵

La utilización de este medio tiene el potencial de traer una serie de ventajas, tanto para las instituciones bancarias cuanto para sus clientes. De la perspectiva de los bancos, podemos citar como ventajas la de reducción de costos, (por ejemplo, en lo que dice respecto a la cantidad de empleados contratados), tanto como la disminución de la posibilidad de error operacional cometido por falla humana. Ya para el cliente/usuario, pueden ser citadas la practicidad y comodidad del acceso por medio electrónico, tanto como la mayor velocidad con que las operaciones bancarias pasan a poder ser realizadas.⁶

3 Riesgos del banco virtual

El Internet contemporáneo es un ambiente favorable para la realización de fraudes.⁷ Esto ocurre por una serie de motivos. Entre ellos, se puede destacar que, en la red, hay más dificultad en identificar al

³ ESCALANTE, Roberto Veiga; MOURA, Ronald Rolim de. Los motivos para la no adopción del internet banking como canal de atención en la agencia del banco alfa. *Observatorio de la Economía Latinoamericana*, 2013. (187).

⁴ NUNES, Danilo Arthur de Oliva. La Responsabilidade electrónica de las instituciones bancarias. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, v. 0, n. 168, 2014.

⁵ *Idem*.

⁶ *Idem*.

⁷ REICHER, Cristiano. Segurança da informação no acesso ao Internet Banking. 2011.

autor de un delito que haya ocurrido. Más allá de esto, muchos usuarios no poseen conocimiento razonable de informática, o no están debidamente informados acerca de cómo deben ser hechos ciertos procedimientos en el Internet. Además, hay falta de preparación de la propia policía investigadora para actuar en el mundo virtual.⁸

Sea como sea, el aumento del número de personas con acceso a la red, sumado al crecimiento del comercio y de las operaciones bancarias en el Internet, ha atraído usuarios malintencionados que han realizado crímenes y contravenciones virtuales, aprovechándose de la buena fe e de la falta de información de las víctimas.

3.1 Tipos de fraudes electrónicos

Actualmente hay métodos fraudulentos cada vez más creativos y bien elaborados, lo que exige una mejora continua de los sistemas de seguridad de las páginas web, tanto como de una actuación directa de la institución financiera para informar a sus clientes como protegerse de los fraudes. Dentro de los medios utilizados para la realización de fraudes electrónicos los virus, *phishing* y *pharming* están entre los más comunes. Sigue una breve explicación sobre algunos de los tipos más relevantes de ataques virtuales.

Malware es un término genérico que abarca a todos los tipos de softwares desarrollados para ejecutar acciones maliciosas en una computadora.

El virus de computadora es el tipo de malware más conocido y la amenaza programada más común en el Internet. Se trata de un código de computadora que se adhiere a un programa o archivo, con el objetivo de esparcirse por varias computadoras, infectándolas.

Ya los *worms* son programas autorreplicables, semejantes a los virus. Mientras un virus infecta un programa y necesita de este programa hospitalario para propagarse, el *worm* es un programa completo, que se puede propagar de forma autónoma. Ellos se esparcen en una velocidad

⁸ NUNES, Danilo Arthur de Oliva. A Responsabilidade eletrônica das instituições bancárias. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, v. 0, n. 168, 2014.

tan rápida que obstruyen redes e interfieren en el funcionamiento de la computadora.

Ambos actúan de forma autónoma, consumen los recursos de la computadora e investigan todos los archivos de la máquina, viabilizando el acceso ilícito a las informaciones personales de la víctima.

Los Caballos de Troya o Troyanos (*Trojan Horses*) son programas aparentemente útiles, pero que en la verdad son invasores, que monitorean y capturan datos del usuario sin su consentimiento. Instalados, hacen posible que el hacker tenga control sobre la máquina, pudiendo visualizar la pantalla, copiar archivos, formatear el disco duro y, si la computadora tuviera un micrófono instalado, hasta escuchar la voz del usuario.

A su vez, los *spyware* son programas espías, que recogen informaciones sobre el usuario de la computadora y transmite esas informaciones a una entidad externa, sin el conocimiento o el consentimiento informado del usuario.

Phishing Scam, o simplemente *phishing*, es el uso de *spam* con contenido malicioso. Es el tipo de fraude que se da a través del envío de mensajes no solicitados, que se hace pasar por comunicación de una institución conocida, por ejemplo una financiera, y que busca inducir al acceso a páginas fraudulentas, proyectadas para hurtar informaciones personales y financieras de la víctima.

Pharming es una derivación del *phishing*, pero sin el envío de mensajes electrónicos. Consiste en la invasión y alteración del navegador utilizado por la víctima, de modo que, cuando el usuario intenta tener acceso a una página de banco, su browser infectado lo direcciona hacia una página de Internet no legítima.

4 Bancos y responsabilidad civil en los medios electrónicos

Para que haya responsabilidad civil, es indispensable la presencia simultánea de, por lo menos, tres elementos:⁹

⁹ *Idem.*

- La conducta humana, que puede transcurrir de una acción u omisión, siendo realizada por el propio responsable, o tercero por quien se responsabilice, y por hecho del animal o de cosa que a él le pertenece.
- O daño es la “lesión (diminución o destrucción) que, debido a un cierto evento, sufre una persona, contra su voluntad, en cualquier bien o interés jurídico, patrimonial o moral” (Maria Helena Diniz).
- Finalmente, el nexo de causalidad es una relación de causa-efecto entre la conducta humana y el daño causado.

Entre las varias clasificaciones que existen, es de especial relevancia para este trabajo la división de la Responsabilidad Civil en responsabilidad subjetiva y objetiva.¹⁰

La responsabilidad subjetiva está prevista en el art. 186, del Código Civil de 2002. Esta se presenta a partir de la comprobación de culpa, o sea, para su configuración es necesario que el agente haya actuado con imprudencia, negligencia, impericia o dolo. A su vez, la responsabilidad objetiva dispensa la comprobación de culpa y se funda, básicamente, en la existencia del riesgo en la actividad desempeñada por el agente. Esta tiene previsión en el art. 927, parágrafo único, del Código Civil.

La Ley nº 8.078/90 – Código de Defensa del Consumidor (CDC) – consagró la responsabilidad objetiva del abastecedor de productos y servicios. Amparado en la teoría del riesgo, el CDC instituye la responsabilidad aunque sin culpa (arts. 12 e 14) a causa de la vulnerabilidad del consumidor, que, al firmar una relación contractual, se encuentra, en regla, en inferioridad económica. Más allá de eso, el abastecedor, por la posición que ocupa, tiene condiciones de imponer su voluntad a los consumidores por medio de innumerables mecanismos, por ejemplo la del contrato de adhesión.¹¹

La doctrina mayoritaria considera que las instituciones bancarias están sometidas también al ordenamiento del CDC. Más allá de eso, la

¹⁰ *Idem.*

¹¹ REZENDE, Frederico Antonio Oliveira de. Responsabilidad civil de los bancos en relación a los fraudes electrónicos. *FMU Direito - Revista Eletrônica*, v. 24, n. 33, 2012.

sumilla 479 del STJ apunta expresamente que: “las instituciones financieras responden **objetivamente** por los daños generados por fortuito interno relativo a fraudes y delitos practicados por terceros en el ámbito de las operaciones bancarias” (cursiva nuestra).

Por otro lado, la misma responsabilidad objetiva aún puede ser apartada por medio de los Excluyentes de Responsabilidad Civil. Estas son circunstancias fácticas que rompen el nexo de causalidad e inviabilizan la pretensión indemnizatoria. Como ejemplo de este tipo de circunstancia, tenemos la culpa exclusiva de la víctima, el acto de tercero, el estado de necesidad, la legítima defensa, el ejercicio regular del derecho, el estricto cumplimiento del deber legal, el caso fortuito, la fuerza mayor y la cláusula de no indemnizar.¹²

4.1 Deber de informar

Como desdoblamiento del principio de la buena fe objetiva, los bancos tiene el deber de explicar a los clientes como usar sus sistemas de forma segura.

El art. 6º, inciso III, del Código de Defensa del Consumidor, prevé que son derechos básicos del consumidor, “la información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio, tanto como sobre los riesgos que presentan”.

A su vez, el art. 31 del mismo CDC, complementa lo expuesto en los siguientes términos:

La oferta y presentación de productos o servicios deben asegurar informaciones correctas, claras, precisas, ostensivas y en lengua portuguesa sobre sus características, calidades, cantidad, composición, precio, garantía, plazos de validez y origen, entre otros datos, tanto como sobre los riesgos que presentan a la salud y seguridad de los consumidores.

¹² NUNES, Danilo Arthur de Oliva. La Responsabilidad electrónica de las instituciones bancarias. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, v. 0, n. 168, 2014.

Siendo un tipo de emprendimiento regido por el código, cabe a la institución bancaria el **deber de informar** a sus clientes todos los cuidados que necesitan tomar durante el uso del banco virtual. Si la institución falla en la tarea de explicar el modo adecuado y seguro de uso del *internet banking*, sin dejar claros los peligros que las operaciones virtuales pueden traer, habrá violación al deber de informar y, consecuentemente, ofensa al principio de la buena fe objetiva que debe regir las relaciones civiles.¹³

En este contexto de desinformación, el banco será responsabilizado objetivamente por cualquier daño causado al usuario – se presume que la omisión de la institución bancaria incrementó el evento dañoso, haciendo del cliente una víctima más fácil para los golpes electrónicos.

4.2 Deber de seguridad

En el ordenamiento brasileiro, es necesario también que la institución bancaria garantice la integridad de su propio sistema interno. El banco puede ser responsabilizado civilmente por los daños advenidos de fraudes electrónicos aun habiendo informado al cliente el modo correcto de uso y los riesgos del Internet Banking.¹⁴

El fundamento para esto es que, a pesar de que el banco no ha incumplido su deber de información, violó otro deber inherente a la actividad que ejerce: el deber de seguridad. Tal deber está puesto en el artículo 8° del CDC, *in verbis*:

Art. 8° Los productos y servicios colocados en el mercado de consumo no acarrearán riesgos a la salud o seguridad de los consumidores, excepto los considerados normales y previsibles en transcurso de su naturaleza y fruición, obligándose a los abastecedores, en cualquier hipótesis, a dar las informaciones necesarias y adecuadas a su respecto.

Así, aunque se cumpla el deber de informar, la institución bancaria puede ser responsabilizada por transacciones indebidas en el Banco

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Idem.*

Virtual a causa del incumplimiento del deber de seguridad, que también es una obligación inherente al contrato que firma con sus clientes.

5 Aplicación del Derecho en casos específicos

A continuación un relato de cómo el poder judicial está tratando ciertas situaciones específicas en lo que atañe al uso del *Internet Banking* en Brasil.

5.1 Invasión del sistema del banco

La invasión del sistema de informática de un banco denota la falencia del deber de seguridad que necesitaría ser garantizado a los usuarios.¹⁵ En el caso de prejuicios advenidos de esta ocurrencia, tanto la doctrina cuanto el poder Judicial siguen el entendimiento de que la responsabilidad queda totalmente a cargo de la institución financiera. El cliente no podrá ser gravado. Se trata de responsabilización objetiva, con base en la teoría del riesgo del negocio.

5.2 Utilización indebida de informaciones obtenidas de forma lícita

Una persona malintencionada puede causar un daño al usar indebidamente datos obtenidos de forma lícita. Esto ocurre, por ejemplo, cuando la propia persona que realiza la operación bancaria da sus datos y contraseñas a terceros, autorizándolos que realicen transacciones en su nombre.

En este caso, se considera que el consumidor asumió los riesgos de la operación. Una vez que aquí hubo acto de voluntad bien informado del usuario, el banco está exento de responsabilidad.

El fundamento para la exención del banco es la incidencia del excluyente de “culpa exclusiva de la víctima”. En la culpa exclusiva de la víctima, “el agente que causa directamente el daño es apenas un ins-

¹⁵ *Idem.*

trumento del accidente” provocado por la víctima.¹⁶ De este modo, no hay que hablar de indemnización alguna.

5.3 Utilización indebida de informaciones obtenidas de forma ilícita

Caso distinto ocurre cuando el daño es causado por uso indebido de informaciones obtenidas de forma no lícita. Esto ocurre, por ejemplo, cuando un hacker consigue obtener datos y contraseñas de quien realiza la operación por medio de una invasión de su computadora.

En este caso, hay divergencia jurisprudencial: algunas decisiones, aunque adopten la teoría del riesgo, que presupone responsabilidad objetiva del empresario, apuntan como excluyentes de la responsabilidad bancaria o la culpa exclusiva del propio consumidor, o hecho del tercero.

En el “hecho del tercero”, se considera que el daño ocurrió por culpa de un tercero extraño a la relación. La participación de este tercero habría sido tal que extinguiría el deber de indemnizar de aquel que está siendo reclamado por el perjuicio.¹⁷

En cuanto a la “culpa exclusiva del consumidor”, la doctrina entiende que, se la culpa de la víctima concurre con la culpa del agente interpelado en juicio, cabra a este indemnizar a aquella solamente en la proporción de lo que le causó, repartiéndose proporcionalmente de los perjuicios. Y cuando la culpa fuera “exclusiva” de la víctima (consumidor), la otra parte (banco) quedará libre de indemnizar los daños.

Entretanto, hay otra corriente doctrinaria y jurisprudencial que no acepta la aplicación de excluyentes en la presente situación. Esta es, inclusive, la tendencia adoptada en los Tribunales Superiores brasileros. En esta línea, con base en la teoría del riesgo y en el deber de seguridad, los juicios condenan al banco a restituir al cliente todo el valor eventualmente substraído.¹⁸

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Idem.*

5.4 Daño moral

Para que se caracterice daño moral, es necesario que el individuo provea, en el caso concreto, que el daño vivido va más allá del mero disgusto con la situación ocurrida. El simple hecho de tener una cuantía transferida o retirada de la cuenta-corriente no concede a la víctima el derecho a esta reparación. Caso no se compruebe daño moral, apenas el daño material será resarcido por el juzgado.¹⁹

5.5 Repetición del pago indebido

Sobre la repetición del pago indebido, el art. 42, parágrafo único, del CDC, dispone que, “el consumidor cobrado en cuantía indebida tiene derecho a la restitución del pago indebido, por valor igual al doble del que pagó en exceso, aumentado de corrección monetaria y juros legales, salvo hipótesis de engaño justificable”.

La interpretación de este dispositivo puede ser controversial, especialmente en lo que atañe a entender lo que constituiría un engaño justificable. De este modo, hay juzgados que entienden que la institución financiera debe restituir al consumidor, víctima de golpes virtuales en el Internet Banking, con el doble del valor de lo que fue retirado de su cuenta-corriente. Ya otras decisiones dan a entender que la actividad criminosa sería suficiente para encuadrar la situación en la hipótesis de error justificable, generando la devolución tan solamente del valor exacto que fue substraído.²⁰

6 El Embargo on-line

En otros momentos de este texto, se estudia la respuesta del mundo jurídico a situaciones levantadas por el uso de los medios electrónicos para operaciones bancarias. Aquí, entretanto, veremos al ban-

¹⁹ *Idem.*

²⁰ *Idem.*

co electrónico trayendo, no problemas, sino soluciones que facilitan la aplicación de la justicia.

En cualquier proceso de ejecución, el ejecutante tiene como objetivo recuperar su crédito. Para alcanzar ese objetivo, el principal procedimiento es el embargo.

El embargo es el acto procesal por el cual los bienes del deudor ejecutado son conducidos a la constricción judicial en el proceso de ejecución.²¹ Entretanto, la búsqueda de bienes por medio de diligencias realizadas por el propio acreedor no siempre tiene buen resultado, lo que vuelve necesario la intervención Estatal.

En el proceso de ejecución, la obligación final es de pagar la cuantía en dinero. Por esto mismo, el dinero es el primer bien en el rol de bienes embargables, en el art. 655 del CPC. Capturar valores que el deudor mantenga en instituciones financieras es, por lo tanto, una de las formas más eficientes de cumplir la ejecución. Al ser encontrado dinero disponible y para ser usado en el embargo, este bien va a satisfacer más prontamente el crédito del ejecutante.

Antiguamente, para levantar el secreto bancario u ordenar bloqueo de cuentas-corrientes de deudores en proceso de ejecución, el Juez necesitaba, de forma analógica, enviar oficios y requisiciones, en formato de papel, al Banco Central.

Por el tradicional sistema de envío de las confiscaciones vía correo, el oficio con la respectiva orden circula por varias oficinas, desde la salida del registro, pasando por departamentos del Banco Central, hasta finalmente llegar a las manos del gerente de la agencia bancaria.

Ocurre que, antes del oficio cumpla todo el camino arriba descrito, el deudor casi siempre era informado sobre la diligencia, sobrándole tiempo para realizar el retiro del monto.

Para combatir esa morosidad, el Banco Central desarrollo la herramienta procesal llamada Bacen-Jud, también conocida como “embargo *on line*”, que usa directamente los medios electrónicos el internet

²¹ GALVÃO, Caio De Souza. O sistema Bacen-Jud no processo de execução. *Revista Direito em Ação*, v. 9, n. 2, 2014.

para dialogar con los sistemas bancarios y cumplir las determinaciones de la Justicia.

El fundamento legal que posibilita este nuevo tipo de embargo se encuentra actualmente en el art. 655-A del Código de Proceso Civil, que fue insertado por la Ley n°. 11.382 de 2006.

El sistema permite que los jueces, a requerimiento del acreedor, soliciten informaciones sobre movimientos del deudor en las instituciones financieras, a partir de lo cual podrán determinar rápidamente el bloqueo del dinero encontrado en las cuentas-corrientes o cuentas de inversión.

Las confiscaciones del magistrado son hechas por medio del sitio web en el Internet, con acceso por medio de la contraseña. En espacio del propio sitio web, el Juez solicitante debe llenar una minuta de documento electrónico, donde anota informaciones que van a identificar al deudor y el valor a ser bloqueado.²² La confiscación electrónica es enviada directamente a los bancos, que cumplen la orden y devuelven informaciones al Juez.

Se resalta que, a pesar del sistema, el deudor de mala fe aún puede retirar el dinero de la cuenta tan pronto como toma conocimiento de la ejecución (cuando es citado). Sin embargo, al contrario de lo que antes frecuentemente ocurría, el deudor ya no tendrá conocimiento exacto del momento en que el acto de justicia podrá ocurrir.

6.1 Uso hodierno

Hoy, todas las ramas del Poder Judicial pueden usar el sistema. Es efectuado por convenio entre el Banco Central y los Tribunales Superiores, al cual se adhieren también los tribunales estaduales y regionales.²³

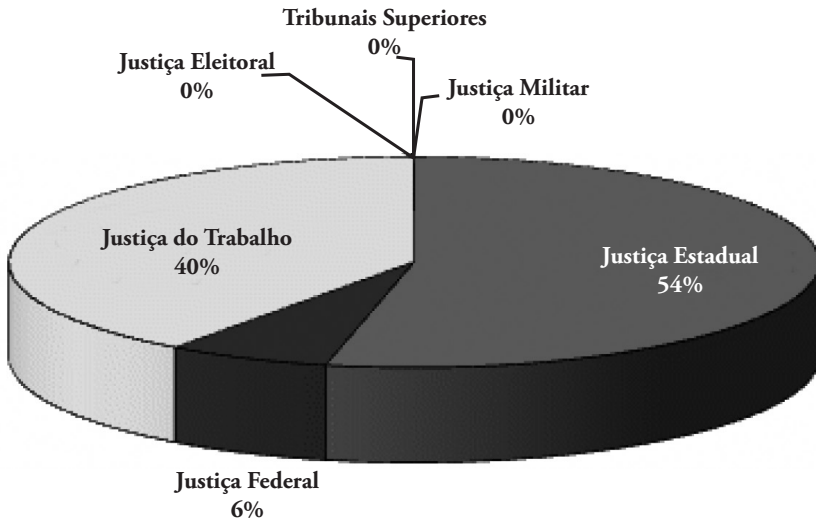
De hecho, con datos del 2011, es posible verificar que la mayor parcela de solicitudes al Bacen-Jud ha partido de la Justicia Estadual,

²² REINALDO FILHO, Demócrito. El embargo on line: el uso del sistema BacenJud para conscripción judicial de cuentas bancarias y su legalidad. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1066, 2 jun. 2006.

²³ REINALDO FILHO, Demócrito. El embargo on line: el uso del sistema BacenJud para conscripción judicial de cuentas bancarias y su legalidad. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1066, 2 jun. 2006.

que compone el 54% del total. Seguidamente, la Justicia del Trabajo fue responsable por 40% de las confiscaciones, mientras que otros 6% del uso del sistema partió de la justicia federal.²⁴

GRÁFICO de las solicitudes hechas al Bacen-Jud en 2011



7 Consideraciones finales

Las últimas décadas vieron el surgimiento y popularización de las operaciones bancarias electrónicas. En esta manera, se observa que el mundo jurídico ya comienza a interactuar con el uso bancario de los equipamientos electrónicos.

Los riesgos inherentes al uso del banco virtual levantan cuestiones que han sido respondidas, por el Derecho, en el ámbito de la doctrina sobre Responsabilidad Civil. En algunos de estos aspectos, como en la cuestión de la responsabilidad por daños causados por uso de datos adquiridos ilegalmente, aún no hay consenso entre los órganos del Poder Judicial. Por otro lado, hay varias visiones ya consolidadas. Por

²⁴ *Tribunal Regional do Trabalho 1º Região*. Disponible en: <<http://www.trt1.jus.br/web/guest/materia-completa?nID=1012716>>. Consulta: 8 set. 2014.

ejemplo: es sabido que el tipo de responsabilización en las operaciones con el Banco Virtual y la responsabilidad objetiva, fundamentada en la teoría del riesgo.

En otro punto contemplado en este texto, es innegable la mayor practicidad y eficiencia que el uso de medios electrónicos trajo con la creación del embargo on-line. Por otro lado, también es verdad que el desarrollo de esta herramienta necesitó de un largo proceso de perfeccionamiento y, hoy, el sistema aún tiene aspectos que deben ser mejorados.

Este trabajo abordó apenas algunos de los puntos de contacto que ya existen entre el derecho bancario y el mundo de la informática. Con el uso cada vez más intenso de los medios electrónicos por parte de la población, es seguro entender que estos puntos de contacto van a continuar profundizándose y nuevos puntos de relación aún van a surgir.

8 Bibliografía

ESCALANTE, Roberto Veiga; MOURA, Ronald Rolim de. Os motivos para a não adoção do internet banking como canal de atendimento na agência do banco alfa. *Observatorio de la Economía Latinoamericana*, 2013. (187). Disponible en: <<http://www.eumed.net/coursecon/ecolat/br/13/banking.html>>. Consultado: 14 set. 2014.

GALVÃO, Caio De Souza. O sistema Bacen-Jud no processo de execução. *Revista Direito em Ação*, v. 9, n. 2, 2014. Disponible en: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDA/article/view/4953>>. Consultado: 23 set. 2014.

NUNES, Danilo Arthur de Oliva. A responsabilidade eletrônica das instituições bancárias. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, v. 0, n. 168, 2014. Disponible en: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3129>>. Consultado: 15 set. 2014.

REICHER, Cristiano. Segurança da informação no acesso ao Internet Banking. 2011. Disponible en: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/77403>>. Consultado: 14 set. 2014.

REINALDO FILHO, Demócrito. A penhora on line: a utilização do sistema BacenJud para constrição judicial de contas bancárias e sua legalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1066, 2 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8459>>. Consultado: 22 set. 2014.

REZENDE, Frederico Antonio Oliveira de. Responsabilidade civil dos bancos em relação às fraudes eletrônicas. *FMU Direito – Revista Eletrônica*, v. 24, n. 33, 2012. Disponível em: <<http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/RMDIR/article/view/78>>. Consultado: 15 set. 2014.

Tribunal Regional del Trabajo 1° Región. Disponível em: <<http://www.trt1.jus.br/web/guest/materia-completa?nID=1012716>>. Consultado: 8 set. 2014.

A POLÍTICA NAZISTA COMO ESPETÁCULO: UM ESTUDO A PARTIR DA OBRA *A ARTE NA ERA DA SUA REPRODUTIBILIDADE TÉCNICA*, DE WALTER BENJAMIN

José Marco Tayah
Letícia Danielle Romano

1 Introdução

Objetiva-se com o este ensaio descrever e comentar o texto clássico *A obra de arte na era da sua reprodutibilidade técnica*¹, de Walter Benjamin, abordando sétima arte (cinema) e sua relação com a política na contemporaneidade.

Não se tem a pretensão de esgotar por completo a temática neste ensaio; muito pelo contrário, pretende-se estimular o debate sobre o referido texto, visando aprofundar o entendimento das ideias sobre a estética da política, relacionando com produções do cinema alemão, realizadas durante o Terceiro Reich, a saber: *O Triunfo da Vontade*, *O Führer Doa uma Cidade aos Judeus*, *Vítimas do Passado*, *O Eterno Judeus* e *O Judeu Süß*².

¹ A tradução da mencionada obra de Walter Benjamin foi realizada por Sérgio Paulo Rouanet a partir da segunda versão do manuscrito em alemão publicada em 1955 na revista do Instituto de Pesquisa Social, que seria o embrião do que viríamos a conhecer como a futura Escola de Frankfurt.

² Esses são apenas alguns filmes utilizados pelo Terceiro Reich para divulgar a sua política. Inúmeros outros podem ser citados, como, por exemplo, *A vitória da fé* (*Der Sieg des Glaubens*), de 1933, onde figura de Adolf Hitler é representada de maneira direta. Além disso, digna de nota torna-se a qualidade técnica das gravações para o período, fruto de investimentos singularmente altos por parte do governo alemão. A assinatura artística desse período do cinema alemão é de Leni Riefenstahl, atriz, escritora e intelectual berlinense, que ajudou a construir, por intermédio do cinema, uma imagem mítica do nacional-socialismo. Outro filme que merece destaque é *Olympia*, de 1938, também de Leni Riefenstahl, muito mais do que reportar os Jogos Olímpicos de Berlim de 1936, a película pode ser compreendida como um hino de louvor à Alemanha de Hitler e aos ideais de beleza, perfeição física e pureza racial, tão caros à ideologia nazista. Produziu-se, ainda, uma série de biografias de alemães notáveis, com a nítida intenção, por parte de seus respectivos diretores, de criar um paralelo com o *Führer*. Nesse panteão couberam líderes

Walter Benjamin, filósofo alemão-judeu, ligado a Escola de Frankfurt, fundamenta o ensaio em análise sob uma perspectiva teórica marxista. A paisagem histórica desta corrente de pensamento pode ser ilustrada pela ascensão e desdobramento dos regimes políticos totalitários (nazismo e fascismo).

Em virtude disso, além das contraposições ao capitalismo, colocadas comumente pela tradição marxista, a tendência de Walter Benjamin é fazer uma crítica à razão instrumental ligada ao Iluminismo e o mito, que se criou especialmente desde Hegel, de que a sociedade humana se emanciparia através da razão.

Os frankfurtianos denunciam a desgraça gestada por essa crença *ingênua*, marcada principalmente pelo holocausto, que só foi possível pelos recursos tecnológicos e saberes científicos disponíveis para a invenção daquela ideológica máquina de exclusão e extermínio. Neste sentido, Walter Benjamin defende a importância do papel social dos intelectuais em mapear os lugares políticos para o exercício da cidadania e em desmascarar as ideologias totalitárias transmitidas agora pelos veículos de arte da *Indústria Cultural*.

Nesse contexto, o ensaio *A obra de arte na era da sua reprodutibilidade técnica*, de Walter Benjamin, publicado em 1955, tem a atenção voltada especialmente para o cinema³. Isto porque, o cinema marca, com a eclosão da fotografia, a era da reprodutibilidade técnica de uma maneira inédita na arte. Assim, Walter Benjamin diz que a principal característica da *reprodução da obra de arte* é a perda do *aqui e agora* da criação artística.

Sem essa particularidade, a arte tem sua *aura*⁴ murchada e perde

políticos (o rei Frederico, em *Der Grobe König*, 1942; *Bismark*, 1940), poetas (Friederich Schiller – *Der Triumph eines Genies*, 1940), compositores (*Friedmann Bach*, 1941), escultores (*Andreas Schüller*, 1942), médicos e cientistas (*Robert Koch der Bekämpfer des Todes*, 1939; *Diesel*, 1942; *Paracelsus*, 1943), etc.

³ Contudo, contém exposições teóricas sobre outras modalidades de arte.

⁴ A escolha do termo *aura* para uma obra de arte que carrega irremediavelmente a noção material de uma produção, por mais que lhe seja indispensável uma forma ou um elemento espiritual que lhe engendre, indica desde já uma agudeza de percepção ao elencar um termo tão sutil; para não dizer, sobretudo o quanto é desconcertante vê-lo inserido em uma análise materialista da produção cultural. *Aura* enquanto substantivo se diz da brisa ou aragem e, portanto se parecia

sua autenticidade, uma vez que a singularidade da arte estava assentada no contexto da tradição, que entra em decadência conforme o crescer das massas.

Opera-se, destarte, uma mudança, pois antes a obra de arte tinha uma função ritual, primeiro mágica e depois religiosa. Acredita-se, por exemplo, que homens da caverna desenhavam alces na pedra para ritualizar uma caçada. Até mesmo, a estátua da Vênus esteve ligada a diferentes modalidades de culto mágico-religiosas – da cultura helênica de Grécia e Roma antiga à Renascença ocidental, mesmo profana, sustentando o valor de culto à beleza.

De acordo com Walter Benjamin, na modernidade uma corrente que defende e pratica a *arte pela arte* fez surgir uma teologia negativa na forma de arte pura que recusa não só a *função social da arte*, como também toda *finalidade* através de uma determinação concreta.

Walter Benjamin se opõe explicitamente contra esta posição, pois compreende que a arte possui um fim específico e está ligada a noção de superestrutura, que funciona (se transforma) sob uma dialética mais lenta que a econômica; e é, portanto, determinada e dialógica a outros níveis da realidade social.

O que realmente tem relevância é que, na modernidade, com a reprodução técnica, o fim (enquanto objetivo) da arte mudou. Com a derrocada da *autenticidade*, agora a arte não possui mais a função social do ritual, mas da política.

com espírito entendido como o *ruah* (רוח) hebraico e o *pneuma* grego (πνεύμα). Ambos sendo significados como alento vital e até mesmo como sopro criador. O que seria a forma estética que engendra uma produção artística lhe dotando de espírito, senão o sopro criador do artista que a plasmou?

A capacidade moderna de reproduzir tecnicamente a obra de arte, diz Walter Benjamin, em especial no cinema e na fotografia, modifica a própria natureza e função da arte como um todo. A revolução que aí se operou – primeiro por via da técnica, segundo, por via das novas noções sensíveis que são suscitadas neste processo – resulta na perda da famosa *aura* da obra de arte.

E o que significa essa *aura* que se perdeu? Ora, a obra de arte tradicional era portadora de dois registros facilmente identificáveis: 1) a autenticidade do original; 2) o pertencimento a uma dada tradição cultural, historicamente identificada e, portanto, indelevelmente selada com uma marca de classe sócio-econômica. Para Walter Benjamin, essa *aura* que se perdeu representa uma vantagem, que ele classifica de revolucionária. As massas, no afã de se apropriarem das novas obras de arte (como no cinema), logram derrotar a *tradição* e a *autenticidade* – que a tornavam singulares, irrepetíveis e originais – da obra de arte, os dois elementos constitutivos da velha *aura*.

Diante desse cenário, a obra de arte desloca-se do culto para a exposição, ou seja, ela (a obra de arte) não é mais utilizada para ser adorada, cultuada, venerada, porém assistida, mostrada, circulada, transmitida, assimilada, reproduzida.

Walter Benjamin sustenta, ainda, que o fascismo soube deslocar *o valor de culto* para um líder (ou para um ideal), introduzindo a estética na política através da guerra – a guerra televisionada, radializada, reproduzida, encenada em estúdio; nela ao mesmo tempo o medo de morrer, que leva a resignação, e o despertar da luta *simulada* pela sobrevivência, visa manter conservadas as relações de propriedade. Por isso, enquanto o capital ditar as normas produtivas do cinema atual, a única perspectiva revolucionária possível é a mudança das regras das concepções tradicionais de arte – incipiente para o autor. Pois, embora o cinema possa fazer uma crítica revolucionária das relações sociais, mesmo das de propriedade, pensando no âmbito do estímulo à práxis, o cinema não promove hábitos de atenção, mas de distração⁵.

Ora, no ensaio *A obra de arte na era de sua reprodutibilidade técnica* (1935/1936), Walter Benjamin reflete basicamente a relação entre a técnica cinematográfica e a política. Ou quem sabe entre o cinema e a história. No texto clássico, Walter Benjamin, com sua aguda percepção da natureza estetizante do fascismo já *profetizava*: a auto-alienação da humanidade seria capaz de levá-la a viver sua própria destruição como um prazer estético de primeira ordem.

Surge, então, a pergunta se não foi exatamente o que fez a Alemanha hitlerista durante os longos anos de 1939 a 1945.

Walter Benjamin não abria mão, no entanto, de uma utopia que tentava responder à sua precisa análise política do nazismo: pois se o

⁵ Confira-se a respeito o trecho abaixo:

“Na época de Homero, a humanidade oferecia-se em espetáculo aos deuses olímpicos; agora, ela se transforma em espetáculo para si mesma. Sua auto-alienação atingiu o ponto que lhe permite viver sua própria destruição como um prazer estético de primeira ordem. Eis a estetização da política, como a prática do fascismo. O comunismo responde com a politização da arte” (Benjamin, 2014, p. 212).

fascismo mostrava como estetizar a política, o comunismo responderia “com a politização da arte” (BENJAMIN, 2014, p. 212).

Como observara o filósofo Walter Benjamin no ensaio em análise, que ainda hoje é um dos marcos da teoria do cinema, as metamorfoses no modo de exposição geradas pelas técnicas da reprodução tinham afetado também a política. Entrara em campo um novo processo de seleção – agora diante do aparelho técnico – do qual emergiam, “como vencedores, o campeão, o astro e o ditador” (Benjamin, 2014, 198), uma vez que este seria, de fato, o século dos astros e dos ditadores: e ambos se dirigiram às massas através do cinema.

“Todos os esforços para estetizar a política convergem para um ponto. Esse ponto é a guerra”, destacava Benjamin (2014, p. 210), uma vez que a guerra, já antecipada, não se fez demorar. Em verdade, a guerra significou para a indústria do cinema o mais efetivo impulso em seu desenvolvimento.

Assim, as grandes *fábricas de sonhos* nasceram sob o signo da guerra, florescendo ao longo dos dois conflitos mundiais, conforme mostrou Sigfried Kracauer em *De Caligari a Hitler: uma história psicológica do cinema alemão* (1988).

Aliás, até mesmo o desenvolvimento estético do cinema, com a especificidade de sua linguagem deve sua maturidade às lições deixadas pelo uso da parafernália armamentista, como anota Paul Virilio (*Guerra e Cinema*, 1993). E continua afirmando que “o cinema entra para a categoria das armas a partir do momento em que está apto a criar a surpresa técnica ou psicológica”, já que não existe guerra sem representação ou arma sofisticada sem mistificação psicológica (*Guerra e Cinema*, 1993, p. 12). Ocorre que as armas, antes de serem instrumentos de destruição, são instrumentos de percepção. Daí que a guerra “não pode jamais ser separada deste espetáculo mágico porque sua principal finalidade é, justamente, a produção deste espetáculo” (Paul Virilio, *Guerra e Cinema*, 1993, p. 11/12).

O cinema esclareceria, desta maneira, porque abater o adversário é menos capturá-lo do que cativá-lo, é infligir, antes da morte, o pânico da morte. Com o que o Ministro da Propaganda do Terceiro Reich,

Josef Goebbels, concordaria plenamente ao proferir seu célebre discurso de 1934, realizado no Congresso do Partido em Nuremberg, imortalizado nas imagens do filme *O Triunfo da Vontade*, de Leni Riefenstahl:

O poder baseado em armas pode ser uma coisa boa; é porém, melhor e mais gratificante conquistar o coração de um povo e mantê-lo (*apud* KRACAUER, 1988, p. 191).

Aliás, a importância do cinema para a conquista dos corações e mentes não seria alardeado apenas pelo Ministro da Propaganda de Hitler, Josef Goebbels, cumprindo destacar, mais uma vez, o filme-documentário *Triunfo da Vontade*, que nas palavras do próprio Hitler, foi caracterizado como “uma glorificação incomparável e completamente original do poder e da beleza de nosso Movimento” (*apud* SONTAG, 1986, p. 66).

Diante desse cenário, as missões sagradas dos nazistas como o Holocausto⁶ ou o denominado Programa de Eutanásia⁷ contariam com o providencial caráter persuasivo e “educativo” das imagens em movimento: o cinema.

Enquanto, por um lado, filmes grosseiros como *Vítimas do Passado* (1937), exploravam chocantes imagens de doentes mentais, in-

⁶ O vocábulo *holocausto*, deriva originariamente da palavra grega *holokauston*, significando “oferta de sacrifício completamente (holos) queimada (kaustos)” ou “algo queimado oferecido a um deus”. Em ritos pagãos gregos e romanos, deuses da terra e do submundo recebiam animais queimados, que eram oferecidos à noite. A palavra *holocausto* foi adotada posteriormente na tradução grega da Torá para se referir ao Olah, que são ofertas de sacrifícios queimados individuais e comunais que os judeus eram obrigados a fazer nos tempos do *Beit Hamicdash* (Templo de Jerusalém). Na sua forma latina, *holocaustum*, o termo foi usado pela primeira vez com referência específica a um massacre de judeus pelo monge Richard de Devizes na Inglaterra do anos 1190. Escrita em latim, Richard de Devizes, monge do século XII, foi o primeiro cronista a registrar o uso o termo *holocaustum* na Grã-Bretanha. Durante séculos, a palavra *holocausto* foi usada para designar grandes massacres. Desde os anos 1960, o termo passou a ser usado por estudiosos e escritores para se referir especificamente ao genocídio nazista contra o povo judeu. A palavra bíblica *Shoah* (שואה; também transliterado *Sho'ah* e *Shoa*), que significa *calamidade*, tornou-se o termo hebraico padrão para o Holocausto já em 1940, especialmente na Europa e em Israel. Os nazistas usaram uma frase eufemística, a *Solução Final para a Questão Judaica* (em alemão: *Endlösung der Judenfrage*) e a expressão *Solução Final* tem sido amplamente utilizada como um termo para o genocídio dos judeus. Os nazistas usaram a frase *lebensunwertes Leben* (indigno da vida), em referência a suas vítimas, na tentativa de justificar os assassinatos.

⁷ Eufemismo para as ações de eliminação dos física e mentalmente “degenerados”.

vocando o mais rasteiro darwinismo como justificativa para estancar a propagação dos *imbecis*.

Por outro lado, filmes-documentários abomináveis de contrapropaganda, como, por exemplo, *O Führer Doa uma Cidade aos Judeus*⁸ (1944), procurava confundir a opinião pública a respeito do genocídio. Cuida-se da mais cínica e mórbida das obras cinematográficas para alcançar a proporção da insanidade e audácia da estratégia da propaganda nazista. Afinal, em 1944, data da produção de *O Führer Doa uma Cidade aos Judeus*, vinte e quatro mil corpos de judeus eram queimados diariamente em Auschwitz.

Para as tomadas do filme *O Führer Doa uma Cidade aos Judeus*, o campo de extermínio *Theresienstadt* foi devidamente *redecorado*, com o objetivo de mostrar a vida opulenta dos judeus, que seriam *felizes hóspedes* do Terceiro Reich, cuja programação incluía lúdicas apresentações musicais, atividades esportivas, manhãs de lazer em oficinas especiais e tardes de leitura em bibliotecas. Os *atores* deste filme de contrainformação, destinado ao território alemão e a países estrangeiros, eram os próprios prisioneiros, maquiados para esconder as marcas físicas do cativo⁹.

Frido Mann, no livro *Terezín – Hitler Oferece uma Cidade aos Judeus*, anota que o local era “um campo de concentração modelo e de apresentação para as visitas regulares das comissões internacionais de direitos humanos” (1995, p. 13). Estas deveriam “se convencer, por seus próprios olhos da inconsistência dessas acusações (sobre a finalidade destes campos)”. Na realidade, *Theresienstadt* abrigava homens e mulheres em idade ativa, crianças, idosos¹⁰, bem como os denominados *renomados*, consistente numa elite de intelectuais e artistas judeus (MANN, 1995, p. 13).

Não se pode esquecer que o implacável programa eliminacionista do regime de Hitler, em sua versão propagandística-doutrinária, já havia sido iniciado alguns anos antes contra a própria *raça ariana*,

⁸ Título Original: *Der Führer Schenckt de Juden eine Stadt*.

⁹ Logo após a macabra “representação”, os “atores”/prisioneiros foram mortos.

¹⁰ Nos demais campos de extermínio eram os primeiros enviados as câmaras de gás.

especialmente em desfavor daqueles indivíduos que não estavam enquadrados na propalada ideia de sua perfeição.

No filme *Vítimas do Passado* (1937), os doentes mentais, afirmava o locutor, ocupam *palacetes*, enquanto *peças saudáveis* vivem em guetos. Retira-se ainda do mencionado filme que os humanos pecam contra a lei de seleção natural, quando aprovam formas de vida inferiores e encorajam sua propagação^{11, 12}.

E no documentário *O Eterno Judeu* e na ficção cinematográfica representada pelo filme *O Judeu Süß*, ambos de 1940, repisam, a acusação quanto à natureza intrinsecamente pervertida do povo judeu.

O documentário *O Eterno Judeu*, provavelmente a mais infame obra de propaganda racista, realizado através de uma colagem aleatória de apelativas e grosseiras difamações contra o povo judeu e sua cultura, pretende apresentar um relato da história dos judeus pelo mundo, recheado de acusações contra o poder econômico *de um povo de parasitas* cujo único valor reconhecido é o do dinheiro (NAZÁRIO, 1983, p. 56).

Aliás, um dos idealizadores e autores desta típica obra ao estilo Hitler de propaganda, Fritz Hippler¹³, definiu-o como uma “sinfonia de horror e nojo” (*apud* NAZÁRIO, 1983, p. 56). O aparente *elogio* é merecido não apenas em razão das tomadas realistas feitas no gueto, como também por terem sido acrescentadas as famosas cenas de um matadouro de propriedade de judeus, onde açougueiros sangram vacas e carneiros que, em desespero, procuram estancar a sangria esfregando o pescoço rasgado contra o chão.

¹¹ Recorde-se que em meados de 1933, com a promulgação da lei que obrigava a esterilização de pessoas portadoras de doenças hereditárias, um destes “documentários educacionais” da época visavam confirmar a importância e necessidade da referida regra jurídica, que tinha como finalidade ajudar a eliminar a doença e auxiliar aos fortes e sadios.

¹² Essas máximas são registradas no filme *Arquitetura da Destruição* (1989), de Peter Cohen, (que mostram cenas tomadas por Leni Riefenstahl durante as filmagens de *O Triunfo da Vontade*, de Leni Riefenstahl, onde Hitler se dirige à juventude alemã com suas afirmações de seu ideário racista: “Nosso primeiro princípio de beleza é saúde” e “Precisamos criar um novo homem para nossa raça não sucumbir ao fenômeno da degeneração típica dos tempos modernos”.

¹³ Ocupou o cargo de Diretor da Seção Cinematográfica do Ministério de Propaganda do Terceiro Reich.

A amostragem bestial dos judeus poloneses é devidamente introduzida numa sequência da abertura do filme *O Eterno Judeu*, onde é feita uma distinção entre os judeus civilizados da Alemanha e os judeus que vivem nos guetos poloneses, não permitindo que o *povo ariano* seja conhecedor do seu carácter racial do *povo judeu*.

Realmente, a propalada autenticidade das cenas remete àquele realismo cru e brutal que constitui, em síntese, o *apelo estético*, se assim pode ser entendido e dito, do tipo de propaganda produzida sob ordens e dentro dos parâmetros mais caros ao Führer. A terrível conjugação de um texto agressivo em sua enfática “objetividade” e a repelência das incontáveis imagens que isolam, em planos fechados, os ratos com os quais as plateias devem identificar os judeus¹⁴, fizeram com que muitos espectadores deste abominável documento de barbárie nazista passassem mal durante a projeção do filme.

Ainda do filme *O Eterno Judeu*, extrai-se a afirmação de que o perigo maior é quando estas criaturas intrometem-se *em atividades sagradas* como a *cultura e a arte*, uma vez que a *ideia nórdica da beleza* é – e sempre será – *incompreensível para o judeu*. Neste contexto, não surpreende que as imagens sejam de ruínas e alvas esculturas greco-romanas, salientando corpos belos e nus. O contraponto serão obras expressionistas, caracterizadas como típicas resultantes dos *nervos degenerados*, do *mau cheiro*, da *podridão* e do *grotesco e patológico da arte judaica*.

Apesar de virulento e indigesto *O Eterno Judeu* produz os efeitos esperados, pois de acordo com Furhammar & Isaksson (1976, p. 111) o objetivo do filme era documentar e justificar o genocídio. Assim, *O Eterno Judeu* é um filme que transforma os judeus numa forma inferior da humanidade, uma ideia que se tornara familiar desde a publicação de *Mein Kampf*, (FURHAMMAR & ISAKSSON, 1976, p. 111), como também “é um espúrio relatório sobre o povo judeu, um curso de

¹⁴ No referido filme-documentário os judeus são representados como esfarrapados, sujos, pobres, magros, doentes, ambiciosos, covardes e cruéis, que vivem em ambientes repugnantes. Em seguida, vemos bandos de ratos que superlotam cozinhas imundas, que se multiplicam em meio a sacas de cereais, vegetais e caixas de ovos. Mais repugnantes são as verdadeiras legiões de roedores que saem de imundos bueiros e se batem alucinadamente contra as paredes das ruas. A comparação é inevitável: judeus são ratos.

doutrinação para assassinos” (FURHAMMAR & ISAKSSON, 1976, p. 111).

Por outro lado, o filme de ficção *O Judeu Süss* narra, com uma aparente inocência, a instrutiva história de um ministro das finanças do século XVIII que, de forma um tanto lógica e inexorável, aparentemente natural, sofrerá as consequências resultantes de seus próprios atos.

Os judeus são representados neste filme por um personagem que pode ser classificado, facilmente, de abominável, como ministro das finanças: o judeu Joseph Süss Oppenheimer, que se notabiliza por servir a um decadente duque de Wurtemberg, diante de quem consegue fazer crescer sua influência e aumentar seus privilégios. Se por um lado, tem-se um duque desmoralizado e sem firmeza aliado a um judeu arrivista e mestre na arte da intriga. Por outro lado, os verdadeiros valores alemães são identificados e simbolizados pelos seguintes personagens: um conselheiro de estado antisemita convicto (Sturm), sua linda e loura filha (Dorotéa) e seu noivo, o escrivão (Faber).

Como observa Marc Ferro, o filme *O Judeu Süss* combina “vários estratos de anti-semitismo” (FERRO, 1992, p. 45). Além disso, Marc Ferro anota que mesmo os aspectos essencialmente técnicos do estilo cinematográfico como quatro fusões encadeadas da obra – passagem sutil de um plano a outro – reforçam as ideias propagandísticas tipicamente nazistas de que os judeus teriam *duas caras*, destinadas a esconder sua natureza sub-humana, assim como de que seriam obcecados pelo lucro, depravados e corruptores (FERRO, 1992, p. 46).

Os elementos narrativos da história ficcional, falam por si mesmos, uma vez que o judeu Süss favorece seus irmãos de sangue sob as benesses do duque, cobra impostos abusivos e é cruel contra os indefesos alemães. Apresenta-se, ainda, como um grande sedutor das donzelas daquela sociedade. Tamanha é a obsessão do judeu Süss por Dorotéa, que ele torturará seu noivo (Faber) para forçá-la a entregar-se aos seus perversos desejos. Atormentada com a tortura, pois ouve os gritos do noivo e sussurra orações de súplica, que Dorotéa preferiria morrer a ceder, mas não suporta a tortura imposta a ambos e entrega-se ao vil judeu Süss. Contudo, Dorotéa redimirá a vergonha tirando a própria

vida: deixa-se afogar em um lago. Em seguida, os habitantes iniciam uma busca intensa de Dorotéa, filha do conselheiro Sturm, e ao encontrar o corpo, a população local invade os aposentos de um embriagado duque que acaba tendo um ataque cardíaco fatal. Sem a proteção do duque, o judeu Süß é detido e julgado, enfrentando a cólera da população. Então finaliza com a cena da execução pública, do judeu Süß, que miseravelmente desesperado e aos berros, clamando sua inocência, enquanto a jaula no qual ele é confinado é erguida numa altura vertiginosa. Dois planos compõem a cena do enforcamento de judeu Süß. Na primeira tomada, vemos somente a parte de baixo da gaiola de ferro. Então, numa nova tomada, aparecem os pés do enforcado: finalmente, seus gritos já não se fazem ouvir. O efeito dessa sequência é absolutamente chocante, apesar de seu caráter eminentemente ficcional.

A imagem do judeu Süß do século XVIII é perfeita e adequada na representação que os nazistas desejavam consolidar em fins da década de 30, do século XX, qual seja: os judeus são sujos, cínicos, arrivistas, gananciosos, viciosos e desonestos, como muito bem ressalta Palmier (1978b, p. 139).

O sucesso de público do filme *O Judeu Süß*, além de demonstrar a sabedoria de Josef Goebbels no manejo da técnica cinematográfica como arma de propaganda, mostrou que o Ministro da Propaganda do Terceiro Reich bem sabia que o convencimento e a manipulação não combinavam com uma pedagogia do horror, tão bem expressa nas quase insuportáveis cenas pretensamente documentais de *O Eterno Judeu*, mas com o cinema ficcional de entretenimento de *O Judeu Süß*.

O cinema cumpriria seu triste papel na história da propaganda do Terceiro Reich e no mais bárbaro projeto de extermínio do Século XX.

Nesse contexto, Walter Benjamin pagou um alto preço por sua ousadia intelectual no ensaio que trata da reprodutibilidade da obra de arte. Seus prognósticos acerca das tendências libertárias e democratizantes da arte jamais se realizaram¹⁵.

¹⁵ Ao contrário, Theodor Adorno e, mais tarde, Guy Debord foram pródigos em apontar um certo esgotamento da arte, como capacidade de promover a desalienação e combater a lógica do valor de troca.

O espetáculo faz uma noção utilitarista de suportes culturais como o cinema, o esporte e a arte propriamente dita. No espetáculo há um rebaixamento das manifestações culturais e esportivas, que acabam sendo veículos privilegiados do valor de troca, em detrimento do valor de uso. Resulta daí que o espetáculo é uma colonização da vida cotidiana, onde o mentiroso mente para si mesmo, e o verdadeiro é um momento do falso.

Nem o pior momento do pessimismo melancólico de Walter Benjamin poderia prever tamanho despropósito neste desavergonhado utilitarismo da obra de arte, agora profundamente comprometida e mergulhada mesmo no que se pode muito bem denominar de mercado de arte.

Todas as categorias cogitadas por Walter Benjamin ao falar da *perda da aura da obra de arte*, sua perspectiva democratizante, com a apropriação das massas, etcetera, ficam em suspenso e quase passam a carecer de sentido face ao processo de super-reificação experimentado pela obra de arte, agora sob o jugo da política e do mercado corporativo de arte.

Por isso e face à gravidade do tema, já que o espetáculo da troca hoje faz parte até da nossa constituição molecular, pode-se dizer que o ensaio *A obra de arte na época de sua reprodutibilidade técnica*, do admirável intelectual Walter Benjamin, se trata de um texto quase ingênuo, inscrito na pré-história da nossa inocência crítica e que deve ser arquivado na estante mental de cada um de nós como obra de classificação da fase romântica da nossa superestrutura intelectual.

2 Fontes e Bibliografia

2.1 Filmes

Arquitetura da Destruição (Undergângens arkitektur). Direção: Peter Cohen. Narração: Bruno Ganz. Suécia, 1989, VHS, 121 min., [s/distr.].

O Eterno Judeu (Der ewige Jude). Direção: Fritz Hippler. Alemanha, 1940, VHS, 65 min., [s/distr.].

O Judeu (Süss Jud Süß). Direção: Veit Harlem. Alemanha, 1940, VHS, 100 min., [s/distr.].

O Triunfo da Vontade (Triumph des Willens). Direção e produção: Leni Riefenstahl. Alemanha, 1936, DVD, 130 min. Distribuição: Wonder Multimídia.

2.2 Livros

ADORNO, Theodor. *Educação e emancipação*. Rio de Janeiro: Paz e Terra: 1995.

_____. *Mínima moralia: reflexões a partir da vida danificada*. São Paulo: Ática, 1992.

BENJAMIN, Walter. A obra de arte da era de sua reprodutibilidade técnica. In: _____. *Magia e técnica, arte e política – Ensaios sobre literatura e história da cultura*. São Paulo: Brasiliense, 2014, p. 179-212.

DEBORD, Guy. *A Sociedade do Espetáculo*. São Paulo: Contraponto, 1992.

FERRO, Marc. *Cinema e História*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

FURHAMMAR, Leif ; ISAKSSON, Folke. *Cinema & política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

GAGNEBIN, Jeanne Marie. *Walter Benjamin – Os casos da História*. São Paulo: Editora Brasiliense, 2ª ed. 1993.

GOEBBELS, Josef. *Diário (1944–45)*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

KRACAUER, Siegfried. *De Caligari a Hitler: uma história psicológica do cinema alemão*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988.

PALMIER, Jean Michel. Del expressionismo al nazismo. Las artes y la contrarrevolución em Alemania (1914-1933). In: MACCIOCCHI, Maria Antonietta. (Org.) Elementos para un análisis del Fascismo. 1978a. Tomo II. p. 155-203.

_____. Der jude Süss (El judio Süss). In: MACCIOCCHI, Maria Antonietta. (Org.) Elementos para un análisis del Fascismo. 1978b. Tomo I. p. 138-148.

NAZÁRIO, Luiz. *Reflexões sobre a estética nazista*. In: Revista Cultura Vozes, n.3, ano 90, 1996, pp.33-51.

_____. *De Caligari a Lili Marlene*. São Paulo: Global, 1983.

SONTAG, Susan. *Sob o Signo de Saturno*. Porto Alegre: LP&M, 1986.

VIRILIO, Paul. *Guerra e Cinema: logística da percepção*. São Paulo: Boitempo, 2005.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A OBRIGAÇÃO JURÍDICA E A OBRIGAÇÃO MORAL A PARTIR DA OBRA *O CONCEITO DE DIREITO*, DE HERBERT HART

*José Marco Tayah
Letícia Danielle Romano*

1 Palavras Iniciais

Não obstante o debate sobre a separação entre Direito e Moral ser um dos mais antigos, acirrados e controvertidos na esfera da filosofia do direito, pode se afirmar que até o momento não há uniformidade de entendimento entre os doutos que abordam a questão, encontrando-se, pelo menos, quatro escolas de pensamento sobre o tema, a saber: integração absoluta, integração relativa, separação absoluta e separação relativa.

Aliás, ao longo da história do pensamento jurídico verifica-se que as referidas escolas funcionam como uma mola, aderindo ou contrariando as ideias já formuladas sobre o Direito e Moral. Assim, inicia-se com a completa integração entre o Direito e a Moral, passando-se pela autonomia e prevalência do Direito sobre a Moral e, posteriormente, retornando-se praticamente a identificação entre os referidos institutos.

Em virtude deste contínuo e inflamado debate, será abordado neste ensaio a relação entre o Direito e a Moral¹, a partir da visão de

¹ A Moral que aqui é estudada é a moral positiva ou social. Não obstante o entendimento de alguns jusfilósofos, Herbert Hart faz a distinção entre moral positiva e moral crítica. A primeira (moral positiva) diz respeito aos padrões de conduta largamente partilhados por uma determinada sociedade, ainda que muitos deles mereçam censura desde uma perspectiva racional ou universalizante. Já a moral crítica seria esse conjunto de padrões de conduta que passou pelo crivo da razão ou da universalidade, ainda que não sejam encontrados de fato em nenhuma sociedade. A moral crítica seria, assim, o ideal a que a moral positiva deveria aspirar. Herbert Hart diz que alguns autores selecionaram aspectos da moral crítica que devem estar presentes na ordem positiva para que esta receba o nome de moral, como, por exemplo, a justiça, a satisfação de interesses humanos ou ser capaz de sobreviver a alguma outra espécie de crítica racional. Contudo, para Herbert Hart bastam quatro características: importância, imunidade à alteração

Herbert Hart, tomando como base a sua consagrada e clássica obra *O conceito de direito*. Nesse contexto, pretende-se tratar, sem ter a pretensão de esgotar o tema, as semelhanças e diferenças, a separação e a conexão entre o Direito e Moral. Além disso, para compreensão do tema, será verificado o que Herbert Hart entende pela expressão *um mínimo de Direito Natural*.

2 Direito e moral: escolas de pensamento

Antes de ingressar na temática da distinção e semelhança entre Direito e Moral na ótica de Herbert Hart, é necessário verificar, ainda que muito sinteticamente, como as outras escolas do pensamento jurídico trataram da questão, cada uma delas estabelecendo uma diferente relação do Direito com a Moral, do ponto de vista de sua intersecção ou distanciamento. Analisemos, então, cada um dos modelos de pensamento propostos:

- (a) *Integração absoluta*: de acordo com esse modelo, a Moral seria uma ética universal, que conteria o Direito; dessa forma, todo Direito seria necessariamente Moral². Esse modelo, de cunho claramente jusnaturalista, tem como um de seus defensores Gustav Radbruch

deliberada, caráter voluntário dos delitos morais e forma de pressão da moral (essas características serão abordadas adiante). Seu conjunto constitui o “conceito” de moral, isto é, o caso central daquele sistema de regras de conduta que denominamos moral. Percebe-se, desta maneira, que, assim como Herbert Hart adota um conceito de direito mais lato, que abranja também regras ou sistemas injustos ou de alguma outra forma imorais, aqui também seu conceito de moral é mais amplo, abrangendo padrões ou sistemas que não sobreviveriam ao crivo de uma moral crítica. Nesse sentido, pode-se dizer que seu conceito de moral positiva pretende ser puramente descritivo e analítico, tal como o faz no caso do direito. Confira-se a respeito as palavras de Herbert Hart: “... adotamos intencionalmente uma interpretação ampla da moral, para incluir nela todas as normas e padrões sociais que, na prática real de uma sociedade, apresentam as quatro características que mencionamos. Algumas normas resistiriam à crítica se submetidas a esses critérios adicionais que sugerimos; outras não, e poderiam ser então condenadas como irracionais ou pouco esclarecidas, ou mesmo bárbaras. Assim procedemos não só porque o peso apenas do uso habitual da palavra “moral” favorece esse sentido mais amplo, mas também porque a adoção do sentido restrito, mais estreito, que as excluiria, nos obrigaria a distinguir de forma nada realista certos elementos de uma estrutura social que funcionam de modo idêntico para aqueles que os adotam em suas vidas” (*O conceito de direito*, 2009, p. 234/235)

² Graficamente é representada por dois círculos concêntricos, com a Moral contendo o Direito.

para quem não se pode definir o Direito, inclusive o direito positivo, se não como uma ordem estabelecida com o sentido de servir à justiça. Dai, uma regra positiva imoral ou injusta não poderia ser considerada Direito.

- (b) *Integração relativa*: essa corrente entende o Direito e a Moral como conceitos distintos, mas coincidentes numa parcela³. Por isso, esse modelo corresponde a um jusnaturalismo moderado, pois reconhece a distinção real entre Direito e Moral, sem negar a existência de uma parcela do direito que implementa a moral objetiva. Esse modelo de pensamento é defendido por Ronald Dworkin, eis que para ele, a validade do direito não repousa unicamente em critérios formais; tampouco não se deve ao dado puramente fático de sua aplicação efetiva na prática social. Para Ronald Dworkin o Direito é constituído de regras específicas (*rules*), medidas ou programas de políticas públicas (*policies*) e princípios que entranham um imperativo de justiça (*principles*). São os princípios, enquanto fundamentos morais da ordem jurídica e expressão dos direitos básicos dos cidadãos, que estabelecem uma abertura do sistema jurídico para os imperativos da moral objetiva.
- (c) *Separação absoluta*: de acordo com essa concepção o Direito e a Moral, constituem ordens normativas autônomas e completamente independentes⁴. O jusfilósofo mais representativo desse modelo de pensamento é Hans Kelsen. Em sua obra clássica *Teoria Pura do Direito* coloca o direito como fruto da vontade racional do homem e não das leis naturais. Além disso, propõe que a ciência jurídica deve se ocupar do direito em si, enquanto estrutura normativa autossuficiente, autorreferente e coerente. O *dever-ser* não apresenta conteúdo ético. Segundo Hans Kelsen a natureza *pura* da ciência jurídica faz com que um conceito ético, político ou sociológico do direito seja considerado metodologicamente inaceitável. A persegui-

³ Graficamente a representação se daria por dois círculos secantes, com pontos de intersecção entre os mesmos.

⁴ Graficamente é representada por um imagem que sugere duas linhas paralelas que nunca se cruzam.

ção de Hans Kelsen por uma *teoria pura do direito* levou-o a conceituar a ordem jurídica como sistema puramente normativo, livre de qualquer sujeição a valores éticos transcendentais, estando submisso apenas e tão somente a uma norma fundamental hipotética.

- (d) *Separação relativa*: esse modelo de pensamento jurídico, representado por Herbert Hart, engloba o conjunto de concepções que, a despeito de não abandonarem a possibilidade de uma independência conceitual entre as duas ordens normativas, reconhecem entre elas determinados pontos de conexão e interferência.

Com essas considerações, já podemos ingressar no estudo do Direito e da Moral: suas semelhanças, diferenças e conexões sob a ótica de Herbert Hart.

3 Obrigação jurídica e obrigação moral

Como já foi salientado, o objeto deste ensaio refere-se aos ensinamentos de Herbert Hart sobre a relação entre Direito e Moral. Desta forma, é necessário salientar como pressuposto do estudo que será aqui desenvolvido, que Herbert Hart, ao elaborar seu modelo de pensamento jurídico, o faz consciente das acirradas e calorosas discussões entre posições jusnaturalistas e positivistas até então existentes, permitindo, assim, que o referido jusfilósofo, em uma linha de natural evolução conceitual, apresente um modelo de pensamento jurídico completo e inovador, que aborda objetivamente semelhanças e diferenças entre os institutos, como também desenvolva a ideia de certa convergência e conexão entre os mencionados institutos, fugindo com este artifício das armadilhas das proposições que lhe antecederam, cujos conteúdos permitiram acusações baseadas em exposições *extremadas* e *equivocadas* de todos os lados.

Herbert Hart, depois de se posicionar firmemente contra os modelos de pensamento jurídico que defendem a conexão necessária entre o Direito e a Moral, destaca a imprecisão do termo *Moral*, bem como os desacordos filosóficos acerca de sua relação com o resto do conheci-

mento humano, demonstrando, desta maneira, a complexidade e dificuldade referentes ao tema em análise.

Conhecedor dos obstáculos estipulados por estas divergências filosóficas, Herbert Hart, na tentativa de fixar o conteúdo da moral, sugere quatro características fundamentais, que, no seu entender, são suficientemente neutras para serem acolhidas pelos diferentes modelos de pensamento, como critérios identificadores dos princípios, regras e padrões de conduta que são mais comumente considerados morais⁵.

Contudo, para a compreensão das diferenças entre Direito e Moral, é necessário a análise de seus critérios identificadores, uma vez que só a partir da fixação de suas semelhanças, é possível compreender a extensão das dificuldades que são encontradas para diferenciar os dois institutos.

Afora as semelhanças linguísticas, originadas pela identidade terminológica na prática cotidiana dos dois institutos e do fato de se encaixarem no gênero *obrigação*, Direito e Moral demonstram a existência de uma área de interseção. Pode-se, portanto, seguindo as orientações de Herbert Hart, indicar quatro outros pontos de congruência, que poderiam levar o intérprete mais irrefletido a presumir uma identidade, que, como se demonstrará adiante, não se sustenta.

Herbert Hart indica os seguintes pontos de congruência:

- (a) Direito e Moral vinculam os indivíduos independentemente de seu consentimento;
- (b) as obrigações e deveres morais e jurídicos são sustentadas por séria pressão social, ou seja, é grande a pressão social exercida sobre os que dela se desviam ou ameaçam desviar-se;
- (c) não obstante a séria pressão social para cumprimento das obrigações jurídicas e morais, o fato de fazê-lo não é motivo de elogio ou de destaque, mas apenas é tido como uma contribuição mínima para a vida social;
- (d) tanto as regras jurídicas, como as regras morais se ocupam das condutas habituais da sociedade.

⁵ *O conceito de direito*, 2009, p. 217/219.

Essas são semelhanças específicas entre regras jurídicas e morais, que ao lado das semelhanças gerais – pois dizem respeito às peculiaridades e características comuns as todas as modalidades de regras – que dão suporte às tese de uma suposta – e equivocada⁶ – identidade entre Direito e Moral.

Frise-se que a busca pelos aspectos distintivos entre Moral e Direito, bem como a afirmação de Herbert Hart no sentido de que são fenômenos sociais diferentes, não permite concluir pela sua total cisão. Pelo contrário, relacionam-se e influenciam-se, variando no tempo, no espaço e de acordo com o estágio evolutivo das normas secundárias de determinado ordenamento jurídico.

É justamente por reconhecer uma relação inerente entre Direito e Moral que Herbert Hart supera os modelos de pensamento jurídico positivistas que o antecederam, uma vez que, ao sistematizar sua posição, ultrapassa a armadilha metodológica de se obter uma separação rígida entre Direito e Moral à custa da desconsideração de características fáticas evidentes em sentido contrário.

Apenas para ilustrar o que ora se afirma, cumpre transcrever:

Existe, em todas as comunidades, uma sobreposição parcial dos conteúdos das obrigações morais e jurídicas, embora as exigências das normas jurídicas sejam mais específicas e cercadas de exceções mais minuciosas que as de suas equivalentes morais⁷.

Assim, sabedor do íntimo relacionamento entre Direito e Moral é que deve-se analisar suas diferenças, evitando-se o equívoco dos modelos de pensamentos jurídicos extremados, sejam daqueles que sustentam a indistinção entre os institutos ou daqueles que ignoram sua ligação intrínseca⁸.

⁶ O referido equívoco decorre de ser atribuir um destaque excessivo aos pontos de interseção entre Direito e Moral. Não se pode admitir que as semelhanças suplantem as diferenças. O fato do Direito e da Moral serem regras sociais de comportamento, com as semelhanças daí decorrentes, não traz como consequência uma identidade necessária, como aquela sustentada por jusnaturalistas.

⁷ *O conceito de direito*, 2009, p. 221.

⁸ Como já foi dito Herbert Hart já identificava os *modelos* que tratavam da Moral e do Direito, quais sejam: separação absoluta (representado por Hans Kelsen), o da integração absoluta (repre-

Herbert Hart, depois de reconhecer a importância e analisar as insuficiências do tradicional critério de distinção entre Direito e Moral, baseado no contraste entre a “interioridade” da Moral e a “exterioridade” do Direito⁹, defende que, além das diferenças entre obrigações jurídicas e obrigações morais decorrentes das especificidades de seu modo de produção e da existência, nas sociedades jurídicas, do que chama de regras secundárias de modificação das normas jurídicas, existem quatro características, relacionadas entre si, que são fundamentais para diferenciar a Moral das demais regras sociais.

Estas características são¹⁰:

- (a) Importância: as regras morais se revestem de um sentimento de maior importância para a sociedade do que as demais regras sociais. Esta peculiaridade decorre da aceitação social de que, embora exijam sacrifícios de interesses privados, a sua observância garante interesses vitais partilhados por toda a sociedade. Diferente de uma regra jurídica, que mesmo tendo a importância negada pela sociedade ostenta a mesma condição até ser revogada, a existência das regras morais está atrelada à importância social que lhe é reconhecida, pois é contraditório falar-se na vigência de determinada regra moral diante de uma sociedade que a repudia, uma vez que é a aceitação desta sociedade que a sustenta.
- (b) Imunidade à alteração deliberada: as regras morais não podem ser diretamente criadas, alteradas ou eliminadas por ato legislativo deliberado, diferente do que ocorre com as regras jurídicas. Conforme sustenta Herbert Hart a moral é algo que existe para ser reconhecido e não feito por uma opção humana intencional. É necessário salientar que conquanto não estejam sujeitas à alteração diretamente por ato legislativo, as regras morais não estão imunes à alteração por

sentado por Gustav Radbruch), e o da integração relativa (representado por Ronald Dworkin). Neste rol de modelos de pensamentos jurídicos podemos incluir o da separação relativa, que é justamente o representado por Herbert Hart.

⁹ *O conceito de direito*, 2009, p. 223.

¹⁰ *O conceito de direito*, 2009, p. 224/233.

outros meios, dentre os quais se incluem o próprio efeito indireto de promulgação e obediência reiterada e contínua de uma lei, que pode criar ou modificar um padrão moral. Esta impossibilidade de criação/alteração das regras morais diretamente por ato legislativo deliberado não se confunde com a imunidade conferida a certas leis em determinado sistema jurídico; esta imunidade é meramente contingente, não sendo característica essencial das normas jurídicas, ao contrário do que ocorre com as normas morais, que são incompatíveis com toda e qualquer alteração deliberada imediata.

- (c) Caráter voluntário dos delitos morais: para que reste configurada a responsabilidade moral de um indivíduo é condição necessária que tenha o domínio de seus pensamentos e ações, isto é, voluntariedade. A prova da não-intencionalidade e da diligência necessária afastam a reprovação moral, sendo mesmo moralmente ilegítimo reprovar indivíduo nestas circunstâncias. No que tange as regras jurídicas, não obstante esta ser uma característica desejável, não é inerente a sua natureza, verificando-se exemplos de responsabilização sem culpa, como, por exemplo, a responsabilidade objetiva, cada vez mais difundida nos ordenamentos jurídicos modernos.
- (d) Forma de pressão moral: diferente das regras jurídicas, que se baseiam tipicamente a pressão social para seu cumprimento na ameaça de castigo físico, a pressão pela observância das regras morais fundamenta-se na conscientização de sua importância, partilhada pelos membros da sociedade, isto é, seus destinatários. Paralelamente, ao lado do apelo à consciência, a observância das normas morais é garantida, via de regra, pelos sentimentos de culpa e remorso esperados pelas pessoas que as não observam.

De acordo com Herbert Hart estas quatro características (a importância, a imunidade, à modificação deliberada, o caráter voluntário das transgressões morais e a forma especial de pressão moral), quando consideradas em conjunto, permitem identificar as regras morais entre as demais regras sociais, como, por exemplo, o costume, a etiqueta e a tradição. Esses critérios são, desta forma, em certa medida, eminen-

temente formais, uma vez que não se referem a nenhum conteúdo ou finalidade inerente das regras morais, que variam no tempo e no espaço.

E apesar de admitir um conteúdo mínimo da moral (proibição do livre uso da violência, exigência de verdade, de comportamento correto e de respeito aos compromissos), a partir de Herbert Hart é lícito concluir pela suficiência dos critérios ditos formais acima elencados. Isto porque, a generalidade de seu modelo de pensamento fornece critérios para identificação de normas morais em qualquer ordenamento jurídico.

4 Um mínimo de Direito Natural

Depois de abordar a doutrina do Direito Natural e diante da finalidade humana da sobrevivência, Herbert Hart chega à conclusão que existem regras de conduta exigíveis para a viabilidade de qualquer organização social. Estas regras, de acordo com Herbert Hart, constituem um núcleo comum do Direito e da Moral de qualquer sociedade em que exista a distinção entre estas diversas formas de controle social. E é exatamente a este núcleo comum, ou seja, aos princípios de conduta reconhecidos universalmente, que Herbert Hart denomina de *conteúdo mínimo do Direito Natural*^{11, 12}.

Essas normas de Direito Natural derivariam de uma série de características das sociedades humanas, tais como a *vulnerabilidade* (o que leva à proibição do homicídio), a *igualdade aproximada* entre os homens (o que obriga passar das formas morais às formas jurídicas, uma vez que ninguém pode dominar sem concessões e abstenções), o

¹¹ Registre-se que a constatação de que o desenvolvimento do direito é influenciado pela moral não permite concluir que o sistema jurídico deve se adequar necessariamente à moral ou justiça, ou, ainda, que há uma obrigação moral de lhe obedecer.

¹² Aqui é interessante destacar que Herbert Hart trate do Direito Natural. Isto porque, um sistema viável, que apresente esse conteúdo mínimo de Direito Natural, pode conter normas que limitam a violência de maneira injustas e incompatíveis com o que os jusnaturalistas tomariam como preceitos básicos de *Direito Natural* universal. Com isso, Herbert Hart insinua que o que faz que o conteúdo mínimo em questão seja *natural* é o fato de que, dada a natureza humana, é necessário haver algumas regras sobre violência, fraude etc., ainda que elas sejam injustas do ponto de vista da moralidade crítica.

altruísmo limitado, pois os homens não são anjos nem demônios (o que também leva à criação de regras que prescrevam abstenções), a *limitação dos recursos* (que obriga a adoção de formas mínimas de propriedade, seja pública ou privada) e, finalmente, *compreensão e força de vontade limitada*, o que também leva à adoção do direito¹³¹⁴.

Contudo, a concepção de Herbert Hart diferencia-se do jusnaturalismo, pois o *conteúdo mínimo de Direito Natural* que sustenta não possui caráter imutável, reconhecendo que as vantagens de tais regras nem sempre foram estendidas a todas as pessoas.

Sobre o tema Manuel Atienza faz o seguinte comentário:

Así pues, faltarían las notas de inmutabilidad de universalidad que utilizamos en su momento para caracterizar la concepción iusnaturalista de la justicia. El segundo, que afecta más a la teoría del Derecho que a la de la justicia, se refiere a la distinta manera de entender las relaciones entre el Derecho y la moral. Al igual que los iusnaturalistas, Hart acepta que existe una importante conexión entre el Derecho y la moral tanto a nivel lingüístico y conceptual,

¹³ Para chegar a este núcleo mínimo de interação entre o Direito e a Moral, Herbert Hart analisa as características da natureza humana sobre as quais este mínimo se fundamenta, por meio desses truísmos (verdades óbvias), que fornecem uma razão pela qual Direito e Moral devem apresentar um conteúdo específico e comum, sem o qual, os homens, via de regra, não teriam razão para obedecer voluntariamente a quaisquer regras, gerando uma instabilidade incompatível com a manutenção da vida em sociedade. Ademais, é importante ficar claro que cada um desses truísmos está direta e intimamente relacionado com os demais.

¹⁴ Visando exaurir o estudo sobre a conexão entre o Direito e a Moral, Herbert Hart aponta seis outras formas pelas quais esta relação pode se fazer presente e ser demonstrada, conquanto entenda não estarem no mesmo nível hierárquico dos truísmos (estariam um nível abaixo dos truísmos). Essas peculiaridades são: (a) poder e autoridade (um sistema jurídico seria de extrema instabilidade caso se baseasse apenas num sistema coercitivo que garantisse sua obrigatoriedade, de maneira que é recomendável que ostente lealdade pela população), (b) influência da moral sobre o direito, (c) interpretação (a partir da noção de *textura aberta do direito*, defende a necessidade de interpretação das leis pelos juízes, pois a finalidade das regras que estão a interpretar deve ser razoável, de tal maneira que não se pretende com as regras criar injustiças ou ofender princípios morais assentes), (d) crítica do direito (ideais de justiça e moral, apesar de serem variáveis, fundamentam críticas ao direito), (e) princípios de legalidade e justiça (sempre que o comportamento humano é controlado por regras gerais enunciadas publicamente e aplicadas judicialmente pode-se afirmar que existe um mínimo de justiça, desde que assegurada a imparcialidade), (f) validade jurídica e resistência ao direito (o conceito de direito deve ser amplo, incluindo-se, inclusive, regras jurídicas contrárias à moral social, desde que ultrapassem os testes formais estabelecidos pelas regras primárias e secundários do ordenamento; não se deve confundir a invalidade jurídica com a iniquidade moral do direito).

como desde el punto de vista del contenido: su teoría del contenido mínimo de Derecho natural permite explicar la existencia de una zona más o menos amplia de confluencia entre el Derecho y la moral. Pero, a diferencia de los iusnaturalistas, Hart mantiene netamente la distinción entre la validez y la justicia del Derecho (entre el Derecho y la obligación de obedecer al Derecho). Así, una norma tiene carácter jurídico – pertenece a un determinado sistema jurídico – no por razones morales, sino porque el propio ordenamiento jurídico o, si se prefiere, su regla de reconocimiento, le otorga validez juridical.¹⁵

São estas verdades óbvias ou truísmos acerca da condição humana que motivam a existência de um núcleo jurídico e moral mínimo, sem o qual as regras sociais confrontariam de tal modo com a natureza e objetivos humanos, que seriam de quase impossível aceitação ou obediência.

Não há dúvida de que a história nos fornece alguns exemplos de sociedades onde seria de extremamente difícil identificar a aplicação integral deste *núcleo comum mínimo da moral e do direito*, pelo menos no que se refere a parte da sociedade, como, por exemplo, foi o caso dos escravos em Roma, dos judeus na Alemanha do Terceiro Reich, etc. Estas *categorias* de pessoas, que pode atingir números razoáveis de uma sociedade, encontram-se excluídos da proteção e benefícios conferidos pelo sistema de abstenções recíprocas, próprio da Moral e do Direito, tornando lícito concluir que, para uma sociedade ser possível é suficiente que este sistema de abstenções se aplique a uma parcela de seus integrante, não necessariamente a todos. Isto significa, que é suficiente a aceitação e cumprimento voluntário das regras por uma parte da sociedade, exigindo-se dos restantes dos indivíduos a mera obediência, sendo certo que a estabilidade deste sistema variará de acordo com a proporção entre estas duas parcelas. É justamente esta característica que autoriza concluir que o *mínimo de Direito natural* defendido por Herbert Hart, é um mínimo recomendável e não necessário¹⁶.

15 *Introducción al Derecho*, 1994, p. 158

¹⁶ Observe-se que Herbert Hart reconhece que, por exemplo, a normas sobre violência podem não alcançar a todos. Ainda assim, Herbert inclui as referidas normas no conteúdo mínimo. Isto

5 Conclusão

Ao focarmos este breve ensaio nos estudos sobre a relação entre Direito e Moral a partir da obra *O conceito de direito*, de Herbert Hart, aprofundamos nosso conhecimento no modelo de pensamento jurídico que, sob o nosso ponto de vista, foi o que melhor explicou e identificou as características, peculiaridades e conexões entre estas duas importantes espécies de normas de comportamento.

Herbert Hart, adotando as linhas de pensamento positivistas que o antecederam, defendendo a independência dos institutos, reconhece a importância metodológica da distinção, e, simultaneamente, não se opõe a dados fáticos objetivos, de onde se retiram casos de ordenamentos jurídicos amorais ou imorais.

De outro giro, dá um passo a frente em relação aos seus antecessores, ao deixar claro que existe uma íntima relação entre Direito e Moral, sustentando a existência de um *mínimo de direito natural* nos ordenamentos jurídicos, reconhecendo, assim, a necessidade de uma mínima convergência moral do ordenamento jurídico, sem a qual este tenderia a não aceitação de parte tão considerável da sociedade, que sua aplicação e estabilidade estariam para sempre comprometidas.

No entanto, não se pode perder de vista, que a conexão entre Direito e Moral, defendida por Herbert Hart é apenas contingente, não vislumbrando conexões conceituais necessárias entre os conteúdos de ambos os institutos. Nesse contexto, reconhece a existência de normas jurídicas moralmente iníquas. É justamente aí que sua posição se distancia e supera construções como a de Ronald Dworkin, que vincula os institutos ao não reconhecer um direito amoral ou imoral, ao mesmo tempo em que desqualifica a interpretação daqueles que reconhecem como jurídico sistemas amorais ou imorais, conferindo-lhe a qualidade de “pré-jurídico”.

Conquanto a discussão e o debate estejam distantes de encerrar a polêmica acerca das relações entre o Direito e a Moral, que é secular,

porque, são normas que impedem o livre uso da violência e, inclusive, sistemas escravistas têm normas desse tipo e, portanto, têm o conteúdo mínimo.

entendemos que a contribuição de Herbert Hart continua sendo aquela que melhor interpretou o fenômeno debatido, pois, apesar de confirmar a distinção entre Direito e Moral, demonstrou o relacionamento dos dois institutos por meio de um *núcleo mínimo recomendável de Direito Natural*.

6 Bibliografia

ATIENZA, Manuel. *Introducción al Derecho*. Barcelona: Barcanova, 1994.

BARZOTTO, Luís Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo*. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DUARTE D'ALMEIDA, Luís et al. (Org.). *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*. Hart Publishing, 2013.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2008.

HEBERT, Hart. *Direito, Liberdade, Moralidade*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1987.

_____. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

UN ANÁLISIS EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DE REGULARIZACIÓN DE LA OCUPACIÓN Y DE LA FUNCIÓN SOCIAL DEL SUELO EN BRASIL

Adriano Barreto Espíndola Santos

1 Introducción

El derecho, por cualquier importancia que revela a las diversas esferas sociales, merece un reconocimiento en el campo de la filosofía; y así realmente es, para que se pueda cumplir eficazmente su función social y ser una herramienta de dominio de los profesionales del Derecho en la comprensión de la ley en la práctica social.

La cuestión jurídica de la regularización de la ocupación y de la función social de la tierra son problemas que generan grandes debates y profundas consecuencias sociales, como con relación a la promoción de la vida humana a la condición de la dignidad, cláusula general firmemente protegida por la Constitución brasileña.

Se da por seguro en la filosofía del derecho una aliada para aclarar el camino de la resolución de la cuestión central, ya que, a través de ella, entendemos la esencia del derecho y la participación en el mundo jurídico. Además, la filosofía del Derecho permite el espectro más amplio sobre el mundo jurídico y la relación que existe con el Derecho.

Inicialmente, el trabajo será en el pensamiento de Herbert L. A. Hart, con el objetivo de comprender la regla de reconocimiento de su carácter último y suprema norma. Por lo tanto, percibir la validez jurídica con su correcta adecuación al sistema. Por otra parte, el ilustre autor hace un estudio sobre el organismo jurídico y los aspectos legales que aluden a su patología. Todas estas cuestiones planteadas son las bases primordiales del autor para la comprensión del problema de la ocupación de tierras en Brasil, utilizándose estos principios para enten-

der la verdadera eficacia de las normas brasileñas como medidas para resolver el grave problema instalado desde la época colonial.

Posteriormente, habrá un análisis sobre las enseñanzas de J. Scott Shapiro, con el objetivo de saber qué es el Derecho en diversas perspectivas de estudio. El autor tiene una manera de poder llegar a esta conclusión a partir de la teoría analítica del derecho, revelándose como una herramienta indispensable para entender la ley, fundamentalmente a fondo, incluso para percibir en el entorno de la práctica jurídica.

2 Breve aproximación al tema, con referencia al aspecto legal

El problema de la ocupación de tierras es un mal que afecta a gran parte de la población mundial, en particular los países menos desarrollados, debido a la demanda de la población y la falta de regulaciones gubernamentales. Aún faltan más cambios basados en la población. Se sabe que las medidas, aunque incipientes, están siendo realizadas para contener la propagación de este problema, que sin duda provoca reflejos en otros ámbitos de la vida civil, y en la seguridad, en la salud y el bienestar de la población.

Brasil sigue lentamente las transformaciones relacionadas con el desarrollo social y las necesidades del ser humano, con la ejecución de las políticas públicas de infraestructura para la construcción de viviendas, etc. Pero no se puede olvidar que estos hechos sólo son posibles a partir de una combinación de factores históricos favorables a la cuestión.

La propiedad privada era considerada como absoluta, sobre todo en el período del Estado Liberal, con características de perpetuidad, del individualismo, que sirvieron a su propietario de modo ilimitado, con la base, por ejemplo, el Código Napoleónico. Después de la llegada de la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988, se definieron las cuestiones importantes sobre el derecho de propiedad y cómo debe ejercerse esta propiedad. El Derecho Civil se insertó en la presente Ley Superior, dando lugar al fenómeno de la constitución del Derecho Civil. Este es un evento importante para el tratamiento de la propiedad privada de bienes inmuebles, ya que con la relativización

del mencionado derecho, puede haber un mayor énfasis en los valores sociales. Ciertamente la cláusula general de la dignidad de la persona humana, como la principal herramienta de protección y promoción humana, fomentó este funcionamiento.

3 Análisis conceptual sobre el problema de la ocupación de terrenos, con base en los conceptos Hechos por Herbert L. A. Hart

En primer lugar, debemos entender cómo se establece el régimen jurídico y qué tipo de interferencias provocan en la vida humana para control de sus actividades. Esto es lo que muestra Herbert L. A. Hart en su obra “El concepto de derecho”:

Los fundamentos de un sistema jurídico consisten en la situación en que la mayoría de un grupo social obedece habitualmente a las ordenes basadas en amenazas de la persona o personas soberanas, a las cuales no obedecen esas propias habitualmente a nadie. (HART, 1994, p.111).

En el caso particular, el derecho pasó a ejercer una presión social a través de la ley para hacer cumplir el funcionamiento del derecho de propiedad, porque de lo contrario la propiedad se mantendría absoluta, sin ninguna interferencia por parte del Estado, generando, por lo tanto, daños severos para la ocupación igualitaria y justa del suelo.

Esta medida de la eficacia debe ser probada en una sociedad, como en la situación presentada, que se muestra compleja especialmente en relación con el consentimiento y la debida consideración de la opinión pública. Todas las entidades, tanto públicas como las civiles, son capaces de captar el requisito de la norma relacionada con el hecho. Es decir, en un organismo complejo al que estamos inseridos, con muchas etapas y órganos, las normas específicas son, de alguna manera, relacionadas con otros medios, o por haber surgido de estos o por depender de estos para su validez, etc. Pero hay una solución que se debe imponer, de una norma sobre otra.

En la mayor parte de los casos la regla de reconocimiento no es enunciada, pero su existencia se manifiesta en el modo como las reglas concretas son identificadas, tanto por los tribunales o otros funcionarios, como por los particulares o sus consultores. (HART, 1994, p.113).

Las normas que regulan el derecho de propiedad pueden resultar en momentos conflictivos de interpretación de datos, sin duda. La más alta autoridad del poder judicial tomará la que se ajusta al caso, teniendo en cuenta los principios y otras fuentes del derecho. Pueden tener carácter interno o externo, de acuerdo con el individuo que las analiza, conforme su acuerdo y participación en el medio.

Como se ha señalado, la norma, para verificar la validez, debe ser dispuesta correctamente en el sistema, de manera que pueda ser apoyado y, por lo tanto, superada todas las barreras para cumplir con su papel inicial. Según Herbert L. A. Hart, eso tiene a ver con su consideración social, es decir, la absorción por parte del público en cuanto a su reconocimiento como tal. Cabe destacar que la eficacia no está directamente relacionada con la validez, pues ella se refiere a la aceptación del público.

Cabe destacar que, en un contexto general, las normas no tienen fuerza o expresión frente a la sociedad. Podrían no ser respetadas. Reglas específicas o no, si no tienen fuerza no tendrían importancia práctica. Al entender que la regla es válida, un individuo infiere que el orden es efectivo, y de ahí se puede deducir que se aplicará esta norma. Por lo tanto, con estas consideraciones, existe la percepción de que el aspecto interno debe ser visto de una manera más detenida, para que efectivamente la norma cumpla su propósito.

Si un individuo se asegura de que una norma es válida, se puede decir que tal situación se presenta como una deducción. Tenga en cuenta que cuando hay un choque evidente en cuanto a la validez de la norma, que un individuo juzga sea, se resuelve con la evaluación del órgano competente, y, por lo tanto, se pueden no considerar, de acuerdo con determinadas circunstancias, lo que fue dicho por el individuo. Según

Herbert Hart (HART, 1994 , p.117), se debe considerar la regla de conocimiento como la medida de suma importancia para demostrarse la validez de las normas, conteniendo aspectos como el supremo y el ultimo. Así, cabe delimitarlos: es supremo cuando en la comparación presentada – el carácter de supremo es adoptado en un determinado contexto como forma de validez de la norma, teniendo como referencia la regla del reconocimiento -; Ya el aspecto de ultimo puede ser definido, inicialmente, si esta regla se corresponde con el análisis de validez conferida a otra regla – en este caso, lo que puede comprometer es si la regla que se observa que en comparación con la norma aún está contenida en la tierra – el carácter definitivo que se adopte en un determinado contexto como una forma de vigencia de la norma, con referencia a la norma Reconocimiento – ya que en este último aspecto se puede establecer un principio, si una norma de este tipo corresponde a los análisis de la validez otorgada a otra regla – en este caso, lo que puede comprometer la regla es que dio condiciones de existencia a otra a no ser considerada válida por un factor tardíamente reconocido.

La llamada regla de carácter último, elaborada por Herbert Hart, puede plantear algunos exámenes de casos con relación al principio de consideración, entre ellos, si es así, utilizada por los miembros de la sociedad, si es realmente necesaria en la sociedad. Veamos que del análisis del principio de consideración, se observó este último carácter, es posible decir que hay aspectos internos y externos en este proceso, de acuerdo con el punto base.

Se puede observar que cuando una norma recibe su merecido reconocimiento, primeramente fue considerada como una norma válida para un sujeto con todas las propiedades conferidas en derecho, para luego, además de ser acogido por el sujeto, contar con el aval del sistema jurídico como un todo. Así, en la solución de una posible demanda de la ocupación de tierras, la ley aplicada debe ser reconocida con todas las prerrogativas inherentes y válidas en todas las esferas de la sociedad e inserta al sistema jurídico, con consideración de los caracteres de último y suprema. La validez de la norma en el escenario del sistema jurídico está estrechamente ligada al reconocimiento, como afirma Hart, ade-

más, es sujeta a este aspecto, ya que debe cumplir con ciertas medidas. El principio del reconocimiento, como se ha demostrado, tiene que servir a la situación presentada, pero no propiamente presentarse al análisis de su validez.

La ocupación sin pretensiones y de emergencia de una área pública, en un período actual de extrema escasez de espacio de suelo urbano – en el derecho brasileño un bien público no se puede convertir en bien privado – por la función social de la propiedad, y en relación con el derecho social a la vivienda que es deber del Estado brasileño constitucionalmente firmado, ¿Generaría una tolerancia en proporcionar el derecho de propiedad o de uso de la tierra? En opinión de Herbert Hart, se puede inferir que en un sistema bien organizado de normas, existe el precepto de reconocimiento, que no está directamente vinculado a un factor externo de la mera conducta humana y de condescendencia de una práctica, quizás por la costumbre que anteriormente ocurría, por sí misma, una área desocupada y a partir de allí se poseía aquella propiedad, pero sí al factor interno, ya que existe la regla y esta es válida, convincente por su fuerza, y tiene aspectos supremo y último, dando la idea de que el derecho está adecuadamente representado en ese sentido. Es posible que un ciudadano pueda saber identificar su derecho y las reglas que debe seguir para alcanzar los objetivos establecidos, sobre todo en épocas de un sistema complejo y bien organizado.

Donde quiera que una tal regla de reconocimiento sea aceptada, tanto los ciudadanos particulares como las autoridades disponen de criterios dotados de autoridad para identificar las reglas primarias de obligaciones. (HART, 1994, p. 111).

[...]

Porque mientras una regla subordinada de un sistema puede ser válida y, en ese sentido, *existir*, aún si fuera generalmente ignorada, la regla de reconocimiento apenas existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, de los funcionarios y de los particulares, al identificarse el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de facto. (HART, 1994, p. 121).

En la concepción actual del sistema jurídico, se abandona definitivamente el modo adoptado por un sistema de gobierno absoluto, para capturar el precepto del conocimiento y su carácter de este último, en relación con la validez, y empezar a entender el concepto del derecho a través de normas primarias y secundarias, al complaciente a Herbert Hart. El mismo autor también aborda el problema de la conceptualización del derecho, por haber choque de ideas con lo que es el sistema jurídico, como en el caso de los acuerdos que no imponen la obligación, y por lo tanto, no son observados por los tribunales de Inglaterra.

Hay colocaciones para saber si algo es derecho, y viene del precepto del reconocimiento considerándose derecho o hecho, primero porque los factores que lo definen sirven a otros preceptos para identificarlos y formarlos como tales en el ordenamiento jurídico, y en segundo lugar porque viene a partir de una caracterización de la existencia de la norma y, por lo tanto, genera una apariencia externa relacionada con la eficacia del ordenamiento. El reconocimiento de la regla, de modo último, puede ser determinado de acuerdo a su validez. En este caso en discusión, por un carácter externo que representa. Es decir, que la práctica demuestra esta situación de los individuos sabiendo con seguridad que hay normas que impiden el tapón arbitrario de un suelo, pero mediante el uso de medios legales, y también por un carácter interno, pues todas las entidades serían capaces de utilizar el derecho relevante para el caso.

¿Qué pasa con la liquidación y la distribución de la tierra en Brasil? ¿Existen? ¿Hay apoyo normativo? Según Herbert Hart, puede ser que el sistema legal no haya aún surgido para los fines deseados, pues la existencia probablemente está aliada a la autonomía para cumplir su función. No se señaló en Brasil la distribución y regularización efectivas hasta el punto de componer los deseos de una población (unos 195 millones), lo que no se justifica, ya que hay suficiente territorio para abarcar la demanda de la población. ¿Dónde está el error?

El corazón del ordenamiento no está explicado en este aspecto, sólo su objetivo, pues requiere gran influencia en el derecho. La obediencia a una norma jurídica está íntimamente ligada a la obligación

del hacerlo. La palabra obedecer no genera una comprensión completa del reconocimiento de normas válidas, ya que puede obedecer a algo sin saber de dónde procedía. La obediencia solo, como evidente a Hart, no aclara el sistema jurídico, porque adopta iniciativas superficialmente relacionadas al ámbito jurídico con el derecho. Tenga en cuenta que los seres sociales tienden a seguir lo que otros dan bienvenida con relación al derecho, que tanto ha sufrido el reconocimiento necesario de validez.

Las fuentes del derecho se presentan de modo tan complejo en la sociedad actual y así, algunas veces, la dificultad de comprensión del ser social. La certeza del dominio de una determinada tierra es muchas veces una tarea difícil de resolver, ya que el ciudadano, no experto en el derecho, no puede asimilar esta regla, y tiene dificultad de evaluar en qué medida se debe adoptar, al menos, al invadir una determinada área abandonada. ¿Esta persona debe ser expulsada por la ignorancia? o, en la práctica ¿debe permanecer en el área de necesidad existencial? La población sin espacio territorial tiene la idea de que puede conseguir un espacio de ocupación de tierras por la posesión, ya que hay otros experimentos en este sentido, por lo que el ciudadano cree que esta situación se corresponde con el derecho, que es una actividad permitida y beneficiosa a sí misma. Por otra parte, se tiene la percepción del efecto de tal acción, que puede ser bueno o no.

En Brasil el ordenamiento jurídico existe, co-validado por la validez y observancia de las normas. Sin embargo, en algunos aspectos, no es observado por una minoría, especialmente en lo que se refiere a la cuestión del uso de la tierra. En consecuencia, como destaca Hart, los empleados deben cumplir con las normas secundarias para dar la debida consideración a la justicia y al derecho. La obediencia en este caso va más allá del concepto del empleado en entender si está actuando correctamente y en conformidad con el grupo, en contra parte este enfoque evita amonestaciones o sanciones. También de acuerdo con Hart, los tribunales tienen que actuar de manera diferente, porque tienen que observar el precepto del reconocimiento en su carácter último en relación con otras normas, en particular en cuanto a su validez. La sentencia, dictada por el juez, que existe es la que debe perder el carácter

de obediencia personal, para seguir el carácter interno de costumbre. Sin duda, se corrobora con un modelo de integración de sistemas que debe ser seguido por el tribunal para el bien común.

Más allá de las cuestiones dispuestas, añadió que el sistema legal requiere la obediencia por individuos de las normas de conducta válidas, así como los preceptos de reconocimiento deben ser aprobados por la sociedad, en especial por los empleados, evitando consideraciones personales, ya que es un modelo de características comunes, como el dispuesto por Hart.

La aserción de que un sistema jurídico existe es, por lo tanto, una afirmación bifronte, que tiene como objetivo tanto la obediencia por los ciudadanos comunes como la aceptación por los funcionarios de las reglas secundarias como patrones críticos comunes de comportamiento oficial. (HART, 1994, p. 128).

La medida legal, dotada de validez, debe ser obedecida por el pueblo y ejecutada por agentes del Estado, como corolario de la existencia del ordenamiento jurídico. Si un ciudadano necesita de una tierra para sobrevivir, darle dignidad a él y a su familia, y también el Estado se decide y no busca los medios adecuados para la asignación de la familia, esta situación, sin duda, implica la regularización con el apoyo de una medida judicial. La ignorancia de la ley está ahí en alguna forma; por la ausencia de fuerza de oposición, o por otra parte, el supuesto intento de restablecer la situación.

Conforme a lo dispuesto por Hart, la siguiente manera ha sido la forma de certificar la existencia de un sistema legal: en primer lugar, que las reglas válidas son observadas por dos esferas de la sociedad, y hay deseos armónicos relacionados con la realización del derecho. Cuando no hay un entendimiento entre estas dos esferas y hay desprecio legal, según Hart ocurre una patología del orden. Hart dice: “Ocurre aquí un fracaso parcial de aquello que es presupuesto siempre que, a partir del interior del sistema concreto, hacemos afirmaciones internas del derecho” (HART, 1994, p. 129). La ocupación de un espacio por un barrio

compuesto por líderes que establecen sus propias reglas, o si las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – FARC que tratan de imponer el imperio de un nuevo gobierno en Colombia, muestran la patología que surge en el seno de la sociedad, teniendo como pilar la violación de la legislación, pero no necesariamente su desprecio. La ley puede permanecer, pero no alcanzará el objetivo deseado en el país ocupado, dejando el ordenamiento jurídico en la inseguridad de su continuación, que sólo el tiempo podrá asegurarse de ello. En el período de la ocupación forzosa por otras personas, después de la reanudación, se genera la incertidumbre en cuanto al derecho, como dice Hart. De hecho, la solución debería ser en el sentido de saber si la ocupación fue larga generando un sistema similar, o basada en el derecho internacional, o conseguir el derecho incluido en el nuevo orden – en la que puede mantenerse el orden anterior por la ley. Cuando se restaura la tierra y se mantiene como antes, se aplica la legislación pertinente para el período de la ocupación forzosa.

Por otra parte, puede haber choque de ideas cuando se trata del derecho de un dado sistema jurídico con referencia a su propia cuenta en el tiempo de su existencia y el choque con respecto a su observación externa. La legislación vigente en un determinado ordenamiento, observado su momento, no tiene relación con una ley que asegura su efecto en otro estado soberano. Puede servir de manera restringida a este país en sus límites territoriales para resolver los problemas internos entre los países vinculados.

Sin embargo, la notable obra “ El concepto de derecho”, en H. L. A. Hart, hace referencia sobre otro proceso que se produce cuando un sistema jurídico sobreviene de otro ya pasado. En el caso de un territorio dominado por la colonización, sucede que los poderes provienen del país dominante por la ley, y pueden promover, con ello, los cambios necesarios. El derecho como principio de reconocimiento, en su última etapa, se muestra con las determinaciones del país dominante. Con la independencia, el país no tiene que cumplir con lo estipulado en el país que lo ha dominado, es decir, ya no hay un reconocimiento de preceptos en su última etapa.

La legislación puede tener contenido originario de otro país, conservando la composición constitucional, pero está subordinada al país que la dominó. Lo que da validez y por lo tanto, la obediencia a los actos de este nuevo país, es la aceptación del público de acuerdo con el reconocimiento de los comandos. La separación de poderes se puede tomar por la fuerza o por el simple cambio de un acuerdo tácito. La confirmación de este proceso se da invariablemente por la aceptación y por fuerza del precepto de reconocimiento en su carácter final. De lo contrario, puede ser que el país que la dominó, aún con la separación y el mantenimiento de una situación de hecho en el país independiente, no reconozca el problema actual, que permita la participación de la ley del país que dominó al país ahora independientemente de hecho, incluso pudiendo establecer las normas. Hay ciertamente choque entre el derecho de aplicar. La situación de hecho en el país independiente con un propio sistema jurídico, no es reconocida por el país que la dominó, por lo tanto chocan los ordenamientos de los países involucrados. En realidad, como subraya Hart, se producen dos proposiciones distintas en el mundo de la lógica, la del país que dominó es de derecho; y la del país dominado y ahora independiente es de hecho. Hay verdad en ambas proposiciones, si se analiza de acuerdo a los criterios de cada país. Las propuestas que tengan en cuenta un ordenamiento de los dos países, deben ser evaluadas en el prisma del derecho internacional y de los países.

En Brasil este momento de patología del sistema jurídico, así como la intervención efectiva de los asuntos legales en el mundo social, en particular en el ámbito de los derechos de propiedad, tuvo un lapso de oscuridad en el período colonial. Al principio, hubo la ocupación desordenada y sin respeto a la ley, porque no había un marco jurídico adecuado. Más tarde, se intentó reorganizar a través de procedimientos técnicos con llamadas a regularizar la situación de hecho – eso ocurrió con la usucapión original, el método más práctico porque no requiere el justo título. Sin embargo, había confusión, por lo tanto, el individuo tenía que demostrar la propiedad a través de la razón y la buena fe. Esto no era común, lo que provocó la regularización de la situación a

través de la usucapión extraordinaria. Hubo un momento en que las tierras libres eran raras, haciendo los cambios en la terminología de las instituciones legales, tratados tanto por las ordenanzas Afonsinas, Manuelinas y Filipinas de Portugal. Después de esta fase, fue el Código Civil de Brasil 1916, que trata sobre el tema, dando mayor independencia al Estado brasileño. Según Hart, se puede decir que la cohesión de poderes internos, obligado por certificación del ordenamiento y del derecho, puede ser separado, y esto puede tomar parte en la Constitución, llevando a un examen diferenciado de la Judicatura. Si la Constitución crea confusión en cuanto a competencia de los poderes y lo que se puede ser considerado como un derecho válido, sin duda se llegaría a un caos social, interrumpiendo los actos normales. Por otra parte, si hay decisiones que no incluyen este campo disidente y confundido, se mantiene, así como, posiblemente, el propio sistema – no se puede asegurar esta afirmación. La Constitución requiere de la expiración de su mandato de proporcionar una base social de ordenamiento jurídico y, por lo tanto, ofrecer el derecho. Los casos específicos necesitan de compatibilidad con las normas y sirven como un ejemplo, que debe aplicarse y otros no tan seguramente en dadas situaciones. Ciertamente habrá incertidumbre en la aplicación de la jurisprudencia y el reconocimiento del derecho compatible, según Hart. Aunque, dice que la ley no siempre puede ser vista por la norma, y si así se hace, se traduciría en el formalismo.

4 Análisis conceptual sobre el problema de la ocupación del suelo ahora en base doctrinal de Scott J. Shapiro

Para Scott Shapiro, la jurisprudencia, ya tratada por los tribunales y los abogados, es una manera de designar el derecho y otras formas de estudios relacionados al derecho, para definir las teorías y principios relacionados a las áreas jurídicas, etc. Por otra parte, la jurisprudencia tiene relación intrínseca con la filosofía del derecho.

Ahora, al tratar sobre la teoría del derecho, Scott Shapiro afirma que puede ser normativa, relativa a las bases morales, mientras que

la analítica trata sobre las bases metafísicas del derecho. La normativa tiene dos subdivisiones, a saber, interpretación y crítica, y la primera tiene la intención de aclarar y comprender efectivamente la moral que sirve de fundamento para el derecho, mientras que en la subdivisión crítica, se procura saber cómo el derecho podría operar, teniendo como fundamento la moral. En este caso, es apropiado preguntar cómo debe funcionar el derecho de propiedad con respecto a los residentes “irregulares” de barrios bajos para que se tenga un resultado moralmente aceptable, digno y justo.

Se percibe, con apoyo en la teoría normativa del derecho en su concepción crítica, que el derecho de propiedad sigue siendo de unos pocos privilegiados en Brasil, ya que los procedimientos para adquirir una propiedad son más fáciles cuando se tiene dinero, en comparación con un pobre ciudadano que trata de resolver su patrimonio. En esta materia, la ley, para seguir la moral, debería ofrecer al menos las mismas condiciones de regularización del patrimonio, tanto para el comprador, como para el poseedor de buena fe.

Como acentúa Scott Shapiro, la teoría analítica aborda cuestiones como la esencia del derecho, sus instituciones e instrumentos, y otros puntos relacionados. Sin embargo, para este autor, pocas personas se preocupan en saber lo que es el derecho, es decir, la esencia de este entendimiento. Hay una concepción general de que es el derecho y los órganos judiciales, como por medio de las leyes, el poder judicial, etc. Las personas creen que estas entidades públicas controlan directamente el comportamiento social, a través de la autoridad ejercida. Sucede que la comprensión que se tiene del derecho es algo que los juristas piensan dominar, por eso de alguna manera rechazan la teoría analítica del derecho. Pero, de hecho, el conocimiento profundo propuesto por la teoría analítica del derecho es algo más complejo, que sin duda ayudará a estos juristas a tener una mayor percepción del derecho. Sabemos de la importancia de la teoría analítica del derecho, pero para saber si debe ser estudiado en otros campos, hay una necesidad de extraer la esencia de esta teoría y que esta se proponga. En el caso del derecho, se puede entender la esencia del derecho, y todos sus aspectos, para que el estudio sea eficaz.

Por otra parte, Scott Shapiro se refiere a la terminología del derecho, dejando al descubierto cuanta imprecisión puede tener – de la misma manera que la entidad jurídica – por lo tanto, puede recibir la definición de “expresión de la masa”, pues se refiere a numerosos tipos relacionados con el tema o con terminología vaga. A pesar de esta condición, el derecho se puede definir. El alcance del derecho llega a la descripción de entidad de una determinada sociedad, como instrumento utilizado para hacer cumplir las normas. La terminología entidad jurídica puede ser adoptada para designar a una entidad normativa o una entidad social. Como Shapiro destaca, no es fácil definir lo que es el derecho o la entidad jurídica. En el estudio de la teoría del derecho, los esfuerzos se dirigen, a través de las normas, para entender los eventos jurídicos. La filosofía del derecho no ha acompañado la tendencia de otras ramas de la ciencia de estudiar los organismos sociales. Shapiro propone lo siguiente: imagine el derecho como grupos empresariales, si es comparado al estudio realizado por otra rama de la ciencia, cuyo objetivo es el derecho, se cree que los problemas sociales no se resuelven por las propias entidades. Esto puede explicar lo que es el organismo jurídico, para saber de forma efectiva el papel de las normas en la sociedad. Ajustando el caso concreto con el tema tratado en este documento, es importante saber lo que está relacionado con el tema de la regulación legal de la ocupación de la tierra, que no tiene nada que ver con lo que es el derecho, siendo el más amplio y conectado con la esencia del derecho. La afirmación de la teoría del derecho, es comprender la esencia del derecho y sus efectos sociales. Para eso, como explica Shapiro, es importante comprender lo que es el propósito del derecho para ser diseñado como tal. Sin embargo, el mismo autor menciona que la identidad que diferencia ciertos tipos y define sus atributos. También, siguiendo este entendimiento, la posibilidad de cuestionarse lo hace esencialmente el derecho, es decir, todos sus estatutos y ocurrencias que lo hacen que sea así, y no se puede eliminar. Como dice Shapiro, el filósofo no da importancia en conocer cuáles son los componentes de un objeto, ya que sin duda no distingue ciertas cosas. La cuestión de la

esencia del derecho, para Shapiro, es la identificación de sus elementos constitutivos. Shapiro añade que, para los filósofos, el simple hecho de tener los elementos que constituyen el derecho no responde, algunas veces, a las preguntas pertinentes. En el momento en que estos estudiosos piensan fundamentalmente lo que es el derecho, piensan también en los atributos no fundamentales del derecho.

Scott Shapiro habla sobre el entorno social, en las cuales establecemos conceptualizaciones acerca de las cosas más detalladas. Realizamos diferenciaciones entre los distintos grupos sociales, según sus especificaciones, incluidos los regionales. Por otra parte, se hace la misma caracterización con respecto a los ordenamientos, lo que demuestra que hay una diversidad considerable de grupos, los reglamentos etc. La diversidad señalada genera la relevancia de la particularización de los tipos citados, como Shapiro señala. Sin embargo, el mismo autor dice que creamos la expectativa de encontrar la razón de tales normas específicas para, así, evaluar las medidas que deben adoptarse. Todavía reflexionando que tal vez filosóficamente estudiosos están dispuestos a dar un sentido al derecho de entender una parte de la estructura social, que puede darse por medio de la clasificación. Puede ser que la comprensión de lo que es el derecho requiere la identificación de sus atributos intrínsecos. Si tratamos de saber lo que es fundamentalmente el derecho, se espera como resultado de los efectos de lo que es correspondiente al derecho. Scott Shapiro dice que algunos teóricos del derecho a lo largo de la historia han tenido diferentes preocupaciones sobre el derecho, relativo a su caracterización y sus consecuencias. Sin embargo, Shapiro estudia estas dos formas presentadas.

Ahora, siguiendo los pensamientos de Scott Shapiro, pasemos al análisis conceptual en el estudio de la filosofía analítica, con el objetivo de caracterizar y definir las consecuencias de la cuestión objeto de este debate. Según Shapiro, a través del método de análisis conceptual, el filósofo busca respuestas y las “verdades evidentes” para alcanzar el objeto de estudio a través de observaciones y supresiones de los hechos. Así, las verdades obvias deben ser fuentes e instrumentos admitidos por el

estudioso en el método anteriormente citado para conseguir delimitar el objeto deseado. Como explica Shapiro, el individuo debe estar pre-dispuesto a tal, seguro del caso y tener conocimiento de que el concepto corresponde a la verdad. Después de estas inferencias, es posible ilustrar la cuestión propuesta, la cuestión de la regularización legal de la ocupación. Hay algunas verdades obvias que deben ser expuestas, que son, yo creo, la disponibilidad de tierras y la posibilidad de regularización, por otra parte, seguramente por el espacio desocupado en el territorio de Brasil y que hay formas, aunque pequeñas, para regularizar las tierras ya ocupadas; la verdad del hecho está contenida en las políticas públicas de regularización de la tierra, por ejemplo, en el caso de la concesión de uso especial con fines de vivienda.

De esta forma, cabe al Poder Público impedir la construcción irregular y en local inadecuado, muchas veces peligroso, de casas; pero, concluida la obra, deberá regularizar la situación o, no siendo posible por cuestiones ambientales, urbanas, de salud, las cuales deben ser avaladas, debe viabilizar la concesión de morada a esas familias, implementando e incrementando políticas habitacionales, prestacione de naturaleza material que les aseguren lo mínimo existencial. (HERMANY, BONELLA e FRANTZ, 2008, *on-line*).

Creo, modestamente, que la cuestión jurídica de la regularización de la ocupación y la función social de la tierra genera certidumbre acerca de la posibilidad de resolver el problema, porque las verdades evidentes mencionadas corroboran esta afirmación como correcta. De acuerdo con el método utilizado por Shapiro, para responder a la “Cuestión de Implicación” esencialmente exige saber el motivo que un dado objeto es así y ser, por tanto, diferente de los demás, para eso se tiene condiciones de obtener verdades, ya que se ha confirmado la posibilidad anteriormente citada, por ejemplo, de que el derecho a la vivienda es el deber del Estado. Si el Estado debe y creer en a y b, entonces debería a y b, así como eso corresponde a la verdad, porque la cuestión satisface una obligación legal de a y b.

Shapiro dice que “las cuestiones de la identidad y la implicación” pueden ser explicadas por las verdades evidentes, incluidas en caso del derecho, a partir de la comprensión de las personas expertas. Como el mismo autor afirma, para reconocer el derecho, el filósofo tiene que saber cómo podría ser el derecho para tener los atributos que le dan esa caracterización. A veces, las verdades obvias pueden llevar a la confusión y ser o no consideradas como tales, en función de la percepción de cada uno. Lo cierto es que, como dice Shapiro, el análisis conceptual está relacionado con nuestras percepciones de esta materia y la forma como se constituyen las verdades. Como las percepciones son personales, tiene que haber una solución, para esto tiene que seguir la misma idea central o las que mantienen posiciones diferentes, aún sabiendo que son excepción, permaneciendo así por creer que las demás definiciones no tienen apoyo en las verdades obvias. Shapiro piensa que algunas cuestiones en relación con el análisis conceptual no pueden indicar verdades evidentes, pero sí resultado teórico. También advierte que el análisis conceptual no puede tener percepciones terminantes y debemos ser sensibles a los cambios del pensamiento. El análisis conceptual no debe tener como deseo la verdad plena, pues, si así fuera, ya tendría el resultado. Se utiliza la “Cuestión de Identidad” para definir las características que diferencian tal idea como verdadera. Shapiro afirma que el análisis conceptual no debe sufrir con los desacuerdos teóricos.

Se debe destacar que la teoría analítica del derecho tiene una gran relevancia social, ya que sirve para explicar los temas centrales de nuestra sociedad, en especial la esencia de los entes en análisis. A su vez, los positivistas jurídicos pueden pensar de manera más objetiva y práctica, en el sentido, por ejemplo, tener en cuenta que la validez de la ley se refiere a la observancia del debido proceso adecuado a su constitución. Los filósofos tratan de profundizar el análisis sobre diversos aspectos del derecho para comprender su esencia, incluso los reflejos que provoca. Lo cierto es que la práctica del derecho está íntimamente ligada a la comprensión de lo que es el derecho a través de la teoría analítica del

derecho, como afirma Shapiro. Sumado a esto, el caso en análisis revela notable relación con el derecho, para notificar las “verdades filosóficas”, según el autor.

Con estas consideraciones, me atrevo a decir que el tema de la regulación legal de la ocupación y la función social de la tierra, desde la perspectiva de la jurisprudencia analítica, se puede responder con base en la esencia del derecho de propiedad o vivienda. Por lo tanto, se plantea la siguiente cuestión: ¿el derecho a la propiedad y la vivienda cumple con la función social y la dignidad humana?

Scott Shapiro habla sobre el hecho jurídico, alegando que se trata del acontecimiento relativo a la esencia de lo que está insertado en un mismo organismo jurídico. Es imperativo decir que un hecho jurídico está sujeto a eventos diversos para ser considerado como tal, lo que permite, por lo tanto, la discusión en el ámbito jurídico para certificar una idea, de acuerdo con lo que fue dispuesto por Shapiro. En el caso de una discusión, en ausencia de datos más legales para apoyar una idea, se presentan dos posiciones: en la visión positivista jurídica, se justifica que los hechos jurídicos tienen que ser relacionados y son establecidas por los hechos sociales, es decir, para algunos, las constataciones relativas a los hechos jurídicos deben resolverse a ciertos hechos de la vida social, como lo que las personas piensan, hacen etc., aunque los positivistas no se coadunen en cuanto a la esencia de estos, como Shapiro. Se infiere que los positivistas jurídicos piensan que la práctica social justifica los hechos jurídicos. Shapiro complementa que los jusnaturalistas comprenden que los hechos morales y sociales se relacionan y establecen lo que son los hechos jurídicos. En este sentido, según expone Shapiro, los adeptos de esta comprensión del juicio moral ponderan que el juicio moral explica algunas cuestiones jurídicas. Se deduce por este entendimiento que los hechos morales y sociales representan la legitimidad de los hechos jurídicos. Tenga en cuenta que las dos corrientes son opuestas, sobre todo con respecto a la esencia del derecho, pues los positivistas exponen que esta necesita, en circunstancias excepcionales, ser establecida solamente por los hechos sociales, com-

parándose a la práctica social, mientras que los jusnaturalistas piensan el derecho necesita, en circunstancias excepcionales, ser establecido por los hechos morales y sociales, comparándose, en este caso, la esencia de la moralidad política. Todo ello como lo presenta Shapiro. En esta discusión académica, se ve que las diversas concepciones de las corrientes mencionadas apuntan a una situación excepcional de los hechos para establecerse, finalmente, el derecho.

Para resolver el problema jurídico de la ocupación de tierras en Brasil, la comprensión de los positivistas puede contribuir por la siguiente forma, muestreando los hechos sociales que justifican los hechos jurídicos pertinentes, a través de la costumbre del poder público; ya los jusnaturalistas entienden de la siguiente forma, que el caso podría ser resuelto por las consideraciones de los hechos morales y sociales que corroboran los hechos jurídicos. Por lo tanto, como se ha señalado anteriormente, surge la importancia de la teoría analítica del derecho, en la medida que se entiende lo que es la esencial del derecho como base para aclarar las situaciones mencionadas, aunque, se debe apoyar estas cuestiones. Shapiro afirma que la divergencia entre las dos corrientes puede ser resuelta con el caso concreto para determinar el derecho, pues si el hecho jurídico es representado, en una situación excepcional, por el hecho social, entonces corresponde a la idea de los positivistas; y si el hecho jurídico, en las mismas condiciones, es representado por el hecho social y moral, está coadunando con el entendimiento de los jusnaturalistas.

Scott Shapiro expone consideraciones esclarecedoras, para guiar a los estudiosos del derecho sobre la solución de una cuestión jurídica dada, que se refiere a la esencia del derecho. El autor concluye, en este caso, que se debe utilizar como parámetro las “verdades filosóficas.” La simple definición de lo que es el derecho no corresponde con la principal tarea de la teoría del derecho, pero el diseño de algo que sea considerado derecho y cuáles son sus consecuencias. Shapiro certifica que los positivistas y jusnaturalistas difieren fundamentalmente sobre las particularidades de la esencia del derecho, sobre lo que se proyecta algo para ser considerado derecho.

5 Conclusión

Se ve que la identificación correcta de la legislación aplicable a la resolución de la causa del problema de la ocupación de tierras en Brasil debe ser apoyada por el conocimiento de la esencia del derecho. Se trata de una enfermedad social que, lamentablemente, no tiene leyes que alcancen este problema y sean capaces de resolverlo. Así que con el estudio especializado de la filosofía del derecho, es posible conocer la esencia del derecho a partir, sobre todo, de la teoría analítica, para que el operador del derecho ejecute y resuelva los conflictos sociales.

Cabe destacar que los graves problemas de la regulación de la ocupación y la función social de la tierra en Brasil, pueden ser sometidos a la apreciación de la teoría analítica del derecho, para que, así, sea posible comprenderse el contenido del derecho y de otras entidades que sirven a la solución del caso, que se centran, principalmente sobre el derecho de propiedad o vivienda. En este sentido, es colocada la siguiente cuestión fundamental: ¿el derecho a la propiedad y a la vivienda cumple con la función social y la dignidad humana?

6 Bibliografía

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe sobre o Novo Código Civil brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11.01.2002. Disponible en: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Consultado: 25 ago. 2013.

_____. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Dispõe sobre o antigo Código Civil brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05.01.1916. Revogada pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponible: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Consultado: 4 set. 13.

HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes, 2. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HERMANY, Ricardo; BONELLA, Danielle Soncini; FRANTZ, Diogo. *A regularização de terras públicas: uma abordagem a partir do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Disponible en: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5201>. Consultado: 20 ago. 2013.

SHAPIRO, Scott J. *¿Qué es el derecho (y por qué debería importarnos)?*. Disponible como material de estudio para la disciplina de Filosofía del Derecho en el Curso Intensivo Válido para el Doctorado, en la Universidad de Buenos Aires – Módulo I – Área Derecho Civil. Acceso en: 2 set. 2013.

DE GETÚLIO VARGAS AO PROCESSO DE REDEMOCRATIZAÇÃO: A HISTÓRIA DO DIREITO DO TRABALHO E DA JUSTIÇA DO TRABALHO, EM HOMENAGEM AOS 70 ANOS DA CLT

Ana Maria Aparecida de Freitas

1 A Era Vargas e a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT

O que se observa no mundo ocidental, nos anos 30/40 do século passado é uma onda de ascensão de governos considerados ditatoriais. Após os principais marcos da história mais recente (Revolução Francesa e Revolução Industrial), nos séculos que antecederam a Primeira Grande Guerra Mundial e que teriam alterado significativamente o rumo do pensamento político, econômico e social até os dias atuais, vários governos chegaram ao poder com esse traço característico da ditadura.

Cuida-se, aqui, da Revolução Francesa (1789) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, por meio da qual era proclamada a declaração dos ideários da liberdade pessoal, do pensamento e da igualdade de tratamento perante a lei (CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 297), e, ainda, a Revolução Industrial, considerada pelos historiadores iniciada na Inglaterra, na segunda metade do século XVIII, e produto do surgimento do sistema fabril mecanizado, em substituição das ferramentas por máquinas e da força motriz humana pelas máquinas a vapor, carvão, e, posteriormente, pela eletricidade e motores a combustão (CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 303).

A partir destes dois momentos, que trazem em seu bojo questões de ordem histórica, social, política e econômica, o mundo ocidental passa por transformações inimagináveis, com a degradação dos ideais liberais e democráticos decorrentes da Primeira Grande Guerra Mundial (BURNS, 1981, p. 871), e que finda desembocando nas primeiras décadas do século XX, com governos ditatoriais, como os verificados,

no Brasil, com Getúlio Vargas (1930-1945); na Itália, com Benito Mussolini e o fascismo; na Alemanha, com Adolf Hitler; na Espanha, com Franco; em Portugal, com Salazar, dentre vários outros, como num fenômeno globalizado e orquestrado.

No Brasil, até a década de 1930, a economia brasileira caracterizava-se por um modelo agroexportador, com exportação de matérias-primas e produtos tropicais, principalmente o café, e importação de produtos industrializados dos Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha (CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 523). Todavia, com a grave crise mundial instalada a partir da quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, em 1929, a retração das exportações obriga o governo brasileiro a voltar-se para a produção interna, a fim de substituir os produtos importados, consolidando-se essa política reguladora em 1937, quando o Estado restringe a importação de bens de consumo não duráveis, como alimentos, bebidas, e passa a estimular a importação de bens duráveis, a exemplo, automóveis, caminhões (CAMPOS, MIRANDA, p. 523).

E esse fenômeno repete-se em outros países e tem como principal fundamento a crise mundial de 1929.

Sob o aspecto da política interna, com a crise da oligarquia cafeeira que levou a vários produtores venderem suas fazendas, em decorrência da quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque e a queda vertiginosa das exportações, aliada à super safra de 28 milhões de sacas, a insatisfação dos fazendeiros paulistas e as rivalidades oligárquicas levaram à fundação, em São Paulo, do Partido Democrático, liderado por cafeicultores, representantes da burguesia industrial e profissionais liberais, como advogados, médicos (CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 468-469).

O rompimento da aliança da política café com leite – São Paulo e Minas Gerais -, fez com que os mineiros participassem da montagem da Aliança Liberal, que lançou a chapa Getúlio Vargas e João Pessoa, representantes das oligarquias do Rio Grande do Sul e da Paraíba, somando-se ao Partido Democrático, de São Paulo, com o apoio dos seus estados e de três ex-presidentes da República, Venceslau Brás, Epiácio Pessoa e Artur Bernardes.

Em disputa acirrada com a chapa da situação (Júlio Prestes, de São Paulo, e Vital Soares, da Bahia), apoiada pelo executivo federal, a maior parte dos governos estaduais e o Congresso Nacional, finda vencendo a eleição, com cerca de 60% dos votos.

Entretanto, com o assassinato de João Pessoa, companheiro na chapa de Getúlio Vargas, em 26 de julho de 1930, por questões políticas que envolviam as oligarquias no nordeste brasileiro, seguiram-se protestos e manifestações em várias partes do país, resultando o levante conhecido como a Revolução de 1930, no dia 3 de outubro, inicialmente no Rio Grande do Sul e em Minas Gerais. Da Paraíba para Pernambuco, e, depois para todo nordeste, seguia o “tenente” Juarez Távora, e, em pouco tempo, a maior parte dos estados estava ao lado dos rebeldes. O presidente Washington Luís é deposto e Júlio Prestes, recém-eleito, jamais chega a usar a faixa presidencial.

Na noite de 31 de outubro, Getúlio Vargas chega ao Rio de Janeiro, então Capital Federal, e, sob os aplausos da população, os militares que haviam deposto o presidente, passam o poder a Vargas (CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 469-470), instalando-se o governo provisório, de 1930 a 1934 (CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 479).

Sem desejar a pressão dos grupos regionais, a primeira medida adotada por Vargas é dissolver o Congresso Nacional, o que perdurou até 1933. Convoca a Constituinte, conforme compromisso assumido em campanha, e, nas eleições realizadas em maio de 1933, para a Constituinte, é instituído o voto secreto, a fim de diminuir a ocorrência de fraudes e corrupção eleitoral; o direito de voto para as mulheres, com o objetivo de aumentar o eleitorado; e a instituição da bancada classista, formada por sindicatos de patrões e empregados. Com isso, em julho de 1934, a Assembléia Constituinte escolhe Vargas para governar o Brasil até 1938 (CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 480-482).

Ao romper a Segunda Guerra Mundial, Getúlio Vargas mantém postura neutra, com relações diplomáticas e econômicas, tanto com os Estados Unidos, como com a Alemanha. Simpatizantes do nazismo como os generais Góis Monteiro e Eurico Gaspar Dutra e o chefe da polícia do Distrito Federal, o major Filinto Muller recebiam os oficiais

alemães, aqui, no Brasil, e estes, por sua vez, frequentavam os círculos de poder brasileiros e saudavam o golpe de 1937 (CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 424).

Somente em 1941, o Brasil resolve aliar-se aos Estados Unidos, após um acordo que envolveu o empréstimo de vinte milhões de dólares para a construção de uma usina siderúrgica, em troca de os americanos ganharem o direito de “estabelecer bases militares, utilizar portos, aeroportos, meios de comunicação e estradas de ferro e de rodagem no Brasil, em caso de necessidade militar” (CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 425).

Em abril de 1941, Vargas anuncia a construção da Companhia Siderúrgica Nacional, em Volta Redonda, no Rio de Janeiro. Em 1942, alegando o torpedeamento de navios brasileiros pelos alemães, Vargas declarou guerra às forças do Eixo (Alemanha, Itália, e, posteriormente, o Japão). Essa agressão alemã, contudo, não é gratuita, pois após quase três anos de negociações, o Brasil havia pendido para a aliança com os Estados Unidos.

Para comandar o país com mãos de ferro, o governo autoritário de Vargas tinha o apoio do Exército e de um grande prestígio junto às massas populares (CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 485), presente na sua administração desde a campanha eleitoral e os primeiros dias de seu governo. Os gabinetes, no entanto, eram pequenos e não eram suficientes para acomodar a população. Por outro lado, apenas alguns tinham o privilégio de conseguir chegar perto do presidente ou mesmo vê-lo, no meio da multidão, nas suas aparições públicas.

De forma inteligente e de uma perspicácia ímpar, o rádio passou a ser o meio de comunicação utilizado durante os quinze anos de seu governo e, dessa forma, a maioria da população podia ouvir sua voz: “Trabalhadores do Brasil”. Era a imagem paternalista passada aos operários e a “legitimação do regime era buscada por meio da ideia de que entre o presidente e as massas trabalhadoras não deveria haver nenhuma intermediação” (CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 489).

É no governo de Vargas que há a regulamentação da maior parte dos direitos trabalhistas e a Constituição de 1934, “fruto de inúmeras

lutas e contestações operárias desde a República oligárquica, foi anunciada à nação como uma doação do presidente aos trabalhadores” (CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 487). O modelo adotado por Vargas para regulamentação de direitos trabalhistas, previdenciários e sindicais segue inspiração do governo fascista de Mussolini, da Itália, com a Carta *Del Lavoro*, a qual objetivava a “abolição dos sindicatos independentes, a proibição das greves e a criação do corporativismo: associações ou corporações que incluíam tanto os empregados como os empregadores de um determinado ramo industrial” (CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 472).

A fase de institucionalização do Direito do Trabalho tem seu marco inicial em 1930, com intensa atividade administrativa e legislativa do Estado, que perdurou durante todo governo de Vargas. Primeiramente, a fim de a administração federal poder coordenar as ações institucionais que se seguiram, foi criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, por meio do Decreto nº 19.443, de 26 de novembro de 1930, a cargo do gaúcho Lindolfo Collor, e, meses após, instituiu-se o Departamento Nacional do Trabalho, por meio do Decreto nº 19.671-A (DELGADO, 2010, p. 104 e CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 487).

A seguir, como uma segunda fase desse projeto governamental, veio a vez da área sindical, regulamentada pelo Decreto nº 19.770, de 19 de março de 1931, com a criação de uma estrutura sindical oficial, baseada no sindicato único, com submissão ao reconhecimento pelo Estado e compreendido como órgão colaborador (CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 104).

A bem da verdade, as entidades sindicais possuíam funções públicas delegadas – características de órgãos públicos e limites determinados por lei no tocante à criação, administração e gestão dos negócios – e o Decreto 19.770/31 estabelece a divisão dos sindicatos por categorias econômicas e profissionais, critério que permanece até os dias atuais, em modelo recepcionado pela Constituição da República de 1988 (BARROSO, 2010, p. 62-68), inclusive com o quadro de atividades contido no anexo do art. 577 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Há o controle absoluto dos entes sindicais pelo poder público e o reconhecimento sindical era dado por ato ministerial, de forma que os

interesses políticos permeavam a criação dos sindicatos, numa forte limitação à autonomia sindical e controle das massas populares. Nasceram como associações, e, somente após a outorga do Ministro de Estado, com a carta de reconhecimento, é que podia galgar o *status* de sindicato (BARROSO, 2010, p. 62-68), conforme disposto na antiga redação do art. 520 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Quanto aos sindicatos, seus deveres eram dispostos no art. 513 do mesmo Diploma Legal.

Após a instituição dos sindicatos, ainda como terceira área de desenvolvimento da política trabalhista, surge um sistema de solução judicial de conflitos trabalhistas (DELGADO, 2010, p. 104), com a criação de dois órgãos encarregados de dirimir os conflitos individuais e coletivos.

As Juntas de Conciliação e Julgamento foram criadas pelo Decreto 22.132, de 25 de novembro de 1932 (DELGADO, 2010, p. 104), com competência para resolver os dissídios individuais, compostas de um juiz presidente, bacharel em direito, com idoneidade moral, mandato de dois anos, podendo ser reconduzido uma vez, estranho aos interesses das partes, e dois vogais, um representante dos empregados, outro do empregador, além de dois suplentes, escolhidos com base nas listas que eram enviadas pelos sindicatos e associações ao Departamento Nacional do Trabalho (NASCIMENTO, 2009, p. 48-51, MARTINS, 2012, p. 72-73 e ALMEIDA, 1998, p. 197-198).

Na hipótese de o reclamado criar embaraços ou não ser encontrado, a notificação era realizada pela polícia ou por edital, e os empregadores podiam ser representados por gerentes ou administradores. As mulheres casadas e os menores poderiam pleitear sem a assistência do responsável legal ou pai.

O presidente da Junta podia determinar diligências e os membros – o vogal representante dos empregados e o vogal representante dos empregadores – votavam na solução do feito, sendo que os julgamentos eram feitos em uma única instância, mas não podiam ser executados, o que era feito na Justiça Comum. Outra característica das Juntas de Conciliação e Julgamento é que qualquer processo podia ser requisitado

(carta avocatória) pelo Ministro do Trabalho, que passava a decidir, desde que houvesse parcialidade dos juízes ou violação de direitos.

As Comissões Mistas de Conciliação e Julgamento, criadas pelo Decreto 21.396, de 21 de março de 1932 com função de resolver conflitos coletivos, principalmente decorrentes de interpretação das convenções coletivas, era composta por um presidente, podendo ser um advogado, magistrado, funcionário público federal estadual ou municipal, com os representantes de empregados e empregadores, em igual número, escolhidos de acordo com as listas enviadas pelos sindicatos ou associações. Na hipótese de recusa na solução arbitral, o processo era encaminhado para o Ministro do Trabalho, Comércio e Indústria.

O Conselho Nacional do Trabalho é que tinha competência de tribunal arbitral, prolatando decisões irrecorríveis em dissídios coletivos e de último grau de jurisdição para os empregados estáveis ou questões atinentes à previdência social.

Merece destaque o fato de tanto as Juntas de Conciliação e Julgamento como as Comissões Mistas de Conciliação terem pertencido ao Poder Executivo, sem autonomia administrativa ou jurisdicional, sendo apenas órgãos anexos ao Ministério do Trabalho, Comércio e Indústria. Os juízes eram demissíveis *ad nutum*, sem possuírem independência para o julgamento, e as decisões eram executadas no Cível, mediante execução de sentença, em que a parte poderia alegar somente nulidade, pagamento ou prescrição da dívida.

É que, embora a Justiça do Trabalho tenha sido criada na Constituição de 1934, esta não pertencia ao Poder Judiciário, o mesmo ocorrendo na Constituição de 1937, no denominado Estado Novo, pelo que é possível ser observado no art. 90, já que não incluía a Justiça do Trabalho.

Portanto, a Justiça do Trabalho não era independente, em face da sua ligação ao Poder Executivo, não gozando seus juízes das garantias da magistratura, além de haver nascido com a marca da representação classista paritária (MARTINS FILHO, 2002, p. 198).

Somente na Constituição de 1946, a Justiça do Trabalho passa a integrar o Poder Judiciário (art. 94), o que vem demonstrar que o rompimento do governo ditatorial de Vargas finda trazendo autonomia adminis-

trativa, financeira, mas, principalmente, deixa de estar atrelada ao Poder Executivo e ao poder central até então implementado, constando no art. 122 a estrutura da Justiça do Trabalho, e, no § 5º, desse mesmo dispositivo, as prerrogativas inerentes aos magistrados e a representação paritária.

A quarta fase de implementação do governo populista de Vargas, e que surgiu logo após os anos 30, abrangeu o sistema previdenciário, cuja formação também era corporativa e vinculada às respectivas áreas profissionais, com a instituição das Caixas de Aposentadoria e Pensões (DELGADO, 2010, p. 104). Observe-se que, até mesmo nesse aspecto, houve a inspiração da Carta *Del Lavoro*.

Por fim – e, aqui, é fundamental esse aspecto, pois esclarece o motivo pelo qual a base de sustentação do governo Vargas, que era a grande massa de trabalhadores, teve tantos benefícios sociais, sem que a classe empresarial se insurgisse –, vêm as normatizações (DELGADO, 2010, p. 105) que objetivavam a repressão das manifestações políticas e operárias. É como uma orquestra, em que cada instrumento musical tem seu papel definitivo na somatória dos sons, que findam na sinfonia.

A Lei de Nacionalização do Trabalho – Decreto nº 19.482, de 12.12.30 – (DELGADO, 2010, p. 105) limitava a entrada de estrangeiros no país, estabelecendo regras rigorosas para entrada e permanência, mas, também, meios de ser privilegiado o trabalhador nacional, com a instituição de um imposto de emergência sobre os vencimentos de todos os funcionários da União, civis e militares, inclusive magistrados, durante o exercício de 1931 (art. 5º), cuja destinação era um fundo especial do Tesouro Nacional e à disposição do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, para ser empregado no serviço de localização de desempregados nacionais e estrangeiros residentes (art. 6º), com concessão de vários auxílios (desde alimentação até postos de trabalho em núcleos agrícolas) para os agricultores com família constituída.

Em contrapartida, também foi instituída a obrigatoriedade de os desempregados, nacionais e estrangeiros, declararem sua condição perante as delegacias de recenseamento do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, no prazo de noventa dias, sob pena de responderem por processo criminal de vadiagem (DELGADO, 2010, p. 105).

É evidente que tais medidas de limitação de mão-de-obra estrangeira, aliada ao controle estatal dos desempregados e às leis protetivas de amparo ao trabalhador, ao mesmo tempo em que apaziguavam os ânimos da massa operária, também desincentivava manifestações sindicais, até porque os sindicatos, conforme visto, eram colaboradores do poder público no desenvolvimento da solidariedade social.

É nesse contexto histórico e social que Getúlio Vargas, por meio do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, entrega aos trabalhadores a Consolidação das Leis do Trabalho. Férias anuais, jornada de trabalho de oito horas, estabilidade decenal, salário mínimo, regras específicas para a dispensa motivada e a rescisão indireta do contrato de trabalho, dentre vários outros direitos.

Em que pese todo populismo de Vargas, o chamado “Pai dos Pobres”, houve grande desgaste de seu governo, em razão da posição antifascista assumida durante a participação do Brasil na Segunda Guerra, com o envio de 25 mil homens entre 1944 e 1945, mesmo contra a vontade dos Estados Unidos e da Inglaterra (CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 526). Era uma estratégia para permanecer no poder, já que, desde 1943, Vargas havia se comprometido a convocar eleições gerais.

Com o fortalecimento dos militares, adquirido ao longo do Estado Novo e o prestígio da guerra, lançaram sua candidatura à presidência da República o major-brigadeiro Eduardo Gomes e o general Eurico Gaspar Dutra (CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 526). Foram criados os partidos políticos da União Democrática Nacional (UDN), reunindo os opositores oligárquicos, liberais, intelectuais e dissidentes do Estado Novo, e, de outro lado, dois partidos, cuja presidência ficou a cargo de Getúlio Vargas, que eram o Partido Social Democrático (PSD) e o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) (CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 527). Ao ser anistiado Luis Carlos Prestes, em abril de 1945, com centenas de outros presos políticos, e, estabelecendo o governo relações diplomáticas com a União Soviética, o Partido Comunista do Brasil (PCB), a partir desse mesmo ano, passou a funcionar legalmente (CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 527).

As eleições foram prometidas para dezembro de 1945, mas, com o surgimento de um movimento em favor de Vargas, denominado “Queremismo”, em razão do *slogan* “queremos Getúlio” e o receio de um novo golpe de Estado, foi deposto no dia 29 de outubro de 1945, pelas Forças Armadas, lideradas pelo general Góis Monteiro, seu colaborador desde 1930 e ministro da Guerra (CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 528).

Em caráter provisório, assumiu a presidência interinamente o presidente do Supremo Tribunal Federal, José Linhares, e, em 2 de dezembro, sai vitorioso das eleições, com pouco mais de seis milhões de brasileiros, o general Eurico Gaspar Dutra (CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 528).

Novamente, Vargas disputa o poder, sendo eleito por 48,7% dos votos, para o período de 1951 a 1954. Todavia, dentro em pouco, uma grande crise política instaurou-se, sendo pressionado pela direita, pelos setores conservadores, e, pela esquerda, pelos movimentos operários. Muitas eram as denúncias que partiam de todos os lados. Em 5 de agosto de 1954, Carlos Lacerda sofre um atentado, mas quem é atingido e morre é o major da Aeronáutica Rubens Vaz. O criminoso: Gregório Fortunato, mandante do crime, servidor de Vargas e chefe da guarda presidencial, conhecido como o Anjo Negro (CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 540-543).

Com a gravidade da situação, 27 generais assinaram um manifesto à nação, exigindo a renúncia de Vargas (CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 543). Não mais suportando a situação, suicida-se Vargas, com um tiro no peito. Com o anúncio de sua morte “multidões de trabalhadores em fúria tomaram as ruas das principais cidades brasileiras. As sedes dos jornais, das emissoras e dos partidos oposicionistas foram depredadas. Queimaram-se bandeiras norte-americanas. Exemplos do jornal Última Hora, francamente getulista, circulavam de mão em mão” (CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 543). A carta-testamento era repetida, incessantemente, principalmente seu último parágrafo:

Lutei contra a espoliação do Brasil. Lutei contra a espoliação do povo. Tenho lutado de peito aberto. O ódio, as infâmias, a calúnia

não abateram meu ânimo. Eu vos dei a minha vida. Agora vos ofereço a minha morte. Nada receio. Serenamente dou o primeiro passo no caminho da eternidade e saio da vida para entrar na História.

2 O processo de redemocratização

O movimento denominado “Diretas Já” tomou conta do país em 1984, quando milhões de brasileiros foram às ruas exigir o fim da ditadura militar (1964-1985) e as eleições diretas. Infelizmente, houve a manutenção do Colégio Eleitoral, como forma de escolha do sucessor do general João Baptista de Oliveira Figueiredo (1979-1984), e, em 15 de janeiro de 1985 era escolhido Tancredo Neves, primeiro presidente civil após mais de 20 anos de ditadura militar (CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 608-615).

Designada a posse para 15 de março, a nação recebe a notícia do internamento de Tancredo Neves, e quem recebe a faixa presidencial é o seu vice, José Sarney. Em 21 de abril, mesmo dia da morte do mártir da Independência, Tiradentes (1792), morre Tancredo. Ao cortejo fúnebre, em São Paulo, comparecem milhões de pessoas (CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 615-617).

Essa nova realidade nacional impunha uma Carta Constitucional mais concatenada com os ideários de um país pós-ditadura militar e que ainda estava sob a égide da Constituição de 1967 (pela qual havia sido instituído, em 13 de dezembro de 1968, o Ato Institucional nº 5 – AI-5 -, com o fechamento do Congresso, indefinidamente, e suspensão de todos os direitos civis e constitucionais) e a Reforma Constitucional de 1969 (CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 588).

Havia um reclamo nacional por institutos mais representativos do período político e social pelo qual o país há tanto ansiava e a Emenda Constitucional nº 26, de 1985 convocou a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, instituindo a Assembléia Nacional Constituinte, e, em 5 de outubro de 1988 é outorgada a Constituição Cidadã, contendo em seu preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Destacam-se do texto da Constituição da República os pilares fundamentais no que toca ao valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana, assim dispondo o art. 1º da CR/88, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

Conceituar dignidade da pessoa humana não é tarefa fácil, em razão de se encontrar atrelado ao fator histórico e social de uma dada comunidade, envolvendo inúmeros aspectos do que pode significar uma vida digna, saudável, plena, com direito à vida, saúde, lazer, educação, trabalho, cultura. E direito à saúde não significa, apenas, direito a não estar enfermo, mas um estado de bem-estar, tanto físico, como mental.

No Estado Social, enquanto forma de organização política tendente a que o sistema econômico opere de forma mais eficiente e garanta direitos mínimos aos trabalhadores, não se contenta apenas com a igualdade formal, mas busca a igualdade material, a fim de que os meios econômicos propiciem um “crescimento do homem como ser integral, retirando-o do isolamento individual, fazendo com que possa interagir com seus semelhantes e com a sociedade” (AGRA, 2009, p. 11).

Portanto, o “conceito de dignidade da pessoa humana não é um conceito *a priori*, que sempre existiu ao longo do tempo, mas foi sendo composto paulatinamente, fruto de diversas circunstâncias históricas” (AGRA, 2009, p. 117). Todos os homens possuem a mesma natureza e são dotados do mesmo valor, independentemente da posição que as-

sume na sociedade, quer de ordem social, econômica, cultural ou racial (AGRA, 2009, p. 117).

A Carta de 1988 trouxe grande renovação da cultura jurídica brasileira e “produziu um clarão renovador [...] permitindo despontar, no estuário normativo básico do país, a visão coletiva dos problemas, em anteposição à visão individualista preponderante, oriunda do velho Direito Civil” (DELGADO, 2007, p. 124 e 125).

No que pertine aos direitos dos trabalhadores, o destaque encontra-se nos arts. 7º (direitos individuais) e 8º, 9º e 10º (direitos coletivos), sendo incorporadas, ao texto constitucional, várias conquistas, como a exemplo, idade mínima de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, após 14 anos, o terço das férias, a limitação da jornada de trabalho a oito diárias e quarenta e quatro semanais, a responsabilidade do empregador por acidentes do trabalho, quando incorrer em dolo ou culpa, dentre vários outros, numa relação bem mais completa, se consideradas as conquistas dos trabalhadores da Era Vargas.

Quanto aos direitos coletivos do trabalhador, é instituído o sindicato livre, sem atrelamento ao poder público, exigindo-se, apenas, o registro no Ministério do Trabalho e Emprego, para fins de controle da unicidade sindical, já que “é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município” (art. 8º, inciso II).

Permanece, contudo, a contribuição sindical, ainda como vestígio do ranço herdado do sindicato corporativo, mas, de qualquer sorte, o dirigente sindical possui garantia de emprego e o direito de greve passa a ser assegurado, “competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender” (art. 9º).

Com o desastroso governo de Collor e sua reforma econômica, denominada Plano Collor¹, a qual confiscou, por 18 meses, os recursos

¹ Instituído em 16 de Março de 1990, um dia após Collor assumir a presidência, combinava liberação fiscal e financeira com medidas radicais para estabilização da inflação. A teoria do plano econômico foi desenvolvida pelo economista Antônio Kandir e o plano efetivamente implemen-

depositados em instituições bancárias, inclusive cadernetas de poupança, aliado aos grandes escândalos de seu governo que envolviam desde a denúncia de ser usuário de drogas, corrupto, conforme as várias entrevistas concedidas pelo seu irmão Pedro Collor, bem como denúncias de todas as ordens, que findaram gerando a abertura de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e a votação do *impeachment*, com sua renúncia, em 28 de dezembro de 1992, assumiu o vice-presidente Itamar Franco (CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 620-622).

Em julho de 1994, o então Ministro da Fazenda, Fernando Henrique Cardoso, anuncia o Plano Real, equiparando a moeda brasileira ao dólar e alterando seu nome para real, juntamente com uma série de medidas de estabilização da economia, elevação da taxa de juros e redução do *déficit* público com a privatização de várias empresas estatais. Com o sucesso desse plano econômico, lança-se na candidatura presidencial, numa aliança política entre o Partido Social Democrático Brasileiro (PSDB) e o Partido da Frente Liberal (PFL), tendo como vice-presidente o senador Marco Maciel, assumindo a presidência em janeiro de 1995 (CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 622).

No primeiro mandato presidencial, FHC consegue driblar a inflação, baixando significativamente os índices inflacionários, como, também, consegue minimizar os efeitos das grandes diferenças sociais, então existentes. Todavia, seu governo é marcado pelas privatizações, transferindo “para o setor privado diversas empresas estatais de setores considerados estratégicos à época do regime populista e da ditadura militar: telecomunicações, eletricidade e siderurgia”, dando um passo decisivo para a sua integração internacional, com países do MERCOSUL, Ásia, Estados Unidos, União Européia (CAMPOS, MIRANDA, 2005, p. 622).

Inicia-se uma política alinhada com a abertura do mercado internacional e o neoliberalismo dos governos de Ronald Regan, nos Estados Unidos, e Margareth Thatcher, na Inglaterra, pois, naqueles anos,

tado foi desenvolvido pelos economistas Zélia Cardoso de Mello, Antônio Kandir, Ibrahim Eris, Venilton Tadini, Luís Otávio da Motta Veiga, Eduardo Teixeira e João Maia. http://pt.wikipedia.org/wiki/Plano_Collor, acesso em 12.03.12

havia uma tendência de “se prosseguir com a limitação intervencionista do poder estatal”, privilegiando a liberdade individual “sob o manto ideológico da supremacia do jogo democrático da livre concorrência dos mercados”, sendo o ideário do Estado-mínimo, não intervencionista, hipótese irreversível (ANDRADE, 2005, p. 148).

Para as metas de privatização, foi outorgada a Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, prevendo o Plano Nacional de Desestatização – PND, a reordenação estratégica do Estado na economia, bem como a reestruturação econômica do setor público, principalmente com a redução da dívida pública líquida, dentre outros fatores.

A fim de dar sustentação e credibilidade à sua política de privatizações e conferir interesse ao ingresso do mercado estrangeiro, várias leis objetivando a precarização dos direitos trabalhistas foram aprovadas, alinhando-se, assim, com o que se denominou Consenso de Washington, pelo qual os países mais potentes, liderados pelos Estados Unidos, impuseram às nações capitalistas de periferia “a adoção de políticas fiscais rígidas, a privatização de funções estatais, a liberalização da economia, além de maior flexibilidade para a contratação de pessoas e serviços sem a intervenção do Estado (COUTINHO, 2009, p. 51).

A partir das preocupações lançadas pelos investidores internacionais, que procuravam maior segurança jurídica e um judiciário mais célere, o Banco Mundial editou o Documento nº 319², o qual findou deitando raízes, aqui no Brasil. Com a Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000, foram instituídas as Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, e atribuição de conciliação dos conflitos trabalhistas, sem necessidade de submissão do conflito ao poder judiciário, conforme o art. 625-A ao art. 625-H, da CLT, prevendo o art. 625-D que “qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria”, tendo o

² Banco Mundial – Documento Técnico nº 319, O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma, 1ª edição em junho de 1996, <http://www.anamatra.org.br/sites/1200/1223/00003439.pdf>, acesso em 12.03.12

Supremo Tribunal Federal, em sede de medida cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.139-7 e 2.160-5, concedido a medida cautelar, em 13 de maio de 2009, para dar interpretação conforme a Constituição Federal.

Anteriormente, por meio do Decreto nº 1.572, de 28 de julho de 1995, já havia regulamentado a mediação na negociação coletiva de trabalho, prevendo a mediação na negociação coletiva de natureza trabalhista, quando “frustrada a negociação direta, na respectiva data-base anual, as partes poderão escolher, de comum acordo, mediador para composição do conflito” (art. 2º).

Outra lei de cunho eminentemente flexibilizador e em evidente precarização ao contrato de trabalho é a Lei nº 9.601, de 21 de janeiro de 1998, que instituiu o contrato de trabalho por prazo determinado (quando a regra é o contrato por prazo indeterminado, em vista do princípio protetor da continuidade da relação de emprego), em qualquer atividade desenvolvida pela empresa ou estabelecimento, com a fixação de parâmetros de indenização, nas hipóteses de rescisão antecipada, nas convenções ou acordos coletivos do trabalho (art. 1º, § 1º), com redução da alíquota do Fundo de Garantia, que é de 8% para 2%, durante sessenta meses a contar da publicação da lei (art. 2º).

A Medida Provisória nº 1.053, de 30 de junho de 2005, reeditada inúmeras vezes e convertida na Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001, proibiu a correção dos salários com base nos índices inflacionários, nas negociações coletivas e nos dissídios coletivos (poder normativo), conforme previsão contida em seu art. 13, em afronta direta à livre negociação, aos requisitos mínimos exigidos pela Constituição Federal, para a edição de medida provisória, quais sejam, a urgência e relevância, e, ainda, retirando do Poder Judiciário Trabalhista, por meio de seu poder normativo, fixar normas e condições de trabalho (COUTINHO, 2009, p. 60-61).

A instituição do banco de horas e o contrato de trabalho a tempo parcial está estampada na Medida Provisória nº 2.164-41, de 24 de agosto de 2001, que acrescentou vários dispositivos à CLT, prevendo o contrato a tempo parcial até 25 horas por semana, com salário pro-

porcional à jornada de trabalho, em relação aos empregados de tempo integral (art. 58-A e § 1º, da CLT), com a consequente redução dos dias de férias (art. 130-A, CLT); suspensão do contrato de trabalho pelo período de 2 a 5 meses, para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional (art. 476-A, CLT); o banco de horas, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, dispensando-se o acréscimo de salário se o excesso, em um dia, for compensado pela correspondente diminuição em outro, pelo período máximo de um ano, sem que seja ultrapassado o limite máximo de 10 horas (art. 59, § 2º).

Várias outras medidas restritivas e precarizantes dos contratos de trabalho foram implementadas no governo de FHC, numa evidente demonstração de sua política neoliberal e expansionista dos programas impostos pelo Fundo Monetário Nacional – FMI e pelo Banco Mundial.

O Estado do bem-estar social (*welfare state*), criado no pós-guerra nos países centrais, cede espaço ao neoliberalismo, flexibilizando-se e descentralizando-se “a rígida estrutura hierárquica puramente vertical e os métodos centralizados de gestão ...”, a primeira perdendo “terreno para a terceirização...”, o segundo, o fordismo, “para o Controle de Qualidade Total – CQT...”³

A globalização traz a “hegemonia do capitalismo financeiro sem regras, privilegiando o capital especulativo e improdutivo”, com o domínio absoluto pelos monopólios multinacionais (ANDRADE, 2005, p. 153), em prejuízo incalculável para a massa trabalhadora dos países, pois, o mercado de livre concorrência leva à procura de trabalhadores de países periféricos que se submetam a salários cada vez mais ínfimos.

Segundo Edmilson Costa (COSTA, 2008, *passim*, NETTO, 2001), a globalização leva à desregulamentação da economia, às privatizações e à ofensiva contra direitos e garantias dos trabalhadores, e, na sua conceituação, o neoliberalismo não possui qualquer escrúpulo, desde que “o governante cumpra os objetivos do capital financeiro es-

³ Texto produzido na IV Conferência Nacional da Tendência Movimento do Partido dos Trabalhadores, em junho de 1996, pela Editora Projeto, denominado *Pelo Sindicato Unitário, Livre, Autônomo e de Massas e outras resoluções da IV Conf. Nac. da TM*, Ibirité, Minas Gerais, 9 de junho de 1996

peculativo dos países centrais”, chegando a tratar os neoliberais como os “fundamentalistas do Ocidente” (COSTA, 2008, p. 14).

O neoliberalismo, decerto, produz resultados funestos, em detrimento da camada da população menos privilegiada, gerando o desemprego e a precarização das condições de trabalho. Neste mundo globalizado e das grandes corporações empresariais, o capital move-se de acordo com os países que conseguem oferecer mão de obra mais barata e legislações trabalhistas menos exigentes⁴.

É evidente que as posições políticas adotadas por conservadores e liberais influenciaram diretamente na história dos povos, inclusive do povo brasileiro.

Em outubro de 2002, Luis Inácio Lula da Silva, do Partido dos Trabalhadores (PT), ao disputar pela terceira vez, vence as eleições presidenciais, levando às ruas uma multidão em festa verde, amarela e vermelha. De origem humilde, nordestino de Caetés, município anteriormente vinculado à cidade de Garanhuns, em Pernambuco, filho de lavadeira e metalúrgico, chega ao poder máximo ao assumir a presidência da República, em 1º de janeiro de 2003, com a grande responsabilidade de agradar o empresariado, sem dar as costas à massa de trabalhadores que o levou ao poder e respeitando os acordos internacionais.

Seu governo foi marcado pela implementação de programas assistenciais, alguns advindos do governo do seu antecessor e outros aperfeiçoados, como o Bolsa Família, criado em 2004 e decorrente da fusão de outros programas já existentes, o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), criado em 1996, na gestão de Fernando Henrique Cardoso, o Luz para Todos, instituído em 2003 e com o objetivo de levar energia elétrica para 10 milhões de brasileiros residentes no meio rural, o ProUni (Programa Universidade para Todos), criado em 2004, a fim de viabilizar o acesso de jovens de baixa renda ao ensino superior, o Brasil Alfabetizado e Educação de Jovens e Adultos, todos programas assistenciais voltados à educação⁵.

⁴ Ver o filme *The Corporation*, de Mark Achbar, Jennifer Abbott e Joel Bakan, da Imagem Filmes

⁵ Site BRASIL UM PAÍS DE TODOS, <http://brasilumpaisdetodos.blogspot.com/2008/06/veja-os-principais-programas-sociais-do.html>, acesso em 14.03.12

A taxa de pobreza foi reduzida de 40%, em 1990, para 9,1% em 2006, ao passo que a taxa de ocupação, que em março de 2002 era de 87,1%, em dezembro de 2010 passou para 94,7%⁶. Por outro lado, nunca se arrecadou tanto, pois, em 2010 houve a arrecadação de R\$805,7 bilhões, maior valor da história do país.⁷

Sob o aspecto da legislação trabalhista, o que se observou foi uma grande habilidade de lidar com as lideranças, como a exemplo, a Lei nº 11.648, de 31 de março de 2008, que conferiu às Centrais Sindicais o reconhecimento formal como entidade de representação geral dos trabalhadores, de âmbito nacional, com direito ao recebimento de 10% de todo imposto sindical recolhido dos trabalhadores (art. 5º da Lei nº 11.648, que alterou o art. 589, inciso II, letra b, da Consolidação das Leis do Trabalho), talvez como meio de aproximação política entre as Centrais Sindicais e o Governo Federal.

E, não apenas com as lideranças dos trabalhadores, mas, também, com o próprio empresariado, com a alteração da legislação pertinente à antiga Lei de Falências, alterada para a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que trata acerca da Recuperação Judicial, prevendo o art. 83 que somente uma parte do crédito trabalhista – até 150 salários mínimos – tem preferência na ordem de pagamento dos créditos.

Com relação às empregadas domésticas, por meio da Lei nº 11.324, de 19 de julho de 2006, estas tiveram reconhecido o direito de garantia de emprego, em decorrência de gestação, sendo vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa até 5 meses após o parto (art. 4º-A), e, ainda, pacificou a questão relativa às férias, pois, embora o parágrafo único do art. 7º da Constituição da República tivesse conferido férias ao empregado doméstico, a Lei 5.858/72 conferia apenas vinte dias úteis. Com a nova lei, restou positivado que as férias do doméstico são de trinta dias acrescidas de 1/3.

Para as empregadas do setor privado, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008 elasteceu a licença maternidade de 120 dias (art.

⁶ Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, <http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=PE63&t=Taxa+de+ocupa%u00e7%u00e3o>, acesso em 14.03.2010

⁷ Ver http://pt.wikipedia.org/wiki/Governo_Lula#Desemprego, acesso em 14.03.2012

10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) para 180 dias, como meio de incentivo fiscal para as empresas tributadas com base no lucro real, podendo deduzir, diretamente do imposto de renda, o valor dos salários pagos às trabalhadoras em licença maternidade, do 121º dia para o 180º dia.

E, com essas políticas públicas, que implicaram um bom relacionamento com o empresariado e com a classe trabalhadora, e, ainda, agradaram os credores internacionais, em vista da diminuição da dívida externa, consolidou-se o Brasil como uma nação de grande potência, abrindo caminho para mais uma gestão do governo petista, com a posse da Presidente Dilma Roussef, em 1º de janeiro de 2011.

Com a visão de quem viveu, na pele, os anos duros da ditadura militar, Dilma Roussef assume o país em um momento de grande glória do Partido dos Trabalhadores, mas, também, de muitos escândalos políticos, a exemplo do que se denominou “Mensalão”⁸, e com um discurso firme de manutenção e ampliação das políticas públicas tendentes à erradicação da pobreza. Programas governamentais como o bolsa família foram ampliados, com resultados significativos de elevação das condições de vida daqueles cidadãos inseridos na camada mais sofrida da população. O programa Minha Casa, Minha Vida, com a construção de moradias populares financiadas pelos recursos da Caixa Econômica Federal.

Na área de direitos humanos, o grande destaque é para a implementação da Comissão Nacional da Verdade, criada pela Lei nº 12.528/2011 e instituída em 16 de maio de 2012, com a finalidade de examinar e esclarecer graves violações de direitos humanos no período compreendido entre 1946 a 1988, incluindo o período da ditadura militar, que perdurou de 1964 a 1985⁹.

⁸ Esquema de compra de votos de parlamentares denunciada no Governo Lula e que findou num dos julgamentos mais emblemáticos da história do Supremo Tribunal Federal. Ver: <http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/julgamento-do-mensalao/barbosa-encaminha-a-pgr-recursos-de-condenados-no-julgamento-do-mensalao,56fb8e6678c7e310VgnVCM4000009bce-b0aRCRD.html>, acesso em 07.05.13

⁹ http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2013/05/06/comissao-nacional-da-verdade-completa-um-ano-de-trabalhos-em-prol-dos-direitos-humanos?utm_source=Portal.Brasil&utm_

No âmbito do Direito do Trabalho, a Lei nº 12.619, de 30 de abril de 2012, dispõe sobre o exercício da profissão dos motoristas e altera vários dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, na parte que trata sobre o exercício dessa profissão, mais notadamente a jornada de trabalho, seu controle, autorização para realização de até duas horas extraordinárias por dia, intervalos interjornada e intrajornada, tempo à disposição, com grandes avanços para essa categoria profissional, principalmente nas questões relacionadas à saúde do trabalhador.

Mais recentemente, a partir da Convenção 189 da Organização Internacional do Trabalho, que trata sobre o trabalho dos empregados domésticos, e a Recomendação nº 201, adotada na Conferência Internacional do Trabalho de 2011, foi alterado o parágrafo único do art. 7º da Constituição da República, por meio da Emenda Constitucional nº 72, de 2 de abril de 2013, conferindo igualdade de direitos desses empregados com os trabalhadores urbanos e rurais, como demonstração inequívoca de grande avanço na área dos Direitos Sociais.

Em outubro de 2014¹⁰, em segundo turno e com vantagem quase insignificante (51,64% dos votos) em face do segundo colocado, Aécio Neves (PSDB), com 48,36% dos votos, diferença de 3,4 milhões de votos, a Presidente Dilma Roussef renova seu mandato, assumindo, a partir de 1º de janeiro de 2015, o quadriênio 2015-2018.

3 Conclusão

A partir do corte epistemológico dado a este trabalho, no Brasil, observou-se que o Governo de Getúlio Vargas trouxe alterações substanciais na legislação do trabalho, principalmente em razão da decretação da Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que, neste ano, completa 70 anos, e políticas públicas voltadas a um sindicalismo atrelado ao poder público, muito mais

medium=Capa&utm_campaign=Comissao.Nacional.Da.Verdade&utm_term=Linha.Unica&utm_conten, acesso em 07.05.13

¹⁰ <http://eleicoes.uol.com.br/2014/noticias/2014/10/26/dilma-cresce-na-reta-final-e-reeleita-e-emplaca-quarto-mandato-do-pt.htm>, acesso em 9/01/2015

como colaborador do próprio serviço público do que intermediador e fomentador dos anseios da massa trabalhadora.

Posteriormente, com a denominada República Nova surgida após o regime militar instalado no Brasil, o processo de redemocratização do país, a partir de 1985, trouxe os governos civis de José Sarney, Fernando Collor de Mello, as duas gestões de Fernando Henrique Cardoso, as duas gestões de Luis Inácio Lula da Silva e, agora, as duas gestões de Dilma Roussef, e, com eles, além da abertura política, em governos mais democráticos, a consolidação de um país de grande potência.

4 Bibliografia

ACHBAR, Mark, ABBOTT, Jennifer e BAKAN, Joel, filme *The Corporation*, Estados Unidos, Imagem Filmes

AGRA, Walber de Moura, *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense, 2009

ALMEIDA, Isis, *Manual de Direito Processual do Trabalho*, São Paulo: LTr, 1998

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de, *Direito do Trabalho e Pós-modernidade: fundamentos para uma teoria geral*, São Paulo: LTr, 2005

Banco Mundial – Documento Técnico nº 319, O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma, 1ª edição em junho de 1996, <http://www.anamatra.org.br/sites/1200/1223/00003439.pdf>, acesso em 12.03.12

BARROSO, Fábio Túlio, *Manual de Direito Coletivo do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2010

BRASIL, *Decreto 19.482*, de 12 de dezembro de 1930, <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19482-12-dezembro-1930-503018-republicacao-82423-pe.html>, acesso em 08.03.12

BRASIL UM PAÍS DE TODOS, <http://brasilumpaisdetodos.blogspot.com/2008/06/veja-os-principais-programas-sociais-do.html>, acesso em 14.03.12

BURNS, Edward Mcnall, *História da Civilização Ocidental*, 24ª ed., Porto Alegre: Ed. Globo, 1981

CAMPOS, Flavio de e MIRANDA, Renan Garcia, *A Escrita da História*, São Paulo: Escala Educacional, 2005

COSTA, Edmilson, *A Globalização e o Capitalismo Contemporâneo*, São Paulo: Ed. Expressão Popular, 2008

COUTINHO, Grijalbo Fernandes, *O Direito do Trabalho Flexibilizado por FHC e Lula*, São Paulo: LTr, 2009

DELGADO, Maurício Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*, 9ª ed., São Paulo: LTr, 2010

http://pt.wikipedia.org/wiki/Governo_Lula#Desemprego, acesso em 14.03.2012

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, <http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=PE63&t=Taxa+de+ocupa%u00e7%u00e3o>, acesso em 14.03.2010

Jornal do Commercio, entrevista *Ela perdeu o poder, não a influência*, Rubens Barbosa, Recife, 4 de março de 2012

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva, *Manual de Direito e Processo do Trabalho*, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva, artigo *Breve História da Justiça do Trabalho*, in *História do Direito do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho*, FERRARI, Irany, NASCIMENTO, Amauri Mascaro, MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva, 2ª ed. São Paulo: LTr, 2002

MARTINS, Sergio Pinto, *Direito Processual do Trabalho*, 33ª Ed., São Paulo: Atlas, 2012

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *Curso de Direito Processual do Trabalho*, 24ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2009

<http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/julgamento-do-mensalao/barbosa-encaminha-a-pgr-recursos-de-condenados-no-julgamento-do->

mensalao,56fb8e6678c7e310VgnVCM4000009bcceb0aRCRD.html, acesso em 07.05.13

http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2013/05/06/comissao-nacional-da-verdade-completa-um-ano-de-trabalhos-em-prol-dos-direitos-humanos?utm_source=Portal.Brasil&utm_medium=Capa&utm_campaign=Comissao.Nacional.Da.Verdade&utm_term=Linha.Unica&utm_conten, acesso em 07.05.13

<http://eleicoes.uol.com.br/2014/noticias/2014/10/26/dilma-cresce-na-reta-final-e-reeleita-e-emplaca-quarto-mandato-do-pt.htm>, acesso em 9/01/2015

DESAPARECIDOS DURANTE O REGIME MILITAR

Augustus Marinho Bilac

1 Pessoas desaparecidas durante o Regime Militar

As causas que favoreceram ao golpe militar ocorrido no Brasil no ano de 1964 são um somatório de diversos acontecimentos políticos e sociais ocorridos ao longo da história republicana brasileira. Ainda durante o período imperial, quando Dom Pedro II era quem governava o país, os militares demonstraram sua insatisfação com as condições vividas pelas Forças Armadas do Brasil. Com o fim da guerra do Paraguai os militares se conscientizaram que na América Latina apenas o exército brasileiro permanecia sem prestígio na sociedade e na política. A pressão que os militares exerceram foi tão grande que integraram o grupo republicano responsável pela queda do regime monárquico no Brasil, sendo que os dois primeiros presidentes da república recém nascida foram militares.

Ao longo da República Velha os militares só foram se revoltar novamente na década de 1920, quando organizaram um movimento de contestação política novamente, mas os responsáveis pelo movimento eram pertencentes de um escalão intermediário da hierarquia militar, por esse motivo o acontecimento ficou conhecido como Tenentismo. De toda forma, serviu para colocar novamente os militares na cena política nacional e seria um dos fatores republicanos que engrossaria mais tarde a capacidade política dos militares de promoverem um golpe. O Governo de Juscelino Kubitschek seria atacado por tentativas de golpe em 1955, mas quem sofreria o impacto maior mesmo seria João Goulart em 1964.

No final do segundo governo de Getúlio Vargas, que se encerrou por ocasião de seu suicídio em 1954, a situação política brasileira estava muito instável, a crise havia fragmentado os destinos da nação. Os militares formavam o grupo que defendia a entrada do capital estrangeiro no país, quando se deu o processo eleitoral para sucessão de Getúlio Vargas tentaram arquitetar um golpe, que não foi bem sucedido e Juscelino Kubitschek assumiu a presidência. Como seu governo foi bem aceito pela população, teve respaldo suficiente para superar os ataques políticos e chegar ao final do mandato.

O sucessor de Juscelino Kubitschek é quem causaria problemas no destino político brasileiro. Jânio Quadros foi eleito com grande maioria dos votos, com tamanho apoio popular o então presidente acreditou que o povo estaria do seu lado de toda forma e elaborou um plano para que seus poderes aumentassem. O presidente Janio Quadros anunciou sua renúncia pelo rádio em 1961 esperando que a notícia causasse espanto no Congresso e na população, se corresse como o esperado Janio Quadros imaginava que seria procurado para voltar ao poder e não causar instabilidade política e então o ex-presidente aceitaria a proposta de retornar ao cargo somente se lhe fosse dado plenos poderes para governar. Entretanto, o plano de Janio Quadros passou longe do esperado, sua renúncia foi aceita e nada foi feito para que voltasse ao poder.

O vice de Janio Quadros era João Goulart, político que surgiu durante o segundo governo de Getúlio Vargas e que por isso tinha fortes identificações com o presidente suicida, causando desagrado nos políticos de direito. João Goulart já era encarado como um político de tendências de esquerda e para piorar quando recebeu a notícia da renúncia do presidente estava na China comunista. A direita política tentou de todas as formas fazer com que o vice não assumisse quando retornasse ao Brasil, mas Leonel Brizola, cunhado de João Goulart, era o governador do Rio Grande do Sul e deu o sustento necessário para que o vice voltasse ao país e assumisse o cargo que agora lhe era de direito.

Ao assumir a presidência, Jango, como era popularmente chamado, enfrentou sérias oposições. A política de Jango tinha claras in-

fluências de esquerda, pretendia fazer reformas de base e especialmente reforma agrária. A solução encontrada pelos opositores para impedir o governo de Jango foi instalar o parlamentarismo no Brasil, deste modo haveria presidente, mas as decisões seriam efetivamente tomadas pelo Primeiro Ministro. O parlamentarismo foi aplicado e as decisões do Estado ficaram por conta de três Primeiros Ministros: Tancredo Neves, Francisco de Paula Brochado da Rocha e Hermes Lima. Em 1962 os políticos contrários ao parlamentarismo conseguiram que fosse realizado um plebiscito no qual a população escolhesse entre o presidencialismo e o parlamentarismo. O presidencialismo ganhou e Jango tentou finalmente governar conciliando suas reformas de base com os interesses conservadores. Houve então um desarranjo na situação brasileira, a inflação cresceu aceleradamente, as medidas econômicas causaram insatisfação política e a situação só foi piorando. Estudantes chegaram a organizar movimentos em defesa das ideologias de esquerda, o que só criaria motivos para a perseguição militar mais a frente.

O presidente João Goulart e seus aliados criaram políticas que só causaram insatisfação nos conservadores de direita. Leonel Brizola criou o “grupo dos onze” para fiscalizar parlamentares e militares e pressionar o Congresso para aprovar as reformas de base. As contestações cresceram, a imprensa deu início a uma campanha contra o radicalismo ideológico de Jango, alertando para o caminho escolhido pelo presidente de levar o Brasil para um regime comunista. Estouraram várias revoltas e greves pelas ruas do país, levando Jango a pedir o Estado de Sítio, que foi revogado pelo Congresso.

O grande estopim que colocaria os militares em cena e determinados a tomar o poder através de um golpe seria o discurso de João Goulart e Leonel Brizola feito no dia 13 de março de 1964 na Central do Brasil, Rio de Janeiro. Nesse, os dois anunciavam as reformas de base, reforma agrária, um novo plebiscito para aprovar uma nova constituição e a nacionalização das refinarias estrangeiras de petróleo. Os militares sabiam que o povo apoiaria o projeto e então não perderam tempo, aliaram-se aos políticos da UDN e ao governo norte-americano para deflagrar o golpe. A igreja católica iniciou o apoio contra a ameaça

da esquerda mobilizando o povo através da Marcha da família com Deus pela Liberdade contra o governo e para dar legitimidade ao golpe militar. A queda foi inevitável e os militares permaneceram com o poder no Brasil de 1964 até 1985.

Em consequência desses fatos, pessoas que se opuseram ao golpe militar foram desaparecendo, gradativamente, sem que se externasse o motivo do desaparecimento. De acordo com o dossiê dos mortos e desaparecidos políticos publicado pelo site Desaparecidos Políticos.ORG, existe o registro de 379 pessoas, conforme a lista abaixo:

Abelardo Rausch Alcântara	Antônio Carlos Silveira Alves
Abílio Clemente Filho	Antônio de Pádua Costa
Aderval Alves Coqueiro	Antônio dos Três Reis Oliveira
Adriano Fonseca Filho	Antônio Ferreira Pinto (Alfaiate)
Afonso Henrique Martins Saldanha	Antônio Guilherme Ribeiro Ribas
Albertino José de Oliveira	Antônio Henrique Pereira Neto (Padre Henrique)
Alberto Aleixo	Antônio Joaquim Machado
Alceri Maria Gomes da Silva	Antonio Marcos Pinto de Oliveira
Aldo de Sá Brito Souza Neto	Antônio Raymundo Lucena
Alex de Paula Xavier Pereira	Antônio Sérgio de Mattos
Alexander José Ibsen Voeroes	Antônio Teodoro de Castro
Alexandre Vannucchi Leme	Ari da Rocha Miranda
Alfeu de Alcântara Monteiro	Ari de Oliveira Mendes Cunha
Almir Custódio de Lima	Arildo Valadão
Aluísio Palhano Pedreira Ferreira	Armando Teixeira Frutuoso
Amaro Luíz de Carvalho	Arnaldo Cardoso Rocha
Ana Maria Nacinovic Corrêa	Arno Preis
Ana Rosa Kucinski Silva	Ary Abreu Lima da Rosa
Anatália de Souza Melo Alves	Augusto Soares da Cunha
André Grabois	Áurea Eliza Pereira Valadão
Ângelo Arroyo	Aurora Maria Nascimento Furtado
Ângelo Cardoso da Silva	Avelmar Moreira de Barros
Ângelo Pezzuti da Silva	Aylton Adalberto Mortati
Antogildo Pacoal Vianna	Benedito Gonçalves
Antônio Alfredo de Lima	Benedito Pereira Serra
Antônio Benetazzo	Bergson Gurjão Farias
Antônio Carlos Bicalho Lana	Bernardino Saraiva
Antônio Carlos Monteiro Teixeira	Boanerges de Souza Massa
Antônio Carlos Nogueira Cabral	

DESAPARECIDOS DURANTE O REGIME MILITAR

Caiuby Alves de Castro	Eduardo Collen Leite (Bacuri)
Carlos Alberto Soares de Freitas	Eduardo Collier Filho
Carlos Eduardo Pires Fleury	Eiraldo Palha Freire
Carlos Lamarca	Elmo Corrêa
Carlos Marighella	Elson Costa
Carlos Nicolau Danielli	Elvaristo Alves da Silva
Carlos Roberto Zanirato	Emanuel Bezerra dos Santos
Carlos Schirmer	Enrique Ernesto Ruggia
Carmem Jacomini	Epaminondas Gomes de Oliveira
Cassimiro Luiz de Freitas	Eremias Delizoicov
Catarina Abi-Eçab	Eudaldo Gomes da Silva
Célio Augusto Guedes	Evaldo Luiz Ferreira de Souza
Celso Gilberto de Oliveira	Ezequias Bezerra da Rocha
Chael Charles Schreier	Félix Escobar Sobrinho
Cilon da Cunha Brun	Fernando Augusto Santa Cruz Oliveira
Ciro Flávio Salasar Oliveira	Fernando Augusto Valente da Fonseca
Cloves Dias Amorim	Fernando Borges de Paula Ferreira
Custódio Saraiva Neto	Fernando da Silva Lembo
Daniel José de Carvalho	Flávio Carvalho Molina
Daniel Ribeiro Callado	Francisco das Chagas Pereira
David Capistrano da Costa	Francisco Emanuel Penteado
David de Souza Meira	Francisco José de Oliveira
Dênis Casemiro	Francisco Manoel Chaves
Dermeval da Silva Pereira	Francisco Seiko Okama
Devanir José de Carvalho	Francisco Tenório Júnior
Dilermano Melo Nascimento	Frederico Eduardo Mayr
Dimas Antônio Casemiro	Gastone Lúcia Carvalho Beltrão
Dinaelza Soares Santana Coqueiro	Gelson Reicher
Dinalva Oliveira Teixeira	Geraldo Magela Torres Fernandes da Costa
Divino Ferreira de Souza	Gerosina Silva Pereira
Divo Fernandes de Oliveira	Gerson Theodoro de Oliveira
Djalma Carvalho Maranhão	Getúlio de Oliveira Cabral
Dorival Ferreira	Gilberto Olímpio Maria
Durvalino de Souza	Gildo Macedo Lacerda
Edgard Aquino Duarte	Grenaldo de Jesus da Silva
Edmur Péricles Camargo	Guido Leão
Edson Luis de Lima Souto	Guilherme Gomes Lund
Edson Neves Quaresma	Hamilton Fernando da Cunha
Edu Barreto Leite	Helber José Gomes Goulart
Eduardo Antônio da Fonseca	Hélcio Pereira Fortes

Helenira Rezende de Souza Nazareth	João Massena Melo
Heleny Telles Ferreira Guariba	João Mendes Araújo
Hélio Luiz Navarro de Magalhães	João Roberto Borges de Souza
Henrique Cintra Ferreira de Ornellas	Joaquim Alencar de Seixas
Higino João Pio	Joaquim Câmara Ferreira
Hiran de Lima Pereira	Joaquim Pires Cerveira
Hiroaki Torigoe	Joaquinzão
Honestino Monteiro Guimarães	Joel José de Carvalho
Iara Iavelberg	Joel Vasconcelos Santos
Idalísio Soares Aranha Filho	Joelson Crispim
Ieda Santos Delgado	Jonas José Albuquerque Barros
Íris Amaral	Jorge Alberto Basso
Ishiro Nagami	Jorge Aprígio de Paula
Ísis Dias de Oliveira	Jorge Leal Gonçalves Pereira
Ismael Silva de Jesus	Jorge Oscar Adur (Padre)
Israel Tavares Roque	José Bartolomeu Rodrigues de Souza
Issami Nakamura Okano	José Campos Barreto
Itair José Veloso	José Carlos Novaes da Mata Machado
Iuri Xavier Pereira	José de Oliveira
Ivan Mota Dias	José de Souza
Ivan Rocha Aguiar	José Ferreira de Almeida
Jaime Petit da Silva	José Gomes Teixeira
James Allen da Luz	José Guimarães
Jana Moroni Barroso	José Huberto Bronca
Jane Vanini	José Idésio Brianezi
Jarbas Pereira Marques	José Inocêncio Pereira
Jayme Amorim Miranda	José Júlio de Araújo
Jeová Assis Gomes	José Lavechia
João Alfredo Dias	José Lima Piauhy Dourado
João Antônio Abi-Eçab	José Manoel da Silva
João Barcellos Martins	José Maria Ferreira Araújo
João Batista Franco Drummond	José Maurílio Patrício
João Batista Rita	José Maximino de Andrade Netto
João Bosco Penido Burnier (Padre)	José Mendes de Sá Roriz
João Carlos Cavalcanti Reis	José Milton Barbosa
João Carlos Haas Sobrinho	José Montenegro de Lima
João Domingues da Silva	José Porfírio de Souza
João Gualberto Calatroni	José Raimundo da Costa
João Leonardo da Silva Rocha	José Roberto Arantes de Almeida
João Lucas Alves	José Roberto Spiegner

DESAPARECIDOS DURANTE O REGIME MILITAR

José Roman	Lyda Monteiro da Silva
José Sabino	Manoel Aleixo da Silva
José Silton Pinheiro	Manoel Fiel Filho
José Soares dos Santos	Manoel José Mendes Nunes de Abreu
José Toledo de Oliveira	Manoel Lisboa de Moura
José Wilson Lessa Sabag	Manoel Raimundo Soares
Juarez Guimarães de Brito	Manoel Rodrigues Ferreira
Juarez Rodrigues Coelho	Manuel Alves de Oliveira
Kleber Lemos da Silva	Manuel José Nurchis
Labib Elias Abduch	Márcio Beck Machado
Lauriberto José Reyes	Marco Antônio Brás de Carvalho
Líbero Giancarlo Castiglia	Marco Antônio da Silva Lima
Lígia Maria Salgado Nóbrega	Marco Antônio Dias Batista
Lincoln Bicalho Roque	Marcos José de Lima
Lincoln Cordeiro Oest	Marcos Nonato Fonseca
Lourdes Maria Wanderley Pontes	Margarida Maria Alves
Lourenço Camelo de Mesquita	Maria Ângela Ribeiro
Lourival de Moura Paulino	Maria Augusta Thomaz
Lúcia Maria de Souza	Maria Auxiliadora Lara Barcelos
Lucimar Brandão	Maria Célia Corrêa
Lúcio Petit da Silva	Maria Lúcia Petit da Silva
Luís Alberto Andrade de Sá e Benevides	Maria Regina Lobo Leite de Figueiredo
Luís Almeida Araújo	Maria Regina Marcondes Pinto
Luís Antônio Santa Bárbara	Mariano Joaquim da Silva
Luís Inácio Maranhão Filho	Marilena Villas Boas
Luís Paulo da Cruz Nunes	Mário Alves de Souza Vieira
Luiz Affonso Miranda da Costa Rodrigues	Mário de Souza Prata
Luiz Carlos Almeida	Maurício Grabois
Luiz Eduardo da Rocha Merlino	Maurício Guilherme da Silveira
Luiz Eurico Tejera Lisbôa	Merival Araújo
Luiz Fogaça Balboni	Miguel Pereira dos Santos
Luiz Gonzaga dos Santos	Milton Soares de Castro
Luíz Guilhardini	Míriam Lopes Verbena
Luiz Hirata	Neide Alves dos Santos
Luiz José da Cunha	Nelson de Souza Kohl
Luiz Renato do Lago Faria	Nelson José de Almeida
Luiz Renato Pires de Almeida	Nelson Lima Piauhy Dourado
Luiz Renê Silveira e Silva	Nestor Veras
Luiz Vieira	Newton Eduardo de Oliveira
Luíza Augusta Garlippe	Nilda Carvalho Cunha

Nilton Rosa da Silva (Bonito)	Rubens Beirodt Paiva
Norberto Armando Habeger	Rui Osvaldo Aguiar Pftzenreuter
Norberto Nehring	Ruy Carlos Vieira Berbert
Odijas Carvalho de Souza	Ruy Frazão Soares
Olavo Hansen	Santo Dias da Silva
Onofre Pinto	Sebastião Gomes da Silva
Orlando da Silva Rosa Bonfim Júnior	Sérgio Correia
Orlando Momento	Sérgio Landulfo Furtado
Ornalino Cândido da Silva	Severino Elias de Melo
Orocílio Martins Gonçalves	Severino Viana Colon
Oswaldo Orlando da Costa	Sidney Fix Marques dos Santos
Otávio Soares da Cunha	Silvano Soares dos Santos
Otoniel Campo Barreto	Soledad Barret Viedma
Pauline Reichstul	Sônia Maria Lopes de Moraes Angel Jones
Paulo César Botelho Massa	Stuart Edgar Angel Jones
Paulo Costa Ribeiro Bastos	Suely Yumiko Kanayama
Paulo de Tarso Celestino da Silva	Telma Regina Cordeiro Corrêa
Paulo Mendes Rodrigues	Therezinha Viana de Assis
Paulo Roberto Pereira Marques	Thomaz Antônio da Silva Meirelles Neto
Paulo Stuart Wright	Tito de Alencar Lima (Frei Tito)
Pedro Alexandrino de Oliveira Filho	Tobias Pereira Júnior
Pedro Carretel	Túlio Roberto Cardoso Quintiliano
Pedro Domiense de Oliveira	Uirassu de Assis Batista
Pedro Inácio de Araújo	Umberto Albuquerque Câmara Neto
Pedro Jerônimo de Souza	Valdir Sales Saboya
Pedro Ventura Felipe de Araújo Pomar	Vandick Reidner Pereira Coqueiro
Péricles Gusmão Régis	Victor Carlos Ramos
Raimundo Eduardo da Silva	Virgílio Gomes da Silva
Raimundo Ferreira Lima	Vítor Luíz Papandreu
Raimundo Gonçalves Figueiredo	Vitorino Alves Moitinho
Raimundo Nonato Paz	Vladimir Herzog
Ramires Maranhão do Vale	Walkíria Afonso Costa
Ranúsia Alves Rodrigues	Walter de Souza Ribeiro
Raul Amaro Nin Ferreira	Walter Kenneth Nelson Fleury
Reinaldo Silveira Pimenta	Walter Ribeiro Novaes
Roberto Cieto	Wânio José de Mattos
Roberto Macarini	Wilson Silva
Roberto Rascardo Rodrigues	Wilson Souza Pinheiro
Rodolfo de Carvalho Troiano	Wilton Ferreira
Ronaldo Mouth Queiroz	Yoshitane Fujimori
Rosalindo Souza	Zuleika Angel Jones

Recentemente, leis foram criadas para esclarecer os desaparecimentos e resgatar as reivindicações feitas pelas famílias dessas pessoas e dar uma resposta à sociedade que foi oprimida por esse tipo de regime. Um exemplo disso é a lei nº 9.140 de 04 de dezembro de 1995 que reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação em atividades políticas no período de 02 de setembro de 1961 à 15 de agosto de 1979.

Alguns casos foram até motivo de filme como o de Zuleika Angel Jones (Zuzu Angel) mãe do militante político Stuart Angel Jones e da jornalista Hildegard Angel. Zuzu teve seu filho torturado e assassinado pela ditadura militar. Na virada dos anos 60 para os anos 70, Stuart Jones, filho de Zuzu e então estudante de economia, passou a integrar as organizações clandestinas que combatiam a ditadura militar.

A partir daí, a apolítica Zuzu entraria em uma guerra contra o regime pela recuperação do corpo de seu filho, envolvendo até os Estados Unidos, país de seu ex-marido e pai de Stuart. A busca de Zuzu pelas explicações, pelos culpados e pelo corpo do filho só terminou com sua morte, ocorrida na madrugada de 14 de abril de 1976, num acidente de carro na Estrada da Gávea. Uma semana antes do acidente, Zuzu deixara na casa de Chico Buarque de Hollanda um documento que deveria ser publicado caso algo lhe acontecesse, em que escreveu: “Se eu aparecer morta, por acidente ou outro meio, terá sido obra dos assassinos do meu amado filho”. Depois de sua morte, Zuzu foi homenageada em livros, música e filme. O mesmo Chico Buarque compôs, sobre melodia de Miltoninho, a música Angélica, em 1977, em homenagem à estilista.

É mister ressaltar a criação da comissão nacional da verdade, instituída pela lei nº 12.528 de 18 de novembro de 2011, que já vem trazendo muitos esclarecimentos sobre esses fatos obscuros, como o desaparecimento do deputado federal Rubens Paiva que foi assassinado nas instalações cariocas do Destacamento de Operações e Informações e Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-Codi), órgão de repressão do Exército brasileiro durante a ditadura. De acordo com a Rede Brasil Atual, o que já era uma certeza para amigos e familiares, e uma

mentira para militares ligado ao regime, agora é conclusão de um estudo divulgado em 4 de fevereiro de 2012 pela Comissão Nacional da Verdade (CNV).

A conclusão está baseada no Informe n° 70, redigido em 25 de janeiro de 1971 pela Agência do Rio de Janeiro do Serviço Nacional de Inteligência (SNI) – uma das peças encontradas por Fonteles. O documento é o mesmo que o jornalista Jason Tércio, biógrafo de Rubens Paiva, após pesquisas pessoais, cedeu ao jornal Folha de São Paulo.

O Informe 70 relata a história da prisão de Rubens Paiva, levada a cabo por agentes do Centro de Informações de Segurança da Aeronáutica (CISA) em 20 de janeiro de 1971. A narrativa já era conhecida graças ao testemunho de amigos e familiares, além de pessoas que estiveram nas celas do DOI-Codi com Rubens Paiva. Faltava, porém, um documento que a legitimasse perante os militares, que desde então sustentam a versão de que o ex-deputado fugiu após tiroteio com “terroristas” que tentaram resgatá-lo quando era conduzido numa missão de reconhecimento.

Há menção explícita no documento de que o ex-deputado foi levado à sede carioca do DOI-Codi. “Rubens Beyrodt Paiva foi localizado, detido e levado para o QG da 3ª Zona Aérea e de lá conduzido juntamente com Cecília e Marilene para o DOI.” Cecília Viveiros de Castro e Marilene Corona foram os “rastros” que levaram os militares até Rubens Paiva. Mãe e cunhada de Luiz Rodolfo Viveiros de Castro, que então se encontrava exilado no Chile, Cecília e Marilene voltavam de Santiago num voo da extinta Varig quando foram interceptadas pela repressão. Os serviços de inteligência haviam recebido a informação de que ambas traziam consigo cartas de alguns militantes exilados no Chile – história que já era conhecida, mas que agora passa a ser confirmada também pelo Informe n° 70 do SNI. Os agentes do CISA prenderam as mulheres, as levaram para o quartel e lá descobriram que as cartas seriam entregues a Rubens Paiva, que depois se encarregaria de distribuí-las a seus destinatários. Pelo número de telefone do ex-deputado, em posse de Cecília, os repressores chegaram até seu endereço e o capturaram na manhã do dia 20. O documento

conta sucintamente, passo a passo, como os militares chegaram a Rubens Paiva a partir da informação sobre as cartas vindas do Chile, diz a Rede Brasil Atual.

Ainda segundo a Rede, além de abordar o Informe n° 70 do SNI, Cláudio Fonteles contrapõe ainda depoimentos já conhecidos de Cecília Viveiros de Castro, que afirma ter visto Rubens Paiva ferido e ensanguentado nas instalações do DOI-Codi, e do médico Amílcar Lobo, que examinou o ex-deputado depois das sessões de tortura, atestando que tinha “poucas horas de vida” devido a uma hemorragia abdominal. O coordenador da CNV também resgatou o depoimento de dois militares, os irmãos e sargentos Jurandir e Jacy Ochsendorf, que teriam participado do comboio que “perdeu” Rubens Paiva para os “terroristas”, além do chefe do operativo, capitão Raimundo Ronaldo Campos. Para Cláudio Fonteles, seus depoimentos são contraditórios.

Enquanto o então capitão Raimundo Ronaldo Campos, que ‘comandava a diligência’, afirma que ‘todos se jogaram no chão para proteção do ataque, logo a seguir se postaram para revidar ao ataque, momento em que viram uma pessoa atravessar a rua em meio a outro carro’, os outros dois comandados, os sargentos e irmãos Jurandir e Jacy Ochsendorf, textualmente registram: ‘que o declarante não pode afirmar ter visto o prisioneiro se evadir do local’ e ‘que o declarante não sabe informar qual o destino tomado pela pessoa que o acompanhava no banco de trás do carro, tanto assim que nem chegou a ver a citada pessoa sair do carro’.

As novas revelações confirmam que Rubens Paiva esteve na sede do DOI-Codi e reforçam a tese de que foi torturado e assassinado ali mesmo. Contudo, permanece um mistério: o que foi feito de seu cadáver? Há suspeitas de que o ex-deputado foi enterrado como indigente no cemitério do Caju ou nas proximidades de uma delegacia no Alto da Boa vista, zona norte do Rio de Janeiro. Também se aventa a possibilidade de que o corpo de Rubens Paiva tenha sido lançado ao mar num “voo da morte” empreendido pela Aeronáutica.

2 Bibliografia

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 4ª ed.* Rio de Janeiro: Revan, 1999.

CARVALHO, Salo. *Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Inatividade no Processo Penal Brasileiro.* São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral. 2ª ed.* São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Legislação Penal Especial. 9ª ed.* São Paulo: Saraiva, 2012.

ISOLDI FILHO, Carlos Alberto da Silveira. *Causas de Exclusão de Tipicidade.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I e II.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MAIA NETO, Cândido Furtado. *Erro Judiciário, Prisão Ilegal e Direitos Humanos: Indenização às Vítimas de Abuso de Poder à luz do Garantismo Jurídico-Penal.* Vol. 7, nº 1. Toledo-PR: Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR, 2004.

_____. *Direito Constitucional Penal do Mercosul.* Curitiba: Juruá, 2005.

_____. *Direitos Humanos Individuais Fundamentais no Processo Penal Democrático: Blindagem das garantias constitucionais ou vítimas do crime de Abuso de Poder.* Curitiba: Revista Jurídica da UNISEP – Faculdade de Direito da União de Ensino do Sudoeste do Paraná, 2005.

_____. *Revista de Estudos Criminais.* nº 21, Ano VI. Porto Alegre: PUC/ITEC, 2006.

_____. *Direito Penal e Processual Penal.* Vol.7, nº 37. São Paulo: Revista IOB, 2006.

- _____. *Notáveis do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A Vítima e o Direito Penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.
- PAULA, Gil César Costa de. *Teses & Dissertações: fundamentos e métodos no direito*. Goiânia: Vieira, 2013.
- ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: renovar, 2000.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 1. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

A NATUREZA JURÍDICA DO ICMS – UMA INCÓGNITA

Célia Gascho Cassuli

Recente decisão do STF, ao reconhecer a possibilidade de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, embora tomada sem repercussão geral e com votos de Ministros que já não compõem os quadros da Corte, propiciou um sentimento de vitória aos contribuintes que passam a vislumbrar a possibilidade de uma economia tributária bastante considerável. Contudo, em sendo consolidado o entendimento nos demais julgamentos, a par das vantagens virão também as inconveniências e prejuízos até aqui não considerados: em sendo reconhecida a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições se estará reconhecendo que o imposto tem natureza jurídica idêntica ao do IPI, ou seja, é imposto de terceiro e como tal, repercute juridicamente e seu não recolhimento caracteriza uma apropriação indébita. Neste estudo se pretende avaliar as possibilidades de firmar uma nova natureza jurídica ao ICMS e as consequências desse reconhecimento.

1 Considerações iniciais

O ICMS, longa e minuciosamente previsto na Constituição Federal, em seu art. 155, § 2º e sua dúzia de incisos e mais inúmeras letras, ao determinar sua não cumulatividade (*compensando-se o que for devido em cada operação [...] com o montante cobrado nas anteriores*) aparentemente foi previsto como um imposto próprio, cujos créditos compensáveis são créditos financeiros e meramente escriturais.

Para justificar inúmeros direitos e restrições acerca desses créditos, já se lhes nomeou toda a sorte de predicados: crédito próprio, de tercei-

ro, financeiro, físico, real, tributário, escritural, não restituível, repercutivo, condicionado, etc. e etc., de forma que cada um desses adjetivos viesse justificar uma restituição/repetição, uma presunção, um direito à correção monetária; e a isso se soma a consideração de que tais créditos ficam condicionados a saber se o ICMS se trata de um **imposto direto** ou um **imposto indireto**, e ainda, na possibilidade de compor ou não a base de cálculo de outros tributos, como é o caso do PIS e da Cofins.

Entende-se então necessário, ainda que superficialmente, conceituar algumas dessas “características” que efetivamente podem influenciar no resultado deste estudo, assim como se torna conveniente entender a diferença entre **imposto direto** e **imposto indireto**¹, que será explicitada quando falarmos de **imposto próprio** ou **imposto de terceiro**, esclarecendo-se desde logo, não ser correto tomá-los como sinônimos das locuções **contribuinte de direito** e **contribuinte de fato**, atribuições meramente econômicas e não tributárias.

Primeiramente pensemos em **crédito escritural**. Por ele tomaremos os créditos que são passíveis de escrituração contábil, gerando direito ao abatimento de seu montante na apuração do mesmo tributo quando da operação subsequente². Em paralelo a ele (o escritural) vamos considerar também a existência do **crédito financeiro**³, o qual corresponde ao valor do ICMS incidente em todas as operações de entrada no estabelecimento do contribuinte.

Ao contrário do crédito financeiro, precisamos também conceituar o **crédito físico**, o qual pode ser atribuído exclusivamente àquelas entradas de mercadorias e serviços que serão empregados no processo de industrialização ou comercialização dos bens e serviços. E sobre este já será necessário mais algumas ponderações. Passemos então ao exame.

¹ Imposto direto é aquele que recai direta e imediatamente sobre o contribuinte que praticou o fato gerador tributário; o imposto indireto, por sua vez, tem caráter impessoal e seu efeito econômico não é sentido pelo que recolhe o tributo, mas sim pelo que suporta a consequência econômica. Via de regra, são os impostos que oneram a cadeia produtiva e de circulação.

² Assim classificado para diferenciar no processo de industrialização e comercialização o crédito fiscal que acompanha os insumos empregados no processo, do crédito econômico oriundo de qualquer entrada e que, indistintamente concederia crédito na etapa seguinte.

³ Regime de concessão de crédito utilizado pela União Europeia para o IVA (Imposto sobre o Valor Agregado), similar ao nosso ICMS.

2 Tipologia do imposto e dos créditos

Considerando as consequências que podem advir de um tratamento conceitual equivocado, se procura reunir os signos mais comumente utilizados, quando se trata de ICMS para que, ao final, se possa concluir, ainda que de forma precária, as consequências da caracterização.

2.1 Crédito físico x crédito financeiro

A rigor, os créditos oriundos das entradas de insumos, produtos, serviços, embalagens, assim como bens de consumo e produção (ativo imobilizado) são créditos de natureza financeira e de fundo econômico. Os deveres e obrigações que geram, de parte a parte, são exigíveis e representam “moeda” que se abate do montante devido pelo mesmo tributo. Ou pelo menos, assim deveria ser.

Dizer-se que o crédito de ICMS oriundo das entradas é um crédito “físico” é histórico. O Decreto-Lei 406/68, que por anos regulou o ICM, na interpretação que se pode fazer do § 1º de seu art. 3º⁴ é que, efetivamente, se tratava de um crédito dessa ordem, pois que correspondia somente às **mercadorias** entradas no estabelecimento industrial ou comercial, utilizável para abater o montante do mesmo imposto incidente sobre as mercadorias por ocasião de sua saída. Na indústria seriam, portanto, as mercadorias utilizadas como matéria prima, produtos intermediários ou material de embalagem e no comércio, os que fossem revendidos diretamente ou compusessem uma nova mercadoria vendida.

O art. 155, § 2º, inciso I da Carta Constitucional que, ao ICM acresceu o “S”, não fez qualquer menção à “categoria” dos créditos, apenas informou que a compensação se daria “por operação”. Quando no art. 34, § 8º da ADCT permitiu a regulação do agora ICMS fosse

⁴ § 1º A lei estadual disporá de forma que o montante devido resulte da diferença a maior, em determinado período, entre o imposto referente às mercadorias saídas do estabelecimento e o pago relativamente às mercadorias nele entradas. O saldo verificado em determinado período a favor do contribuinte transfere-se para o período ou períodos seguintes.

realizada pelo Confaz, também não impôs qualquer limitação ou exigência, deixando ao livre alvitre dos Secretários dos Estados a tarefa que estes desempenharam da forma que melhor lhes convinha.

Ficou disposto no Convênio Confaz 66/88, que “provisoriamente” cuidou do ICMS até o advento da LC 87/96 (8 anos!) de só conceder crédito relativo às entradas de mercadorias consumidas no processo produtivo ou prestação do serviço, com exclusão expressa dos que fossem destinados ao consumo próprio ou ativo imobilizado, muito ao modelo do que fazia a Lei 4.502/64 para o IPI. Em decorrência dessa exigência, de que estivesse fisicamente ligado às mercadorias ou serviços, é que se denominou “crédito físico”.

Muitos autores como Aires Barreto, Geraldo Ataliba, Cléber Giardino, Alcides Jorge Costa, jamais admitiram tal restrição feita pelo Convênio 66/96, pois que a Constituição, pela falta de limitações expressas, teria instituído ao ICMS uma não-cumulatividade absoluta, na qual o crédito se originaria em todas as operações de entrada, independentemente de sua origem ou destino. Exatamente por isso tais créditos seriam de natureza financeira.

Esse entendimento não frutificou, por força dos próprios Tribunais que, aceitando os argumentos fazendários, acabaram por reconhecer que o crédito financeiro de ICMS nasceu por força da LC 87/96, como adiante de verá. Tanto é verdade que o STF consolidou há tempos o entendimento de que os créditos financeiros do ICMS efetivamente existem, mas não foram previstos pela Carta Constitucional de 1988, como se pode conferir pela decisão abaixo transcrita:

Tributário. ICMS. Artigo 155, parágrafo 2º, I e II, da Constituição Federal. Abatimento do valor cobrado nas operações anteriores. Não-cumulatividade do imposto. Inexiste violação ao princípio da não-cumulatividade do ICMS à proibição de compensação dos valores pagos pela entrada de bens e mercadorias para consumo ou integração ao ativo fixo, uma vez que eles não se destinam, em princípio, a sair. A Constituição de 1988, por si só, em relação ao ICMS, não adotou o critério dos ‘créditos financeiros’, que, em suma, propiciaria ao contribuinte uma compensação de valores

pagos com todas as operações anteriores, independente da finalidade da aquisição. Legitimidade da norma insculpida no Convênio ICMS nº 66/88... (AG-365.935/RJ. Rel. Min. Carlos Velloso, DJ, 26/02/2002, Julgado em 09/10/2001).

Contudo, de uma interpretação meramente gramatical exsurge do texto constitucional (art. 155, § 2º, I) a existência de créditos para compensação **por operação**. E ainda que as **restrições ao uso de créditos** ficaram **expressas** ao que determinou o inciso II do mesmo parágrafo e artigo, relativamente às isenções e não incidências. Sistemáticamente então se pode afirmar que, houvesse o legislador constituinte a intenção de impor outras restrições quanto a origem ou destino dos créditos, o teria feito expressamente. Seriam assim, os créditos de ICMS pelas entradas, reconhecidos como créditos financeiros pela própria Carta Constitucional. Contudo, este entendimento não é unanimidade, como já visto.

A corrente hoje preponderante defende que apenas e tão somente, quando finalmente o Congresso Nacional dignou-se a dispor sobre o ICMS, através da Lei Complementar 87/96, reconheceu aos créditos a natureza financeira, como **consequência de um benefício fiscal**. E vale observar que o fez de uma forma bastante interessante: previu de forma expressa, o direito do contribuinte, em seu art. 20⁵, a creditar-se dos créditos das entradas de mercadorias destinadas ao uso e consumo e ativo imobilizado. Teria assim instituído para o ICMS o crédito financeiro, como um Benefício Fiscal, segundo defendem vários estudiosos, entre os quais, Hugo de Brito Machado. Contudo, atendendo aos interesses dos Estados Membros, até hoje esse direito não pode ser plenamente exercido, em razão das postergações de vigência e da liberação do uso de créditos de forma parcelada⁶.

⁵ Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

⁶ Quanto aos produtos destinados a uso e consumo, o prazo de início da vigência atualmente está fixado pela LC 138/2010, para 2020 e os créditos relativos a bens do ao ativo fixo, são admitidos à razão de 1/48 por mês.

De uma forma ou outra, **se reconhece que os créditos das entradas têm natureza financeira**, o que vem sendo corroborado pelos Tribunais, conforme decisão do próprio STF:

[...] ICMS. NÃO CUMULATIVIDADE. TÉCNICAS DO CRÉDITO FÍSICO E DO CRÉDITO FINANCEIRO. BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO, USO OU CONSUMO [...] 1. A aplicação de sistema que use conceito próximo ao de **crédito financeiro depende de previsão Constitucional ou legal expressa** e, portanto, **não pode ser inferido diretamente do texto constitucional** para toda e qualquer hipótese de creditamento calcado na não-cumulatividade. 2. A controvérsia se resume à má interpretação de lei federal em favor de lei estadual incompatível com o regramento de normas gerais relativas ao ICMS. Parâmetro de controle direto amparado na LC 87/1996, cujo modelo de crédito financeiro não poderia ser aplicado no que se refere aos bens destinados ao ativo fixo, ao uso e ao consumo [...]. (AI 493183 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 31/08/2010, DJe-190 de 08-10-2010)

Contudo, em 22/11/2012, ao reconhecer a Repercussão Geral no RE 662.976, o Rel. Min. Luiz Fux assim ementou a decisão:

Recurso extraordinário. Tributário. ICMS. Aquisição de bem do ativo fixo. Creditamento. Operação de saída. Exportação. Imunidade. Aproveitamento dos créditos das operações anteriores. Princípio da não-cumulatividade. **Critério material ou financeiro**. Inteligência do art. 155, § 2º, X, a, CF/88, artigo 33 da Lei Complementar 87/96. Existência de Repercussão Geral.

Assim, embora os inúmeros julgados reconhecendo o crédito de ICMS como **financeiro**, a contar da LC 87/96, ao que parece o Supremo tende a voltar a analisar a questão. Portanto, não é possível considerar matéria completamente pacificada. Ou seja, discutir-se-á, novamente, a **natureza jurídica do crédito do ICMS** – se físico ou financeiro –, um exercício que se tenta fazer neste estudo, considerando as possíveis consequências de tal reconhecimento.

2.2 Imposto próprio e/ou imposto de terceiro

O estudo ainda exige que se pré-estabeleça a distinção entre o **imposto próprio** e **imposto de terceiro**. Tal categorização está ligada umbilicalmente à repercussão tributária e ao direito de repetir indébitos. O **imposto próprio** é aquele que compõe o próprio custo da mercadoria ou serviço prestado pelo contribuinte. E nessa categoria não estão apenas impostos, mas a maioria dos tributos, como as contribuições e as taxas.

Já o chamado **imposto de terceiro** está imbricado com a responsabilidade tributária. Via de regra, o tributo a ser suportado pelo contribuinte Alfa é arrecadado e recolhido aos cofres públicos pelo contribuinte Beta. O exemplar mais evidente desta categoria é o IPI, instituído como ônus incidente, a princípio, sobre a industrialização de produtos, cujo real contribuinte não é o industrial, mas sim o adquirente do produto industrializado. Nessa categoria também se inserem os tributos recolhidos por substituição tributária, os impostos retido na fonte e outros com a mesma característica: a obrigação tributária de um é transferida, por lei, para outro contribuinte. Especificamente no caso do IPI, seu cálculo é realizado “por fora”⁷, diferentemente do ICMS que, por determinação da própria sistemática legalmente atribuída e ratificada como legítima pelos tribunais, é calculado “por dentro”, compondo assim o preço da mercadoria.

Vale observar aqui a inadequação de se utilizar os signos **imposto direto** e **imposto indireto** como sinônimos do **imposto próprio** ou **imposto de terceiro**, respectivamente, uma vez que o fato de a incidência ser direta ou indireta, não diz com a natureza jurídica da exação, pois retrata apenas um efeito econômico. Calham aqui as palavras de Cristiano Candido (2014)

Não basta que a transferência do encargo seja meramente matemática. Na linha de entendimento do STJ, a identificação dos tributos que não comportam transferência econômica é feita por meio dos

⁷ Calculado após o fechamento do preço do produto.

critérios normativos e não em razões de ciência econômica. A transferência a que se refere o CTN é a transferência jurídica do encargo financeiro, não apenas econômica.

Ainda sobre o imposto de terceiro, é oportuno lembrar que, como consequência dessas características, remansosa jurisprudência estabelece a necessidade de cumprimento do art. 166 do CTN⁸, para possibilitar a restituição em caso de pagamento indevido. E o tributo que ostenta essa classificação, em nenhum momento representa ganho ou custo para seu contribuinte, pois não faz parte das receitas do estabelecimento, em razão do que fica excluído da base de cálculo de outros tributos. Exemplo está nas contribuições sociais ao PIS e a Cofins, de cuja base de cálculo o IPI foi textualmente excluído⁹. E mais: seu não recolhimento aos cofres estatais configura o crime de apropriação indébita prevista no art. 2º, inciso II, da Lei Complementar 8.137/90.

É preciso então rememorar que, ao tempo em que foram erigidas as Súmulas 68¹⁰ e 94¹¹ pelo STJ, este, ao proceder aos julgamentos, justificava a inclusão do ICMS nas bases de cálculo das contribuições por se tratar de um **imposto próprio**, que compunha o custo das mercadorias, diferentemente do IPI que, este sim, era imposto de terceiro e, como tal, não compunha a base de cálculo do PIS e da Cofins.

Assim, a contribuição social da empresa, calculada com base no seu faturamento, nos termos da citada Lei Complementar nº 7/70, é calculada sobre o total das vendas, de sua receita bruta, composta também do ICM. (REsp. 16.841/DF. Relator Min. Garcia Vieira. Julgado em 17/02/1992)

⁸ A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro, somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-lo.

⁹ Art. 3º., § 2º., inciso I, da Lei 9.718/98: Para fins de terminação da base de cálculo das contribuições... excluem-se da receita bruta: i – as vendas canceladas... o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI...

¹⁰ A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS.

¹¹ A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL.

E tal posicionamento vinha se mantendo, embora o julgamento do RE 240.785-2 MG iniciado em agosto de 2006, já viesse dando mostras de uma possível mudança de posicionamento em relação ao que entendia o STJ. No CARE, inclusive, onde o assunto também foi abordado, no julgamento do Processo nº 13851.001210/2006-40, em janeiro de 2014, o Conselheiro Fernando Luiz da Gama Lobo D’Eça, mantendo o posicionamento do STJ pontuou:

[...] em relação à inclusão do ICMS da base de cálculo da CO-FINS, pois como acertadamente ressaltou a r. decisão recorrida, ao contrário do que ocorre com o IPI, o ICMS, por expressa disposição do art. 13 da LC nº 87/96, integra o preço da mercadoria faturado que é apurado “por dentro”, não havendo previsão legal para a exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição para o PIS contrariamente ao que ocorre no caso do IPI (art. 3º da Lei nº 9.715/98). Nesse sentido anoto que a matéria já se pacificou, no âmbito do STJ [...].

Para fundamentar seu voto o Relator citou inúmeros julgados do STJ que estariam dando sustentação ao entendimento adotado¹². Dizia ainda o Conselheiro Lobo D’Eça:

Finalmente releva notar que no caso excogitado (pretensão de exclusão de base de cálculo não prevista em lei), a Suprema Corte tem reiterado que, tal como ocorre com as autoridades administrativas, mesmo “os magistrados e Tribunais – que não dispõem de função legislativa – não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, o benefício da exclusão do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios pessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem da isenção. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição

¹² Citava como precedentes jurisprudenciais do STJ: Ag 666548/RJ, desta relatoria, DJ de 14.12.2005; RESP 496.969/RS, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 14/03/2005; RESP 668.571/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/12/2004 e RESP 572.805/SC, Relator Ministro José Delgado, DJ de 10/05/2004.

institucional esta que lhe é recusada pela própria Lei Fundamental do Estado. Em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só atua como legislador negativo (RTJ 146/461, Rel. Min. Celso de Mello).

Vale lembrar o que dizia na época em que se firmou a Súmula 258¹³ (correspondente a Súmula 68 do STJ anteriormente citada) que reconheceu a legitimidade da inclusão do ICM na base do PIS, o Min. Eduardo Ribeiro, ao tempo do extinto Tribunal Federal de Recursos, no REO 106.632/SP¹⁴:

Afirma-se que o ICM não é receita do comerciante que apenas o recolhe para transferi-lo à Fazenda. Parece-me, com a devida vênia, haver aí um desvio de enfoque que há de ser corrigido. **Contribuinte do imposto, vale repetir, é o comerciante e não o adquirente do bem.** Trata-se de despesa que, como muitas outras, onera a sua atividade e da qual haverá de compensar no próprio exercício dela. Por isso mesmo, será computado na formação do preço. E o que é pago pelos compradores, para ressarcir custos e propiciar lucros, constituirá o faturamento da empresa [...]. Por fim, em mais de um voto, encontra-se menção ao fato de que **o ICM, ao contrário do IPI, faria parte do preço da mercadoria.** (Grifou-se).

Nesse contexto aparecem as expressões **contribuinte de fato** e **contribuinte de direito**. O primeiro é o nome que se dá ao que efetivamente suporta o ônus tributário (via de regra, o consumidor final) e o segundo, àquele que faz o recolhimento do tributo. **Contudo, essa categorização não é jurídica, tão somente econômica.** A rigor, todos os tributos, como todas as demais despesas e custos, e até mesmo os lucros que estão ligados às mercadorias e serviços, são suportadas pelo contribuinte de fato. Afinal, não se cogita a possibilidade do contribuinte, aquele que pratica o fato gerador tributário, efetivamente suportar qualquer ônus, pois disso decorreria, invariavelmente, sua falência.

¹³ Inclui-se na base de cálculo do PIS a parcela relativa ao ICM.

¹⁴ Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/66452761/trf-3-judicial-i-interior-19-02-2014-pg-689>>. Acesso em: 27 nov. 2014.

E a doutrina ou decisão judicial, eventualmente utilizam tais expressões com conotação jurídica, e não com sentido meramente econômico como seria acertado, o fazem como se fossem sinônimos das reais figuras envolvidas na obrigação tributária, sendo tomado o “contribuinte de fato” como sendo aquele terceiro a quem é repassado o ônus tributário, e o contribuinte de direito o que efetivamente paga o imposto próprio. Assevera-se: é inadequada a titulação, pois seu efeito é puramente econômico.

Corroborando tal assertiva, afirmava o Min. Carlos Velloso, em voto proferido no RE 191.346-1/RS: [...] *contribuinte do ICMS é o vendedor, não obstante tratar-se de um imposto que repercute e acaba sendo pago pelo comprador. **Todavia, esse é um fato econômico, que o Supremo Tribunal Federal entende que não tem relevância na relação jurídica contribuinte-fisco.***

Juridicamente só existe um contribuinte: ou estará recolhendo imposto próprio ou imposto de terceiro. Tanto isso é verdadeiro que eventual restituição somente está permitida e assegurada ao contribuinte que efetuou o pagamento, tenha sido em nome próprio ou de terceiro. O que o CTN exige em seu art. 166 é que, no caso de ter sido em nome de terceiro, que deste ele obtenha uma autorização, pois que, possivelmente, esse terceiro terá feito uso do crédito correspondente. E recolher **imposto de terceiro** significa a existência de lei que assim o determine. A responsabilidade tributária não ocorre **de fato**, mas **de direito**. Ou seja, a assunção da obrigação tributária só tem importância jurídica quando estabelecida em lei.

E, em se tratando de ICMS é o que ocorre na substituição tributária para frente, quando a lei determina que o imposto das etapas posteriores da circulação de mercadorias deve ser recolhido antecipadamente pelo substituto tributário. O substituído é o verdadeiro contribuinte e o repasse do ônus a ele não é apenas econômico, mas jurídico.

E nesse contexto, em que se procura estabelecer o papel do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, até mesmo a natureza jurídica dos créditos do ICMS deve voltar a ser discutida, para, diante da Repercussão Geral reconhecida no RE 662.976, ser aplicada agora

a teoria que era defendida por Geraldo Ataliba (1991, p.90-104) nas décadas de 80 e 90, ou seja, há mais de 20 anos:

É a Constituição, meus senhores, que dá a mim, cidadão que pratico operações mercantis, no Brasil, o direito de me creditar do ICM relativo às operações anteriores; não é lei nenhuma. Não é a lei complementar que dá; não é a lei ordinária do Estado, muito menos; não é a doutrina; é a Constituição. Este é um direito constitucional, é um direito dado pela Constituição, é um direito público subjetivo constitucional, de quem pratica operações mercantis. Portanto, a lei não pode diminuir, reduzir, retardar, anular, ignorar um direito que a Constituição deu.

Dessa forma, para que se possa avançar na análise a que este artigo se propõe, deve-se ignorar as nomenclaturas econômicas, mantendo o foco nas figuras jurídicas envolvidas na questão.

3 A decisão do STF no RE 240.785-2

Como dito, quando o STJ, há anos, decidiu por manter o ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, o fez por entender que se tratava o ICMS de um imposto próprio, ou seja, cujo contribuinte era o próprio comerciante, aquele que procedia a “circulação” das mercadorias.

No recente julgamento mencionado (RE 240.785-2 MG), cujo acórdão ainda pende de publicação, o Relator Min. Marco Aurélio, em seu voto¹⁵ (sujeito a revisão), faz uma análise da base de incidência prevista pela Constituição Federal, em sua redação original vigente à época em que se produziram as modificações relativas às incidências das contribuições ao PIS e à Cofins (Lei 9.718/98), qual seja, o faturamento¹⁶.

¹⁵ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=240785&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 27 nov. 2014.

¹⁶ Disposições ainda aplicáveis aos contribuintes que apuram as contribuições ao PIS e à Cofins pelo regime cumulativo.

Consta textualmente do voto do Ministro:

O conceito de faturamento diz com riqueza própria, quantia que tem ingresso nos cofres de quem procede à venda de mercadorias ou à prestação de serviços [...] Descabe assentar que os contribuintes da Cofins faturam, em si, o ICMS. O valor deste revela, isto sim, um desembolso a beneficiar a entidade de direito público que tem a competência de cobrá-lo.

Seguindo nesse raciocínio, ataca o Ministro a decisão proferida na Corte de origem, pois que segundo suas próprias palavras, teria partido de *premissa errônea*, pois que daquela maneira, **a incidência das contribuições à Cofins não estariam incidindo sobre faturamento, mas sobre outro tributo já agora da competência de unidade da Federação**. Argumenta o Ministro que **o ICMS é um ônus do contribuinte**, não podendo assim servir de base de incidência da Cofins, *pois não revela medida de riqueza* conforme dispunha a letra constitucional, qual seja, faturamento.

Mais adiante diz ainda o Ministro Marco Aurélio: [...] *entender a expressão “faturamento” envolve, em si, ônus fiscal, como é o relativo ao ICMS [...] valor que não passa a integrar o patrimônio do alienante que de mercadoria quer de serviço [...] Se alguém fatura ICMS, esse alguém é o Estado e não o vendedor da mercadoria.* (Grifou-se)

Tal conclusão deixa transparecer com certa clareza o entendimento de que está se atribuindo ao ICMS a mesma característica do IPI, ou seja, **não se trata de um imposto próprio**, como havia consolidado o STJ com as mencionadas Súmulas.

Pois muito bem! Sendo assim, poder-se-ia afirmar que o ICMS é um imposto de terceiro, a exemplo do IPI? E, em assim sendo, sua repercussão então seria jurídica, não apenas econômica?

4 ICMS como imposto repercutivo

É preciso analisar uma situação aparentemente contraditória nessa seara, pois quando o STJ sumulou a inclusão do ICMS na base

de cálculo das contribuições, o fez por tratar-se de um imposto próprio, ou seja, um tributo cuja repercussão seria apenas econômica, e não jurídica.

Convém lembrar que **exceção existe**, mas quando se trata de **ICMS recolhido por substituição tributária**, como já mencionado e tão em voga atualmente, onde e quando a repercussão do imposto é jurídica, pois que, efetivamente, obrigação de terceiro. Então sim, se aplica o que dispõe a Ementa do REsp 1250232, relatado pelo Min. Herman Benjamin e publicado no DJe de 26.06.13:

[...] ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ART. 166 DO CTN. APLICABILIDADE. 1. Hipótese em que o Tribunal de origem reconheceu que a legislação local admitia a restituição de ICMS em caso de operação a menor, na sistemática da substituição tributária para frente, à época dos fatos. Ocorre que não se comprovou que os impetrantes hajam assumido o ônus econômico ou que tenham autorização de quem sofreu o impacto do indébito, o que impede a repetição, nos termos do art. 166 do CTN. [...]

3. A mais recente jurisprudência do STJ, consolidada em ambas as Turmas da Primeira Seção, **reconhece a aplicabilidade do art. 166 do CTN nos casos de substituição tributária para frente.** (Grifou-se)

Nessa mesma Ementa o Ministro Relator faz uma constatação que justificaria rever a sistemática determinada pelo art. 166 do CTN. Diz o Ministro:

[...] 6. Na verdade, a dificuldade, praticamente impossibilidade, de se comprovar quem assumiu o encargo econômico do tributo indireto ocorre em qualquer sistemática, de substituição tributária ou não. Inquestionável é a opção legislativa de impor ao contribuinte de direito esse ônus probatório, nos estritos termos do art. 166 do CTN. (Grifou-se).

Sendo impossível a tarefa, então porque admitir a possibilidade de uma restituição? Verdadeira fraude legislativa.

Mas não é desse ICMS, da substituição tributária, que aqui se fala. Trata-se do ICMS convencional, aquele que se encontra constitucionalizado pelo art. 155, II, § 2º. da Carta Constitucional de 1988.

E neste ICMS reconhecido pelo STJ como um imposto próprio, não se justificam, ou melhor dizendo, são contraditórias, as inúmeras decisões do mesmo Tribunal, afirmando a necessidade de cumprimento do art. 166 do CTN, nos casos de restituição ou compensação de imposto recolhido indevidamente, como exemplifica o AgRg no AREsp 412277, cuja Ementa do Acórdão relatado pelo Min. Humberto Martins, da Segunda Turma, e publicado no DJe 02/12/2013 contém:

[...] 5. “A jurisprudência desta Corte é no sentido de que os tributos ditos indiretos, dentre eles o ICMS, sujeitam-se, em caso de restituição, compensação ou creditamento, à demonstração dos pressupostos estabelecidos no artigo 166 do CTN, o que não ocorreu na espécie, segundo conclusão obtida pelo Tribunal *a quo*.”

A conclusão lógica não acompanha tal posicionamento. O imposto próprio, ainda que indireto, ou seja, cuja repercussão é apenas econômica, não poderia gerar a obrigação ao cumprimento do art. 166 do CTN. Somente o tributo de terceiro, como é o IPI, ou mesmo o ICMS quando recolhido por substituição tributária, é que pode gerar tal obrigação. Se assim não fosse, todos os demais tributos como, por exemplo, as contribuições sociais que são “próprias” e “indiretas” (pois economicamente suportados pelo adquirente da mercadoria, bem ou serviço), também necessitariam cumprir tal exigência. Mas nem se cogita tal absurdo!

Em se reconhecendo, como recentemente fez o Supremo Tribunal Federal, tratar-se o ICMS de um imposto de terceiro, tanto que foi excluído da base de cálculo das contribuições, então passaria a ser obrigatória a comprovação da assunção do ônus ou de autorização daquele que suportou o ônus tributário.

No momento em que o STF admite que o ICMS não compõe o faturamento do contribuinte, pois se trata de “faturamento do Estado”,

nas palavras do próprio Ministro, fica difícil se admitir que, em havendo um pagamento indevido, o mero “arrecadador” e “repassador” do imposto, ainda possa ter legitimidade para reaver o montante pago, salvo com autorização do terceiro que suportou juridicamente o ônus tributário, o que é, reconhecidamente, uma tarefa hercúlea, uma vez que a comprovação de sua assunção (do ônus) não passa de mera utopia.

Validar-se-á, assim, o entendimento atualmente manifestado nas decisões do Superior Tribunal de Justiça. No entanto, acaso a decisão do RE 240.785-2 não seja replicada nos processos pendentes, em especial na ADC 18-5, deverá o STJ, obrigatoriamente, rever seu posicionamento, pois, em sendo ratificado o entendimento de que o ICMS é imposto próprio, sua natureza jurídica sofrerá um câmbio a não exigir mais a aplicação do art. 166 do Código Tributário Nacional, no caso dos pagamentos indevidos, como vem sendo exigido.

5 Criminalização da inadimplência do ICMS

Como dito logo ao início deste artigo, uma das consequências de se reconhecer o ICMS como **imposto de terceiro** é a possibilidade de ver configurar-se em **crime de apropriação indébita** o mero inadimplemento da obrigação tributária.

Em sendo o ICMS um imposto próprio, conforme entendimento do STJ, sendo uma obrigação do próprio contribuinte, este contribuinte, ao não efetuar o recolhimento no prazo previsto, desde que tenha efetuado sua apuração e informação ao fisco estadual pelo modo previsto, torna-se simples inadimplente, sem poder sofrer qualquer penalidade de caráter criminal. A inadimplência não possui a tipicidade exigida pela Lei 8.137/90 ou por qualquer outro diploma punitivo, salvo a sanção administrativa (multa) pelo descumprimento da obrigação acessória de recolher na data prevista.

O mesmo não acontece, por exemplo, com o contribuinte do IPI ou de outros impostos ou contribuições que, em lei, ficou prevista a repercussão jurídica ou mesmo a retenção do montante e seu recolhimento (IR fonte, previdência empregado, etc.).

É certo e pacífico que o não recolhimento do IPI na data aprazada implica na responsabilidade penal pelo crime de apropriação indébita, uma vez que o montante destinado ao imposto foi juridicamente repassado a terceiro, a quem compete suportar o ônus tributário, a arcar com os efeitos jurídicos da obrigação.

O ICMS até aqui, diante do reconhecimento de que se trata de um **imposto próprio**, não gera tal responsabilidade penal. Embora tenha havido algumas tentativas de criminalização da conduta que leva à inadimplência, as esparsas denúncias apresentadas tem sucumbido diante das decisões de atentos juízes de Primeiro Grau, Turmas de Recursos¹⁷ ou em casos ainda mais esporádicos, da decisão de Tribunais¹⁸.

Algumas manifestações doutrinárias reconhecem a possibilidade de se criminalizar o não recolhimento do ICMS em seu devido vencimento, ainda que a obrigação tenha sido regularmente informada à Fazenda. O entendimento é de que estaria a omissão capitulada no inciso II do art. 2º da Lei nº 8.137. A tal corrente se filiam Celso Ribeiro Bastos, Francisco de Assis Alves, Yoshiaki Ichihara, Sérgio Antônio Rizelo, Andreas Eisele, e Luiz Regis Prado.

Contudo é de se ver que o teor do citado artigo tem a seguinte redação: *Constitui crime da mesma natureza: II – deixar de recolher, no prazo legal, o valor de tributo [...] descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo... e que deveria recolher aos cofres públicos.*

¹⁷ Crime contra a ordem tributária. Imputação da conduta prevista no art. 2.º, ii, da Lei N. 8.137/90. Tributo (ICMS) não recolhido ao erário. Declaração do valor em GIAS. Legislação que revela duvidosa relevância penal, servindo não à repressão e punição de delitos de ordem tributária, mas à cobrança coativa de tributos, tolhendo por via reflexa, a persecução penal estatal, reduzindo o Ministério Público e o Judiciário à condição de longa manus da Fazenda na cobrança de tributos. Declaração de Inconstitucionalidade ex officio... (Apelação Criminal n. 2007.500114-9, de Joinville; Relator Designado: Juiz Antônio Zoldan da Veiga; julgado em: 19/06/2007).

¹⁸ [...] Crime conta a ordem tributária. Falta de justa causa para ação penal. Habeas Corpus. O simples não recolhimento do ICMS no prazo legal, regularmente declarado na guia informativa, não configura o crime de apropriação indébita previsto no art. 2.º, II, da Lei n.º 8.137/90, equiparado ao delito de sonegação fiscal. O que ali criminaliza é a omissão do substituto tributário, presente nas hipóteses do IPI e da CPMF, por exemplo, mas inócurre nesta modalidade de tributo estadual em que o único obrigado é o comerciante. Habeas Corpus concedido para trancar a ação penal. (TJ/RS; Habeas Corpus Nº 70004886602, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vladimir Giacomuzzi, Julgado em 26/09/2002).

Contudo, a maioria dos doutrinadores não aceita a criminalização, por entender atípica a conduta de quem deixa de recolher no prazo previsto o ICMS incidente sobre operações próprias, admitindo a existência de conduta delituosa tão somente quando se trata de ICMS devido por substituição tributária. Compõem essa corrente que sustenta a atipicidade penal e, portanto, a não caracterização de crime conta a ordem tributária, Aristides Junqueira Alvarenga, Gabriel Lacerda Troianelli, Gustavo Miguez de Mello, Hugo de Brito Machado, Ives Gandra Martins, João Mestieri, José Eduardo Soares, Maria Helena Tavares de Pinho Tinoco, Plínio José Marafon e Rafael Atalla Medina. (DECOMAIN, 2008, p. 440-441).

No entanto, em sendo consolidado o entendimento agora espousado pelo STF, no julgamento do RE 240.785-2, o ICMS deixará de ser um imposto próprio para ser um imposto de terceiro, assemelhando-se ainda mais ao IPI. Dessa maneira passará a ser possível de penalização a omissão do recolhimento, caracterizando a apropriação indébita.

6 Considerações finais

Não se trata aqui de definir o certo e o errado, tampouco se as decisões laboram de forma correta ou não, uma vez que são tantas as vertentes que influenciam a natureza dos tributos que, seja econômica ou juridicamente, sempre haverá fundamento para decidir. Existem argumentos para qualquer conclusão. Tanto é verdadeiro que ao se pretender uma decisão conveniente, não raro se utiliza argumentação econômica, contrariamente às decisões cuja justificação é jurídica, para as quais se utiliza o sistema jurídico legal.

Por óbvio, as decisões galgadas em aspectos econômicos não estão acobertadas pelo sistema positivado, portanto carecem de legitimidade, apesar de convenientes.

Por outro lado, dar ao crédito ou ao imposto, ou ainda atribuir ao contribuinte diferentes características, sem considerar suas consequências, não implicará apenas em concluir sobre sua inclusão/exclusão da base de cálculo das contribuições. Implicará, isto sim, na transmutação

(ou afirmação) de sua real natureza jurídica, e daí decorrendo efeitos como a possível criminalização da inadimplência, como prática que se subsume ao inciso II do art. 2º., da Lei 8.137/90 e a necessidade de cumprimento do art. 166 do CTN.

E mais. Tal reconhecimento não irradia efeitos apenas em relação a questão ora posta, ao PIS e a Cofins regidos pela Lei 9.718/98. A depender da natureza que seja assegurada ao ICMS, implicará em sua exclusão, ou não, da base dessas contribuições mesmo no sistema não-cumulativo. Mas isso já é estudo para outro artigo, que poderá ser melhor escrito após a consolidação do entendimento do Supremo Tribunal Federal.

É função da Corte Máxima, de vez por todas, dirimir a dúvida sobre o enquadramento do ICMS quanto a sua natureza e as várias interpretações que lhe são dadas, em razão de seus múltiplos efeitos, pois a incerteza e as contraditórias interpretações retiram do contribuinte a necessária Segurança Jurídica que deve nortear as relações jurídico-tributárias.

7 Bibliografia

ATALIBA, Geraldo. GIARDINO, Cléber. ICMS na Constituição. *Revista de Direito Tributário*. n.57. Ano 15. Julho/Setembro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CANDIDO, Cristiano Rogério. *Repetição do indébito tributário nos tributos indiretos*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20000/repeticao-do-indebito-tributario-nos-tributos-indiretos>>. Acesso em: 28 nov. 2014.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Crimes Contra a Ordem Tributária*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

O PREÇO DO AMANHÃ: A INFLUÊNCIA TECNOLÓGICA PARA A IDENTIDADE PESSOAL COM IMPLANTES DE MICROCHIP

Débora Elisa Lima Ribeiro

1 Introdução

Em português, o título “O preço do amanhã”, leva-nos a uma análise da influência dos meios tecnológicos no controle da vida do seres humanos e, ainda, ao questionamento: qual será o futuro da humanidade, qual o preço a ser pago?

Em meio a vários questionamentos, marcaremos o início da interpretação desta película com um tema de forte influência em nossa sociedade atual, qual seja: a tecnologia imposta como identidade pessoal. A película expõe como o preço do amanhã a vida de várias pessoas que estão sendo controladas por um equipamento tecnológico implantado como um chip, o qual funciona como uma identidade pessoal e limita cada minuto de vida a um aspecto social, ou seja, aqueles milionários vivem tranquilamente sem risco de morrer, enquanto as famílias de baixa renda e assalariados vivem na incessante luta para viver a cada dia.

O tema do longa-metragem não leva somente a uma interpretação de como a tecnologia está controlando a vida humana, mas como cada dia de vida tem sofrido com aspectos capitalistas e tecnológicos impostos pela sociedade. Primeiramente, a identidade pessoal tem sido fortemente atacada, pode-se observar, nos últimos anos, uma evolução ao analisar a implementação de algumas novidades sobre a própria cédula de identidade, pois alguns países já iniciaram o projeto de implementação do certificado digital como identidade pessoal.

Em diversos países tem sido implantado o sistema de identidade digital ou *digital identity*, “*is the that uniquely describes a person or thing*

*na contains information about the subject's relationship*¹". Deste modo, a identidade de uma pessoa está atrelada a uma mídia digital, seja um cartão magnético com chip ou um *token*, para realização de diversos atos da vida civil; desde compras, assinatura de contratos e outros instrumentos. No Brasil, por exemplo, a certificação digital é imposta aos empresários para gerir seus negócios e poder emitir suas notas fiscais. Os profissionais liberais também tiveram que aderir a certificação digital, tais como: advogados e contabilistas, entre outros profissionais, que em suas jornadas de trabalho são submetidos ao campo de trabalho digital, como a implantação de sistemas, por exemplo, o processo digital (Processo Judicial Eletrônico – PJe, Projud, E-proc²), além da implementação de sistemas contábeis para leitura de notas fiscais digitais em arquivo “*eXtensible Markup Language – xml*”³, com objetivo de propiciar uma agilidade e segurança para transferência de informações aos órgãos de fiscalização governamentais.

Ao analisar a película e ver a forte influência tecnologia, surge o questionamento: será que a influência da tecnologia na vida do ser humano está somente na ficção?

Esta tecnologia imposta nos últimos anos nomeada de identidade digital ou *digital identity*, como vem sendo abordado por alguns pesquisadores como “*a new legal concept of identity*” por Sullivan⁴. Os fundamentos dos pesquisadores para a defesa da implantação destas medidas de controle têm diversos argumentos, tais como: objetivo de evitar crimes de lavagem de dinheiro, celeridade nas operações, segurança da informação, entre outros. Sabe-se que em alguns anos muitas pessoas estarão sujeitas a esta tecnologia de identidade digital, com

¹ É uma maneira única de descrever a pessoa e contém informações sobre o sujeito. *Digital identity*. Disponível em: http://em.wikipedia.org/wiki/digital_identity. Acesso em: 30 abr. 2014.

² PROJUDI. O sistema PROJUDI (sigla para *Processo Judicial Digital*), é um *software* de processo eletrônico mantido pelo Conselho Nacional de Justiça e em franca expansão em todos os estados do Brasil. Após a sua popularização, o CNJ passou a chamá-lo também de *Sistema CNJ*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/PROJUDI>. Acesso em: 05 jun. 2014.

³ XML. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/XML>, Acesso em: 15 jun. 2014.

⁴ É o novo conceito de identidade. SULLIVAN, Clare. *Digital Identity*. The University of Adelaide, 2010. ISBN. 978-0-9807230-0-7. Disponível em: <http://www.adelaide.edu.au/press/titles/digital-identity/>. Acesso em: 10 mar. 2014.

fortes indícios que poderá ser imposto pelo governo esta nova identidade para todos os atos da vida civil.

Em meio à influência cibernética e tecnológica com a imposição de uma nova identidade pessoal, não podemos observar alguma semelhança com a película? Como o relógio do tempo controlava a identidade e vida das pessoas, por analogia, como esta nova identidade digital controlará nossas vidas futuramente?

Com tantas inovações e temas que refletirão em nossos direitos personalíssimos, dúvidas e questionamentos são o que não faltam. Todavia, cumpre destacar que este trabalho se limitará em analisar o tema de ficção da película com os reflexos já incidentes em nossa sociedade atual e o que provavelmente poderá ser observado para os próximos anos de acordo com nossa evolução.

2 A Estrutura da película

O filme “O preço do amanhã” foi produzido nos Estados Unidos em 2011 e protagonizado por Justin Timberlake e Amanda Seyfried, apesar de algumas críticas sempre existentes pelo público, a película trás um enfoque futurista, porém alguns aspectos já podem ser vislumbrados em nossa sociedade, o que pode ser resumido em três aspectos:

Primeiramente, a identificação do tempo como moeda, o que atualmente é de fácil observação em nossas famílias modernas, diante do forte impacto do capitalismo em nossa sociedade.

Outro aspecto é a forte influência tecnológica na vida das pessoas como meio de controle, o que ultimamente tem sido notado, é a imposição da utilização da identidade digital. O que talvez, futuramente, possa ser o primeiro passo para uma tentativa de controle da vida.

Por fim, tantos os aspectos sociais desta ficção quanto os tecnológicos podem ser abordados frente ao princípio da dignidade da pessoa humana. O filme “O preço do amanhã” aborda uma sociedade em luta pela vida contra as externalidades impostas pela tecnologia do relógio digital.

A sociedade moderna está vivendo contra o tempo, além de estar começando a se submeter a imposição do uso de uma identidade digital, deste modo, indaga-se: “qual o preço o amanhã”?

Após uma reflexão sobre o questionamento, seria possível o ser humano estar perdendo seus valores ou sua própria identidade? Será que o direito à liberdade e identidade poderiam ser atacados por uma imposição governamental?

Diante desses questionamentos surge uma análise crítica sobre a dignidade da pessoa humana e sua luta para permanecer como um Direito Fundamental a ser tutelado, embora se tenha observado diversos fatores que buscam atacá-la na atualidade. Neste tema, não poderia deixar de ser citadas as palavras de Immanuel Kant, sobre o princípio da dignidade da pessoa humana:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. (KANT, 1785, p. 65)⁵.

As sábias palavras de Kant podem auxiliar a interpretação para uma melhor análise dos aspectos futuristas da película, já que alguns estão presentes em na sociedade atual, também leva a uma reflexão do valor do homem como um fim em si mesmo e não como objeto.

Nossa modernidade está impondo em nossa sociedade um modelo de vida que se assemelha de um homem robô, aquele que homem que deve ser: célere, ágio, eficiente, produtivo, jovial e controlado por um tempo de vida imposto pela sociedade.

Infelizmente a imposição é forte e muitas vezes imperceptível, pois a pressão externa é tamanha que todos os anseios do próprio homem acabam sendo deixados em segundo plano em prol do cumprimento das exigências da sociedade. Em resumo, o homem atualmen-

⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 65.

te está rotulado com um número de Identidade, Cadastro de Pessoa Física – CPF – ou Passaporte, em breve há indícios que a população será controlada por um microchip implantado. Portanto, muitas são as semelhanças com a ficção ao passo que a sociedade atual em breve poderá se submeter a mais um controle da vida do homem imposto pelo governo, que buscará tal como na película controlar desde o caminhar, o alimentar, o dinheiro e a morte de um indivíduo, ou seja, sem qualquer direito a privacidade, liberdade, o que evidentemente ataca a dignidade do homem.

Ao refletir sobre liberdade e dignidade do homem, devem ser lembradas as palavras de Kant: “... por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade...” (KANT, 2004, p. 65), a dignidade do homem é imensurável e não tem preço, porém está sendo atacada pela sociedade, mídia, tecnologia e governos.

3 A Ficção “O Preço do Amanhã” e sua interpretação frente a vida moderna e dignidade da pessoa humana

Nesta película o preço não é visto como quantificação monetária associado a certo tipo de mercadoria ou objeto. Por outro lado, o preço neste filme é a quantificação do tempo, algo tão subjetivo que tornou a vida dos atores protagonistas Justin Timberlake e Amanda Seyfried em uma mistura emocionante de ação e ficção. Os atores viveram um dilema em defender o seu tempo de vida em meio a uma sociedade de maioria carecedora de tempo permeada de artimanhas como roubos, assassinatos e doações como tentativas de sobreviver e transmitir tempo de vida a outrem, buscando fazer uma justiça social.

Em comparação com a sociedade atual a situação ilustra claramente a figura da desigualdade social diante da desproporcionalidade de distribuição de renda, o que infelizmente leva a muitos cometerem ilícitos como refúgio e tentativa de sobrevivência.

Embora a película exponha um futuro longínquo, tanto o tema tecnológico quanto aos aspectos sociais mostram evidente a forma

abrupta que sociedade atual vem sendo impactada pela tecnologia, o que automaticamente desenvolve o nosso comércio, medicina e demais áreas.

O tempo nesta película é valioso como o dinheiro, o que faz lembrar-se de uma famosa expressão muito usual: “o tempo é dinheiro”. Em análise a atual sociedade, nota-se a imposição capitalista que vem sendo tão maçante que o tempo tem sido mais raro que o dinheiro atualmente. Um costume hoje raro e que era muito comum antigamente é de presenciar uma família se reunir à mesa para uma das refeições diariamente, porém hoje os relacionamentos estão a cada dia mais virtuais e as pessoas infelizmente estão sendo impactadas pela imposição de cobranças externas, que mesmo se forma sutil são fatores que afastam as pessoas e as tornam a cada dia mais controlados pela sociedade e por fatores externo, que, por conseguinte, atacam a dignidade do homem, pois o mesmo se anula em prol deste controle social.

A humanidade ao se submeter todas estas imposições, pode estar pagando um alto preço pelo seu modo de vida e talvez comprometer sua dignidade. Portanto, como está a tutela do direito a dignidade do homem? Na película os homens lutavam, matavam e roubavam tudo para buscar mais tempo de vida. A humanidade na ficção lutava contra o relógio biológico que determinava o tempo de vida. Deste modo, como é comum se espera que a grande massa da população sempre fazia de tudo para viver, mesmo que a sua conduta não fosse moralmente correta.

É perceptível que a humanidade atual está comprometida com vida contra o tempo, mas não somente no sentido literal e sim em todos os sentidos. Na película foi exposto que as pessoas após os 25 anos de vida não envelhecem, o que por uma semelhança o que mais se tem visto ultimamente são os recursos cirúrgicos em tratamentos estéticos e médicos para a longevidade e anti-idade.

E o que mais é utilizado como *marketing* pela indústria dermatológica são tratamentos ultramodernos de anti-idade, com ofertas surreais em fazer uma pessoa parar no tempo. Assim, como não falar que um aspecto da película de ficção seja tão próximo da nossa realidade.

Quanto às imposições tecnológicas de uma identidade digital já mencionada, impulsiona a diversas reflexões, como os diversos países irão regular a identidade civil digital? Será possível futuramente as pessoas serem submetidas a implantes de chip?

Os questionamentos acima não são baseados na ficção, embora a película em debate relate em um futuro distópico os referidos assuntos estão fundamentados em fonte atuais sobre a tecnologia de implantes de microchip em seres humanos.

Embora o tema seja roteiro de filme de ficção, na realidade no Brasil já se tem industrializado o microchip e testado em animais e seres humanos. Nos Estados Unidos e Reino Unido as pesquisas ocorrerem há alguns anos o que tem incentivado a utilização do microchip implantado no corpo para diversas finalidades, seja para segurança, rastreamento, armazenamento de dados ou informações e pesquisas em diversas áreas para mapeamento de doenças e tratamentos médicos.

Estes temas que anos atrás não se imaginava a sua aplicabilidade, hoje há projetos para a implementação, tanto que já estão sendo implementados os implantes de microchip em seres humanos, diante dos noticiários americanos “*NBC Predicts: All Americans Will receive a microchip Implant In 2017 per Obamacare!*”, conforme notícia vinculada na mídia 04 de abril de 2014⁶. Diante das informações divulgadas a aplicação seria para controle e rastreamento de pessoas, para uso médico, auxiliando o histórico médico do paciente, como identidade pessoal e armazenamento de dados.

As notícias vinculadas na mídia há alguns anos sobre os implantes de chip em humanos, como todo assunto atual, tem gerado polêmicas por envolver questões éticas. Alguns entendem que o mecanismo tecnológico pode favorecer de formas diversas, tais como: o estudo do corpo humano, inclusive prevenir patologias desconhecidas, além de ser um meio de controle, segurança, pois poderia facilitar o rastreamento de uma pessoa facilmente, além de ser uma identidade pessoal.

⁶ ESTADOS UNIDOS, NBC Predicts: *All Americans Will receive a Microchip Implant in 2017 per Obamacare!* Disponível em: <http://www.americasfreedomfighters.com/2014/04/04/nbc-predicts-all-americans-will-receive-a-microchip-implant-in-2017-per-obamacare/>. Acesso em: 10 mar. 2014.

Há estudos médicos que afirmam que os microchips poderão auxiliar a segurança e a medicina em casos nos quais a patologia clínica coloca em risco a segurança da pessoa; como por exemplo, no caso de *Alzheimer*, em que muitos casos ocorrem o desaparecimento de portadores da doença, o que em tese, poderia ser evitado com o rastreamento pelo microchip implantado.

Recentemente no Brasil, iniciou-se a implantação de microchips em humanos, conforme notícia intitulada “O chip da moda”⁷, pois inclusive, os mesmos podem ser utilizados para tratamentos estéticos e médicos. Os chips, também chamados de biochip, funcionam como um dispositivo de radiofrequência, também conhecido pela sigla RFID – *Radio-Frequency IDentification*⁸– sendo do tamanho de um grão de arroz que pode ser implantado no corpo do indivíduo, preferencialmente nas mãos. Em fevereiro de 2014 foi divulgado no Brasil que começou a ser comercializado na cidade de Belo Horizonte, o tema virou destaque no Jornal *O Tempo* “BH testa chip que faz mão virar um controle remoto universal”⁹, com diversas finalidades, foi iniciada tal implantação para testes em voluntários e interessados na nova tecnologia.

Por outro lado, outros entendem que poderia ser uma forma de controle do ser humano caso surja uma imposição governamental no uso da tecnologia como forma de identidade humana, uma vez que tal implantação viola a liberdade da pessoa e o corpo humano, entendendo que o corpo humano não é um objeto. Diante da inviolabilidade do corpo humano tutelada pelas leis civis brasileiras, exceto para os casos de transplantes, nos termos do artigo 13 do **Código Civil** expõe:

salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quanto importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes.

⁷ BRASIL. *O Chip da Moda*. Disponível em: www.revistaplaneta.terra.com.br. Acesso em: 25 fev. 2014.

⁸ *Identificação por radiofrequência*. Disponível em: PT.m.wikipedia.org. Acesso em: 10 jun. 2014.

⁹ BRASIL. *BH testa chip que faz mão virar um controle remoto universal*. Disponível em: www.otempo.com.br. Acesso em: 10 mar. 2014.

Parágrafo Único: O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida por lei especial. (BRASIL, 2002)¹⁰.

Ademais, por ser um fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, conforme art. 1º, inciso III da CR/88, também prevista no artigo 1º da *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*, deve ser ressaltada conforme prescreve:

Artigo I – Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Artigo II - Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Artigo III – Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo VI – Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei. (BRASIL,1948)¹¹.

Portanto, qualquer imposição governamental pelo uso do microchip como forma de identidade pessoal, médica, segurança, entre outras; sem o consentimento da pessoa, afronta a sua liberdade e dignidade. Embora o mecanismo tecnológico possa auxiliar em pesquisas ou diversos fatores, o mesmo não poderia por uma imposição governamental controlar os seres humanos, inferindo na vida do indivíduo, quebrando a privacidade e liberdade, por ser um ato de afronta a sua dignidade humana.

Ao se falar no direito a dignidade humana, por ser tão complexa sua definição diante do seu imensurável valor moral e espiritual ineren-

¹⁰ BRASIL. Código Civil, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 10/04/2014.

¹¹ BRASIL, *Declaração de Direitos Humanos, 1948*. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm, Acesso em: 05 mar. 2014.

te à pessoa, pode-se afirmar que todo ser humano possui seus valores e preceitos que devem ser respeitados, por conseguinte, o referido direito se apresenta como um princípio de grande relevância no Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, a dignidade do homem deve ser tutelada e respeitada pelas demais pessoas, inclusive o governo. Portanto, qualquer imposição pode contrariar os preceitos da liberdade civil e da dignidade do homem. Contudo, vale mencionar algumas palavras de Salet:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SALET, 2007, p. 62)¹².

Há fortes indícios de que a tecnologia do certificado digital, hoje já comercializado em mídias eletrônicas (*token* ou cartão com chip), pode ser futuramente substituída pelo implante de microchip, por meio de uma imposição governamental em várias nações. Quanto à utilização de microchip para controle de pessoas e fins médicos, há alguns anos foi divulgado em um noticiário argentino: “Estados Unidos: Microchip Obligatorio para el 2013. Nuevas leyes que indican la implantación del Microchip¹³.”

O que soma e fortalece o entendimento que a tese de ficção referente aos implantes de microchip pode estar bem próxima da realidade, foi o surgimento de outra notícia, porém da Europa, vinculada em 15

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62.

¹³ ARGENTINA, *Estados Unidos: Microchip Obligatorio para el 2013*. Disponível em: <http://www.elintransigente.com/mundo/2012/4/14/estados-unidos-microchip-obligatorio-128425.html>. Acesso em 10 fev. 2014.

de dezembro de 2013, na qual um Jornal italiano **Corriere di Roma**, divulgou: “Microchip obrigatório para todos os nascidos a partir de maio de 2014”, e ainda expôs:

[...] Os microchip são particularmente utilizados em caso de sequestro ou desaparecimento de crianças. Muitas nações já utilizam e exigem o microchip junto com a vacinação.

Em maio de 2014 entrará em vigor, em toda a Europa, a obrigatoriedade de submeter os recém nascidos à instalação do microchip subcutâneo que deverá ser aplicado nos hospitais públicos no momento do nascimento [...]. (REDAÇÃO CORRIERE DI ROMA, ITÁLIA, 2013)¹⁴.

Portanto, reportando-se a película, pode ser encontrada alguma semelhança entre o dispositivo tecnológico da película com o que vem sendo implementado na atualidade?

4 A imposição de implantes tecnológicos e a dignidade da pessoa humana

Há muitas semelhanças entre o tema tratado no filme e o início do que a sociedade atual e futura conviverá. Como no filme os indivíduos nasciam com uma mídia digital implantada, assemelhando-se a um relógio biológico que controlava o tempo de vida da pessoa. Assim como na película de ficção, pode-se observar o início da implantação dos dispositivos eletrônicos (microchips) em seres humanos, por conseguinte, o tema apesar de ser tratado como ficção, demonstra estar super atual por ser uma realidade retardada.

Esta imposição tecnológica estatal pode ser vista como uma forma de controle social (NOZICK, 1974) ao apoiar o Estado mínimo,

¹⁴ [...] Da Maggio 2014 entrerà in vigore, in tutta Europa, l'obbligatorietà di sottoporre i neonati all'installazione del microchip sottocutaneo che dovrà essere applicato negli ospedali pubblici al momento della nascita [...]. L'istallazione sarà totalmente indolore grazie al fatto che il chip verrà implantato sotto pelle nel gomito sinistro, privo di determinazioni nervose. [...]. ITÁLIA, *Microchip obbligatorio per tutti i Neonati da Maggio 2014*. Disponível em: www.corrierediroma.it. Acesso em 11 jun. 2014.

em que faz uma defesa à filosofia dos princípios libertários, sendo lembrado por Sandel:

Ele parte da afirmação de que os indivíduos têm direitos “tão inalienáveis e abrangentes” que “levantam a questão do que, se é que há alguma coisa, cabe ao Estado fazer”. Ele conclui que “apenas um Estado mínimo, limitado a fazer cumprir contratos e proteger as pessoas contra a força, o roubo e a fraude, é justificável. Qualquer Estado com poderes mais abrangentes viola os direitos dos indivíduos de não serem forçados a fazer o que não querem, portanto, não se justifica”. (SANDEL, 2012, p. 81 – grifos do autor)¹⁵.

Toda forma de imposição anula a opinião e a voz da sociedade, logo a sociedade perde sua força de expressão e liberdade, volta a ser escrava ao ter que submeter-se, mesmo contra sua própria vontade.

O corpo, por ser o bem maior do homem, por ser único e de imensurável valor, merece a devida tutela, com fundamento no direito à dignidade da pessoa humana. Parece simples analisar a importância da tutela a dignidade do homem, do seu corpo e de sua vida. Durante anos de história de lutas e guerras, entre governos autoritários, monárquicos, até chegar na república democrática, tem-se visto como foi a evolução para que a sociedade pudesse tutelar pela dignidade do homem, será que toda esta história poderá ser comprometida?

Estes questionamentos atuais podem refletir em um futuro próximo. Deste modo, ao vislumbrar este futuro que pode estar próximo: qual o preço do amanhã? A esperança é que este preço a ser pago não seja a nossa dignidade humana.

No Brasil, recentemente, foi criado o Projeto de Lei nº 7561/2014 contra a imposição da implantação do microchip em humanos. Neste sentido, o projeto dispõe em sua redação:

PROJETO DE LEI Nº: 7.561 DE 2014.

Proíbe o implante em seres humanos de identificação em forma de chips e outros dispositivos eletrônicos.

¹⁵ SANDEL, Michael J. *JUSTIÇA – O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 9ª edição. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2012, p. 81.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Fica proibido o implante em seres humanos, independentemente da idade, de identificação a título de RG, CPF ou código de barras em forma de chips, fios ópticos e outros produtos similares na camada subcutânea ou superficial da pele, derme e epiderme, cartilagem, órgãos internos, músculos, ossos, cabelos ou tatuagem.

Parágrafo único. O disposto no caput abrange qualquer dispositivo eletrônico ou eletromagnético que permita rastreamento via satélite ou GPS (*Global Positioning System*), telefonia, rádio ou antenas.

Art. 2º O descumprimento do disposto nesta Lei acarretará responsabilização administrativa, cível e penal, nos termos da legislação vigente.

Art. 3º Esta entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2014)¹⁶.

Ao verificar os fundamentos do referido projeto de Lei, nota-se que além do cunho constitucional do direito à liberdade, foi também exposto um aspecto religioso com apoio na Bíblia Sagrada, mais precisamente no livro de Apocalipse. A justificação do Projeto de Lei assim dispõe:

Justificação

A Constituição Federal do Brasil, no art. 5º, Inciso XV, dispõe acerca do direito de ir e vir da seguinte forma: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”. Sabe-se que o Brasil é um país de homens livres, que podem se deslocar pelo território nacional sem temer a possibilidade de cerceamento de sua locomoção.

A Bíblia Sagrada, no livro de Apocalipse, capítulo 13, versículos 16 e 17, diz o seguinte: “16 -E faz que a todos, pequenos e grandes, ricos e pobres, livres e servos, lhes seja posto um sinal na sua mão direita,

¹⁶ BRASIL. *Projeto de Lei nº 7.561/2014*. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1253231&filename=PL+7561/2014. Acesso em: 20 jun. 2014

ou nas suas testas, 17 – Para que ninguém possa comprar ou vender, senão aquele que tiver o sinal, ou o nome da besta, ou o número do seu nome.”

Tendo em conta que o fim dos tempos se aproxima, é preciso que o Parlamento brasileiro se antecipe aos futuros acontecimentos e resguarde, desde logo, a liberdade constitucional de locomoção dos cidadãos. Sendo assim, urge que se proíba a implantação em seres humanos de chips ou quaisquer outros dispositivos móveis que permitam o rastreamento dos cidadãos e facilitem que sejam as pessoas alvo fácil de perseguição e toda sorte de atentados. (BRASIL, 2014 – grifos do autor)¹⁷.

A imposição da utilização do microchip é a principal crítica, pois infere na liberdade humana. Porém, há aspectos religiosos envolvidos que norteiam os princípios de cada ser humano, por conseguinte, poderá ser um dos fatores que levaram a um indivíduo optar pelo uso ou não da tecnologia.

5 Conclusão

Vale ressaltar, que as inovações tecnológicas são sempre importantes para a evolução, mas o importante é preservar o bem mais precioso. O problema surge quanto há a mitigação de preceitos fundamentais, como o direito da dignidade da pessoa humana e liberdade do homem, em prol de evoluções tecnológicas e imposição governamental arbitrária.

A película trouxe uma reflexão não somente futura, mas com uma análise da sociedade atual. Com base na forte influência e imposição dos meios tecnológicos na vida das pessoas, a película mostra que cada dia dos atores era uma luta pela sobrevivência dentro de um sistema contra o tempo de cada pessoa. Como na ficção, observa-se o início do controle da humanidade, a sociedade já está vivenciando o início, o que poderá agravar a cada dia e provavelmente, poderá afetar os direi-

¹⁷ BRASIL. *Projeto de Lei nº 7.561/2014*. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1253231&filename=PL+7561/2014. Acesso em: 20 jun. 2014

tos à liberdade e privacidade, caso persista a imposição governamental contra a vontade do indivíduo.

A imposição governamental sutil e os benefícios inerentes à tecnologia do microchip, apresentam como uma oferta, porém o preço por esta submissão à oferta para cada pessoa pode ser alto.

O homem como sujeito de direito e deveres na sociedade, não pode ter sua liberdade afrontada, por uma imposição de identidade pessoal por meio de implantes de microchip. Vale mencionar, o artigo VI da **Declaração de Direitos Humanos de 1948**: “Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei”, ou seja, qualquer imposição governamental que ataque a liberdade individual e o direito a identidade pessoal é uma afronta a dignidade da pessoa humana.

6 Bibliografia

ARGENTINA. Estados Unidos: Microchip Obligatorio para el 2013. Disponível em: <http://www.elintransigente.com/mundo/2012/4/14/estados-unidos-microchip-obligatorio-128425.html>. Acesso em: 10 fev. 2014.

BRASIL. *Declaração de Direitos Humanos*, 1948. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm, Acesso em: 05 mar. 2014.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 7.561/2014*. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1253231&filename=PL+7561/2014. Acesso em: 20 jun. 2014

BRASIL. *O Chip da Moda*. Disponível em: www.revistaplaneta.terra.com.br. Acesso em: 25 fev. 2014.

BRASIL. Código Civil, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 10 abr. 2014.

BRASIL, *Declaração de Direitos Humanos*, 1948. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 05 mar. 2014.

BRASIL. *XML*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/XML>. Acesso em: 15 jun. 2014.

BRASIL. *PROJUDI*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/PROJUDI>, Acesso em: 05 jun. 2014.

BRASIL. *BH testa chip que faz mão virar um controle remoto universal*. Disponível em: www.otempo.com.br. Acesso em: 10 mar. 2014

ESTADOS UNIDOS. NBC Predicts: *All Americans Will receive a Microchip Implant in 2017 per Obamacare!* Disponível em: <http://www.americasfreedomfighters.com/2014/04/04/nbc-predicts-all-americans-will-receive-a-microchip-implant-in-2017-per-obamacare/>. Acesso em: 10 mar. 2014.

UNITED STATES. *In time*. Andrew Niccol, Justin Timberlake, Amanda Seyfried, Cillian Murphy, Olivia Wilde, Alex Pettyfer, Matt Bomer, Johnny Galecki, Vincent Kartheiser, Elena Satine, EUA, 109min., 2011.

ITÁLIA. *Microchip obbligatorio per tutti i Neonati da Maggio 2014*. Disponível em: www.corrierediroma.it. Acesso em: 11 jun. 2014.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 65.

SANDEL, Michael J. *JUSTIÇA – O que é fazer a coisa certa*. Tradução Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 9ª edição, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SULLIVAN, Clare. *Digital Identity*. The University of Adelaide, 2010. ISBN. 978-0-9807230-0-7. Disponível em: <http://www.adelaide.edu.au/press/titles/digital-identity/>. Acesso em: 10 mar. 2014.

ANEXO A

FICHA TÉCNICA DO FILME

- Direção: Andrew Niccol
- Elenco: Justin Timberlake, Amanda Seyfried, Cillian Murphy, Olivia Wilde, Alex Pettyfer, Matt Bomer, Johnny Galecki, Vincent Kartheiser, Elena Satine
- Nome Original: In Time
- Ano: 2011
- Duração: 109 min
- País: EUA
- Gêneros: Ação, Ficção científica
- Elenco
- Justin Timberlake como Will Salas
- Amanda Seyfried como Sylvia Weis
- Cillian Murphy como Raymond Leo
- Olivia Wilde como Rachel Salas
- Alex Pettyfer como Fortis
- Matthew Bomer como Henry Hamilton
- Vincent Kartheiser como Philippe Weis
- Elena Satine como Jasmine
- Johnny Galecki como Borel
- La Monde Byrd como Minuteman Rado
- Paul David Story como Minuteman Roth
- Rachel Roberts como Carrera
- Ethan Peck como Constantine
- Yaya DaCosta como Greta
- August Emerson como Levi, The Priest
- Sasha Pivovarova como Clara
- Bella Heathcote como Michele Weis
- Toby Hemingway como Timekeeper Kors
- Jessica Parker Kennedy como Edouarda
- Collins Pennie como Timekeeper Jaeger
- Christoph Sanders como Nixon
- Faye Kingslee como Timekeeper Jean
- Jeff Staron como Oris

ARBITRAJE Y MERCOSUR

Fernanda Aparecida Pereira Silva

El arbitraje es un instrumento de solución de conflictos presente en todos los países. La aparición del arbitraje en las Américas se remonta al descubrimiento y la colonización. En la historia de la humanidad ha sido relevante la actuación de los árbitros y es considerada una de las más antiguas figuras conocidas del derecho privado.

Con la aparición del Estado de derecho y la evolución de la sociedad, la figura del arbitraje quedó al margen de la resolución formal de los conflictos y se sustituyó por la actuación del estado mediante el proceso. Sin embargo nunca perdió su trascendencia dada su reconocida eficiencia a la hora de resolver litigios en los ámbitos cotidianos y actualmente vuelve a ocupar un lugar preponderante en el medio social debido a la influencia de los procesos de integración comunitaria y de la globalización con su capacidad para acercar personas, acontecimientos y negocios.

El esfuerzo de integración regional vivido por los países del continente americano ha sido notable como lo demuestra la aparición por ejemplo del MERCOSUR –Mercado Común del Sur-, bloque económico que persigue el acercamiento de Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay y que, pese a los avances obtenidos, no está libre de crisis y conflictos.

Uno de los frutos conseguidos por el Mercosur, preconizado en el Tratado de Asunción, es la unificación de las legislaciones de los países componentes para que el Mercado Común emita un billete único y se convierta en referente para asuntos relativos a derechos de cualquier naturaleza.

Sin embargo aún no se ha logrado constituir un Derecho Procesal Internacional que regule cómo dirimir los conflictos que surjan entre los países del bloque, razón por la cual los respectivos ordenamientos jurídicos internos (como por ejemplo Brasil) se han ido anticipando e incluyendo leyes en sus respectivos derechos procesales que contemplan al arbitraje como instrumento de solución de conflictos internacionales tanto entre entes públicos como entre entes privados y entre ambos.

Este trabajo tiene el triple objetivo de analizar la figura del arbitraje en relación a los contratos entre entes jurídicos de los países del MERCOSUR con otros asociados, mostrar su utilidad, efectos y relevancia tanto en el mundo jurídico como en el derecho internacional y, por último, describir las principales cámaras arbitrales que existen en el bloque.

1 El arbitraje en el derecho brasileño

La figura del arbitraje se recoge en Brasil en la Ley 9.307/1996. Adicionalmente el país firmó la Convención Interamericana de Panamá de 1975 así como la Convención de Nueva York de 1958, que trata sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Ambas cuestiones fueron aprobadas y promulgadas mediante el Decreto 4.311 de 23.07.2002.

Los requisitos legales para el reconocimiento de la sentencia extranjera de laudo arbitral se recogen en los artículos 38 a 40 y en la Resolución 9/2004 del Superior Tribunal de Justicia. Cabe observar que antes de la legislación de 1996 y de la Enmienda Constitucional nº 45 de 2004 la cláusula de compromiso arbitral solo representaba una mera promesa que dificultaba el llevar a cabo el arbitraje, dado que no existía la obligación de realizarlo si las partes no firmaban el compromiso arbitral.

Por si ello fuera poco el sistema brasileño exigía adicionalmente la doble homologación del laudo arbitral lo que impedía el reconocimiento de la sentencia extranjera en el caso de que no hubiera sido antes reconocido por el segundo país.

Hasta la promulgación de la ley de 1996 la ejecución de la sentencia arbitral era lenta y cara dado que se exigía que la citación de la parte domiciliada en Brasil se efectuara a través de una carta rogatoria. Dicha exigencia fue eliminada por la Convención Interamericana Sobre Eficacia y Extraterritorialidad de sentencias y laudos arbitrales de 1979 (Convención de Panamá).

Otro cambio introducido por la ley brasileña de arbitraje hace referencia al cambio en la carga de la prueba como condición del *exequatur* de las sentencias arbitrales. Así, João Bosco Lee explica que:

El artículo 38 de la Ley de Arbitraje establece que solo podrá ser negada la homologación o ejecución de la sentencia arbitral extranjera cuando el imputado demuestre que existe alguno de los motivos previstos en esta disposición. (...) se trata de una revolución en el tratamiento de la sentencia arbitral extranjera. Existe un cambio en la presunción de la efectividad de la sentencia arbitral, es decir, se parte del principio de que la sentencia arbitral extranjera siempre podrá ser homologada hasta que se demuestre lo contrario. (LEE, João Bosco, en A homologação de Sentença Arbitral Estrangeira. Estudos em Homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares, In Memoriam, Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins, coordenadores. São Paulo: Atlas, 2007)

Cabe notar que aunque la Ley de Arbitraje se refiere al término “sentencia extranjera” parte de la doctrina nacional lo considera erróneo, puesto que dicho término solo puede ser empleado por quien ejerce una actividad jurisdiccional, función que corresponde en exclusiva a un juez. El vocablo correcto para referirse a la decisión arbitral sería laudo arbitral.

El artículo nº105, I, ‘i’, de la Constitución Federal de 1988 trata de la competencia del Superior Tribunal de Justicia (STJ) para el reconocimiento de la sentencia extranjera. Desde la EC (Enmienda Constitucional) 45/2004, la competencia para el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales pasó a ser del Superior Tribunal de Justicia (antes era del Supremo Tribunal Federal).

La solicitud de homologación se dirigirá al vice-presidente del Superior Tribunal de Justicia, pudiendo ser impugnada, lo que llevará el proceso a uno de los Ministros de una de las Cortes especiales. El cambio introducido por EC n° 45/2004 permite que, si un tratado internacional viola una norma constitucional o es contrario a la Constitución, el Supremo Tribunal Federal, través a de Recurso Extraordinario, puede revisar la sentencia arbitral extranjera homologada por el Superior Tribunal de Justicia.

La ley procesal para reconocer y ejecutar el laudo arbitral será la brasileña por estar previsto en el artículo 3° de la Convención de Nueva York.

La ley brasileña concede prioridad a la aplicación de los tratados y convenciones internacionales en detrimento de la ley interna puesto que dichos tratados serán ratificados como leyes federales, a no ser que el tratado afecte al reconocimiento de los derechos humanos, en cuyo caso sería considerado – por *quorum* calificado – como Enmienda Constitucional.

Con este procedimiento se allanan las diferencias entre el derecho interno y los tratados internacionales y, en caso de conflicto, la ley o el tratado más novedoso prevalecerá sobre el más antiguo (principio *lex posterior derogat prior.*) si bien existen algunas excepciones al mismo.

Para el Supremo Tribunal Federal una de dichas excepciones sería la ley de arbitraje en base a su artículo 34 según el cual siempre tendrán preferencia los tratados internacionales en relación al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras comparadas con las leyes internas, a no ser que hubiese un tratado específico, en cuyo caso se aplicaría la ley nacional.

De esa forma la Convención de Nueva York es plenamente aplicable en lo referido al reconocimiento/ejecución de sentencias extranjeras y solo se aplicará subsidiariamente la ley nacional de arbitraje. Brasil se abstuvo de aplicar las reservas previstas en dicha convención como la relacionada con el uso exclusivo en actividades comerciales o el principio de reciprocidad (aplicar la misma norma que se emplea por otro país con respecto a Brasil).

José Antônio Fichtner y André Luís Monteiro entienden que “*en términos de ley nacional, lo que a Brasil le interesa en el asunto de la homologación de la sentencia arbitral extranjera queda recogido en el párrafo único del artículo 34 de la Ley de Arbitraje al adoptar el simple criterio geográfico del lugar donde se dicta la sentencia, definiendo como extranjera la sentencia que haya sido promulgada fuera del territorio nacional y, en sentido contrario, considerando como nacional la que lo haya sido dentro del territorio brasileño*” (FICHTNER, José Antônio y MONTEIRO, André Luís. Aspectos processuais da ação de homologação de sentença arbitral estrangeira no Brasil. Temas de Arbitragem. Primeira Série. Rio de Janeiro: Renovar, 2010).

En el caso de no homologación de la sentencia arbitral extranjera podrá renovarse la solicitud a efectos de reconocimiento/ejecución siempre y cuando la negativa no haya sido por motivos de mérito, como por ejemplo que la sentencia arbitral altere el orden jurídico. Fichtner y Monteiro aclaran “*hoy en día solo existen tres posibles recursos en el proceso de homologación de sentencia extranjera: embargo de declaración en cualquier caso, agravio de régimen en caso de decisión unipersonal del Presidente o ponente designado y recurso extraordinario en el caso de decisión de la Corte Especial del Superior Tribunal de Justicia.*” (FICHTNER, José Antônio y MONTEIRO, André Luís. Aspectos processuais da ação de homologação de sentença arbitral estrangeira no Brasil. Temas de Arbitragem. Primeira Série. Rio de Janeiro: Renovar, 2010).

Respecto al reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral extranjera, la justicia brasileña se ha mostrado muy liberal, a favor de las modernas tendencias del Derecho Internacional y a aceptar de buen grado las voluntades en el arbitraje comercial internacional. Es frecuente que las partes perdedoras no tengan el más mínimo interés en que la sentencia pueda ser homologada, alegando que esa decisión va contra el orden público –concepto doctrinario y abierto-. Entretanto el Superior Tribunal de Justicia se opone a esas impugnaciones.

2 Arbitraje internacional Y Mercosur

El arbitraje constituye uno de los medios privados de solución de conflictos más frecuente en el comercio internacional dada su mayor eficiencia y celeridad al atender los intereses del mercado que si se recurre al poder judicial.

La lógica del mercado internacional y de las empresas hace que no sea deseable someterse a acciones judiciales y sí a arbitraje, evitándose de esta manera litigios judiciales que pueden resultar muy caros en términos de tiempo y dinero.

El mundo capitalista se ha consolidado con la globalización económica y el fin de la guerra fría, produciéndose un gran aumento en la circulación de bienes y capitales hasta alcanzar un período que podría llamarse como “capitalismo global”. En este contexto, el arbitraje, mecanismo existente desde hace siglos, resurge de una forma más profesionalizada y es ampliamente aceptado por el comercio internacional.

Esta figura ha estado relegada mucho tiempo y vista con desconfianza por el mundo jurídico y la sociedad en general en los países latinoamericanos, tal vez debido a su pasado de dictaduras, las cuales centralizaron el poder durante las últimas décadas del siglo XX e instauraron cierres de mercados y concentración de los poderes en el Estado.

A partir de la década de los años 80 y 90, coincidiendo con el final de período de represión en estos países, se han producido grandes avances en aceptar e instaurar métodos alternativos de resolución de conflictos como la mediación, la conciliación o el arbitraje. La apertura al mercado internacional y la aparición de leyes de arbitraje, además de la adhesión a tratados y convenciones internacionales ha constituido una baza fundamental.

Existen diferencias entre los medios alternativos de solución de litigios. En la mediación las partes en conflicto nombran un tercero – un mediador- que no impone soluciones sino que ayuda a las partes a superar las diferencias y a encontrar la/s respuesta/s al problema.

En la conciliación también se da la figura de un tercero – un conciliador – que intenta auxiliar a las partes en conflicto si bien en

este caso cabe la posibilidad de que aporte sugerencias para llegar a una solución. Otra figura alternativa es la de la negociación, en la que directamente ambas partes intentan resolver sus problemas.

En el proceso de arbitraje, un tercero se encarga de encontrar e imponer una solución arbitral al estilo de una sentencia judicial.

En comparación con el Poder Judicial el arbitraje presenta ventajas tales como la rapidez, la confidencialidad (que no es absoluta), la flexibilidad de los procedimientos (valorización de la autonomía de las voluntades), predominio de conversaciones y encuentros informales, posibilidad de elegir la ley a ser aplicada en cada caso, facilidad de ejecución de las sentencias y finalmente mayor disponibilidad a aceptar al árbitro por su capacidad técnica (puede ser alguien especializado en la materia objeto del conflicto).

La credibilidad del arbitraje bajo el punto de vista de los interesados es crucial para el comercio internacional y por tanto resulta imprescindible conocer qué normas se aplican en el ámbito del arbitraje internacional y cómo los Estados la incorporan a sus procedimientos de actuación.

El arbitraje se constituirá en el principal medio de resolución de controversias dentro del comercio internacional dado que presenta menos riesgos para la propia actividad económica y sus transacciones (aunque a nadie escapa que un arbitraje, como medio privado de solucionar problemas, pueda ser caro para las partes en conflicto).

El MERCOSUR afirma en su carta de presentación que pretende *“favorecer el intercambio de productos entre los países miembros y también la optimización de la producción de los bienes regionales en pro de la obtención de una mayor y mejor inserción de los productos regionales en el mercado mundial”* (VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. Direito de empresa no novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004).

No obstante, es innegable que las disposiciones y actuaciones legislativas y el ordenamiento jurídico de los países integrantes de esta organización aún no se han adaptado con la deseable rapidez, entusiasmo e intensidad al proyecto de desarrollo y de nuevos tratados para hacer frente a la competencia internacional que representa el Mercosur: exis-

ten divergencias en los ordenamientos jurídicos de cada país miembro y cuestiones de difícil solución, como es el caso de los contratos que afectan a empresas con dos nacionalidades.

Es en este contexto donde el arbitraje surge como el recurso más rápido para resolver los problemas entre los particulares que residen, invierten o trabajan en los cuatro países, tal y como señala Alejandro M. Garro, en el siguiente texto:

“For one thing, arbitration has been adopted as ‘the’ method for resolving disputes among member States to sub-regional trade agreements such as NAFTA and Mercosur. For another, this type of public-law arbitration is accompanied by the encouragement of arbitration to settle disputes among residents of the free trade areas and custom unions”. (FIGUEIRA Jr., Joel Dias. Arbitragem (legislação nacional e estrangeira) e o monopólio jurisdicional. São Paulo: LTr, 1999.p.38/39.)

Dada su metodología el arbitraje se instituyó como un modelo estandarizado de solución de conflictos en el Mercosur mediante la creación del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional, pasando a formar parte expresa de códigos procesales o leyes específicas de los países miembros tal y como puede consultarse en los textos que siguen a continuación referidos a los Códigos de Procesos de Argentina, Uruguay y Paraguay y la Ley de Arbitraje de Brasil:

Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional de Mercosur – Artículo 1 Objetivo. *El presente acuerdo tiene por objetivo regular el arbitraje como medio alternativo de solución de controversias aparecidas en contratos comerciales internacionales entre personas físicas y jurídicas de derecho privado.*

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina – Artículo 736 (...) *la sujeción a juicio arbitral puede ser convenida en el contrato o en un acto posterior.*

Código General Del Proceso de la República Oriental de Uruguay – Artículo 473 – 1. *En todo contrato o en acto posterior, podrá establecerse que las controversias que surjan entre las partes deberán dirimirse en juicio arbitral (...)*

Código Procesal del Paraguay – Artículo 777 – Instrumentación – todo acuerdo relativo al arbitraje podrá formalizarse por escritura pública o instrumento privado. También podrá hacerse por canje de cartas, telegramas colacionados, comunicaciones por télex u otros medios idóneos.

Brasil – Ley de Arbitraje – Artículo 3 – Las partes interesadas podrán recurrir en caso de litigio al juicio arbitral mediante convención de arbitraje (...)

Pucci señala que “*de forma general las cuatro legislaciones (de los países del Mercosur) coinciden en someter a arbitraje aquellas controversias que afectan a derechos de particulares, de carácter patrimonial, que no afecten al orden público y que sean susceptibles de negocio*” (PUCCI, Adriana Noemi. A Arbitragem nos países do Mercosur. Brasília: Senado Federal, Subsecretarias Técnicas; Porto Alegre: Associação Brasileira de Estudos de Integração, 1996. p.8.).

Junto al Tratado de Asunción y al Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, los Protocolos de Las Leñas y de Buenos Aires tienen como objetivo presentar estrategias de solución de conflictos entre particulares, personas físicas y jurídicas. El Protocolo de Las Leñas trata acerca de “*normas de cooperación y Asistencia Jurisdiccional em Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa.*” (GARRO, Alejandro M. International Commercial Arbitration in Latin América: Recent Law Reforms in Direito Comercial Internacional: Arbitragem. p.30/31.)

El protocolo de Buenos Aires trata “*acerca de la jurisdicción contenciosa internacional referente a los contratos de naturaleza civil o comercial celebrados entre particulares*” (SANTOS, Paulo de Tarso. Arbitragem e Poder Judiciário: mudança cultural. São Paulo: LTr, 2001. p. 37) destacando lo siguiente:

Protocolo de Las Leñas – Artículo 1 – Los Estados miembros se comprometen a prestar asistencia mutua y a ampliar la cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa La asistencia jurisdiccional se extenderá a los procedimientos administrativos en que se admitan recursos ante los tribunales.

Protocolo de Buenos Aires – Artículo 1 – *El presente protocolo se aplicará a la jurisdicción contenciosa internacional relativa a los contratos internacionales de naturaleza civil o comercial celebrados entre particulares, personas físicas o jurídicas:*

a) con domicilio o sede social en diferentes Estados-Partes del Tratado de Asunción;

b) cuando al menos una de las partes del contrato tenga su domicilio o sede social en un Estado-Parte del Tratado de Asunción y adicionalmente se haya firmado un acuerdo de elección de foro a favor de un juez de un Estado-Parte y exista una relación razonable con las normas jurídicas del presente Protocolo.

El Protocolo de Buenos Aires, en su artículo 2º excluye de su ámbito de aplicación:

a) las relaciones jurídicas entre quienes se encuentran en quiebra y sus acreedores y demás procedimientos análogos, especialmente los convenios;

b) asuntos tratados en acuerdos del área del derecho de familia y de las sucesiones;

c) los contratos de seguridad social;

d) los contratos administrativos;

e) los contratos de trabajo;

f) los contratos de venta al consumidor;

g) los contratos de transportes;

h) los contratos de seguro;

i) los derechos reales.

Para solucionar estas controversias el artº 4º del Protocolo de Buenos Aires establece que serán competentes los “(...) *Tribunales del Estado-Parte en cuya jurisdicción los contratantes haya acordado someterse por escrito*” pudiendo “*acordar, igualmente, la elección de tribunales arbitrales*”.

En relación a los esfuerzos para resolver los conflictos mediante el arbitraje, se observa que solo Paraguay equipara a la cláusula compromisoria con el compromiso arbitral, lo que implica automáticamente en caso de recusación de alguna de las partes, la constitución del Tribunal Arbitral sin intermediación del poder judicial, mientras que los códigos y legislaciones de los otros países integrantes del Mercosur distinguen entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral.

En el caso de que una de las partes no admita someterse al arbitraje para resolver el problema, incluso existiendo una cláusula arbitral, se propondrá con anterioridad al Poder Judicial una acción para que se firme el compromiso arbitral y solo entonces podrá constituirse el Tribunal Arbitral.

Una vez establecido, los contratos internacionales sometidos al compromiso de cumplimiento de la cláusula arbitral y de autonomía de la voluntad, la cláusula arbitral prescinde del acto subsiguiente de compromiso y por sí sola es apta para instaurar el juicio arbitral.

Si la cláusula no se cumple y el litigio ha sido revisado por los árbitros, la sentencia dictada por ellos, al tener rasgos de una sentencia condenatoria, se convierte en ejecutable por sí misma, teniendo la misma fuerza ejecutoria de una sentencia dictada por un juez de derecho. En caso de discordancia sobre la sentencia dictada por los árbitros no cabe recurso

A diferencia de los otros países, en la legislación argentina el arbitraje está sujeto a todos los recursos de una sentencia dictada por un juez, siempre que no haya sido estipulado en el compromiso arbitral la renuncia a dichos recursos, los cuales serán juzgados por un tribunal jerárquico superior o por jueces con capacidad para hacerlo (cf. artículos 758, 760 y 763 del Código Procesal Civil Y Comercial de la Nación).

Artículo 758: RECURSOS.- *Contra la sentencia arbitral podrán interponerse los recursos admisibles respecto de las sentencias de los jueces, si no hubiesen sido renunciados en el compromiso.*

Artículo 760: RENUNCIA DE RECURSOS. ACLARATORIA. NULIDAD.- *Si los recursos hubieren sido renunciados, se denegarán sin sustanciación alguna. La renuncia de los recursos no obstará, sin embargo, a la admisibilidad declaratoria y de nulidad, fundado en falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera del plazo, o sobre puntos no comprometidos. En este último caso, la nulidad será parcial si el pronunciamiento fuere divisible. Este recurso se resolverá sin sustanciación alguna, con la sola vista del expediente.*

Artículo 763: RECURSOS.- *Conocerá de los recursos el tribunal jerárquicamente superior al juez a quien habría correspondido conocer si la cuestión no se hubiera sometido a árbitros, salvo que el compromiso estableciera la competencia de otros árbitros para entender en dichos recursos.*

En las demás disposiciones legislativas esa sentencia podrá ser recurrible solo si hubiera algún error o motivo que genere nulidad. En el caso de Brasil corresponde a la Jurisdicción Estatal la revisión de la sentencia y tras confirmar su nulidad la someterá de nuevo a juicio por parte de un árbitro o un Tribunal arbitral para que subsanen los errores, tal y como prevé el artículo 32 de la Ley 9.307/96.

Art. 32. Es nula la sentencia arbitral si:

- I – fuera nulo el compromiso;*
- II – surgió de quien no podía ser árbitro;*
- III – no cumpliera con los requisitos del art. 26 de esta Ley;*
- IV – fuese promulgada fuera de los límites de la convención de arbitraje;*
- V – no decidiera sobre todo el litigio sometido a arbitraje;*
- VI – se comprobara que fue dictada con prevaricación, cohecho o corrupción pasiva;*
- VII – se dictara fuera del plazo establecido en el art. 12, inciso III, de esta Ley y*
- VIII – no fuesen respetados los principios recogidos en el art. 21, § 2º, de esta Ley.*

El *Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay*, en su artº 499 estipula la nulidad en los siguientes casos:

- 1) Por haberse expedido fuera de término.*
- 2) Por haberse expedido sobre puntos no comprometidos.*
- 3) Por no haberse expedido sobre puntos comprometidos.*
- 4) Por haberse negado a los árbitros a recibir alguna prueba esencial y determinante.*

Por último, en el *Código de Procesal Civil de la República del Paraguay*, en caso de nulidad ésta deberá subsanarse de forma simple, sin recurso, en un plazo límite e improrrogable de 3 días tras conocerse la decisión. El propio Tribunal corregirá el error pudiendo tener efecto suspensivo de acuerdo con el artº 798, *verbis*:

Art. 798. *Plazo, procedimiento y resolución. El plazo para deducir incidentes será de tres días perentorios e improrrogables, salvo los que se promuevan en las*

Audiencias. El tribunal podrá resolverlos sin más trámite, o correr previamente traslado a la otra parte. Podrá también recibirlos a prueba en caso de evidente necesidad. El tribunal declarará, en cada caso, si el incidente tiene o no efecto suspensivo. Los incidentes que se deduzcan con motivo de diligenciamiento de los medios de prueba, se resolverán previo traslado.

3 Reconocimiento de sentencia arbitral extranjera

El reconocimiento de la sentencia arbitral extranjera se contempla en diversos Tratados y Convenciones Internacionales. La Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras es hoy por hoy el instrumento jurídico que goza de mayor adhesión con 145 países firmantes, motivo por el cual procederá a ser aquí analizado sin excluir a otros textos.

Con anterioridad a la Convención de Nueva York de 1958 (CNI) el reconocimiento de las sentencias extranjeras estaba regulado en la Convención de Ginebra de 1927 si bien el desarrollo comercial de los años 50 dejó obsoleta su reglamentación al dificultarse la ejecución de sentencias que no estuvieran homologadas por los países en cuestión. La CNI supuso un gran avance al reducir los requisitos de solicitar el reconocimiento, desplazar la carga de la prueba al requerido en el procedimiento de homologación y dar más autonomía a ambas partes.

En 1961 se creó en Ginebra la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional que incorporó avances como relativizar la importancia de la ubicación de la sede y la posibilidad de elección del procedimiento y sus reglas en caso de que ambas partes no lo hubieran hecho o no manifestaran acuerdo, otorgando a los árbitros dicha potestad y en caso que así no fuera, dejar en manos del Presidente de la Cámara de Comercio o un comité especial la elección de dicho procedimiento.

En el caso de que las partes no acepten la decisión arbitral y esta tuviera que ser reconocida/homologada por el poder judicial del país donde debe haberse de cumplirse, será preciso atenerse a los requisitos legales

de dicho país además de lo establecido en las convenciones y tratados internacionales, entre los que destaca la CNI.

Antes de abordar el reconocimiento estatal de la sentencia arbitral extranjera es de destacar que existen tres teorías respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje, cuestión que puede interferir en la evaluación del propio reconocimiento judicial dependiendo de la teoría en que cada Estado se base.

Las teorías son las siguientes:

- (I) teoría jurisdiccional o publicista, que considera que la decisión arbitral forma parte del entramado jurisdiccional puesto que el Estado siempre controlará cualquier tipo de decisión;
- (II) teoría contractual/privatista, para la que el arbitraje es fruto de la autonomía de la voluntad de las partes y depende de ellas el que se lleve adelante. Dado que la jurisdicción una competencia exclusiva del Estado la ley de arbitraje sería inconstitucional;
- (III) teoría mixta, en la que el arbitraje es al mismo tiempo fruto de la voluntad de las partes y se encuentra subordinada a la ley estatal y al control del Estado y, finalmente,
- (IV) la teoría autónoma, que defiende la total independencia del arbitraje y su completa desvinculación con el Estado.

En relación a esta última teoría – común en países liberales como Suiza- la no vinculación a ningún orden jurídico estatal se traduce en una mayor flexibilidad y un mayor grado de involucración y participación de las partes para conseguir una solución.

Quienes rechazan la teoría jurisdiccional no admiten que el arbitraje forme parte de la jurisdicción estatal. Para ellos prevalece la independencia del árbitro a la hora de elegir qué ley y qué procedimiento debe aplicarse. Pero esto no significa que el laudo arbitral quede al margen del control judicial puesto que dicho control puede darse en cualquier momento posterior, bien en la fase de reconocimiento, bien en la fase de ejecución del laudo arbitral. El árbitro debe respetar los límites de la convención de arbitraje bajo pena de que el laudo arbitral no se reconozca o sea declarado nulo.

El posterior control del Poder Judicial no entrar a analizar el mérito de las decisiones arbitrales: es una cuestión de forma prevista en la ley que solo afecta al reconocimiento de la sentencia arbitral y a promover los actos de ejecución, dado que el árbitro no ostenta el *ius imperium*.

La autonomía de las voluntades de las partes que recurren al arbitraje ha de prevalecer en todo momento y si se permitiera que el mérito de las decisiones tomadas fuera revisado por la justicia podría ser visto en algunos países como una desconsideración irrespetuosa hacia la labor del árbitro.

La tendencia actual es que las legislaciones nacionales, siguiendo los parámetros establecidos en las convenciones internacionales, respeten lo máximo posible la autonomía de las voluntades en relación a las sentencias arbitrales sin olvidar que estas no podrán contravenir el orden público definido por la doctrina (cuestión conflictiva por la conceptualización del término en sí).

4 Tribunales Arbitrales

La demanda de arbitraje ha experimentado en los últimos tiempos un notable crecimiento por dos motivos, la aparición de casos complejos y con grandes valores en disputa y una mayor diversidad de las partes y de sus exigencias. Para facilitar el desarrollo de esta figura los Estados-Partes decidieron crear Cámaras o Tribunales arbitrales con vistas a elegir los foros y los árbitros contemplados en los contratos.

En el Mercosur, las instituciones encargadas de apoyar todo lo relativo al desarrollo del arbitraje son la Cámara de Comercio y las Américas, y los Tribunales Arbitrales Privados. La primera es una entidad civil de derecho privado creada en 1991 que actúa como enlace entre la iniciativa política y las normativas gubernamentales con los objetivos comerciales de los empresarios.

Se compone de árbitros pertenecientes a diversas áreas de actuación a fin de garantizar que los litigios sean juzgados por especialistas en la materia. Entre estas especialidades se encuentran comercio interna-

cional, derecho económico, derecho tributario, apertura y cierre de empresas, empresas binacionales (Brasil-Argentina), derecho inmobiliario, derecho laboral y derecho civil.

Los Tribunales Arbitrales Privados son órganos desvinculados de los Gobiernos y que atienden a negocios celebrados entre personas de derecho privado que aceptan voluntariamente, en caso de conflicto, la participación de una convención arbitral. Poseen carácter institucional porque funcionan a través de reglamentos que establecen las formas de funcionamiento, composición, procedimientos, reglas aplicables, sedes, etc.

Divide estos órganos del siguiente modo:

- 1) Instituciones de carácter bilateral, encargadas de litigios derivados de relaciones contractuales privadas (por lo general cuestiones mercantiles) entre nacionales diferentes o entre nacionales cuya obligación contratada deba ser cumplida en territorio extranjero.
- 2) Instituciones regionales destinadas a litigios entre particulares de una determinada región.
- 3) Instituciones de carácter universal creadas para dirimir litigios originados en relaciones jurídicas privadas internacionales.

Como ejemplos de tribunales privados se encuentran entre otros los Tribunales Arbitrales de: CAMARBRA (Cámara de Comercio Argentino Brasileira de São Paulo), CAMARB (Cámara de Arbitraje Empresarial – Brasil), Tribunal Arbitral de RS & Mercosur, Centro de Conciliación y Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Uruguay y de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires.

El Centro de Arbitraje y Mediación de Paraguay (CAMP) se creó para solucionar conflictos sobre propiedades de brasileños en territorio paraguayo. El objetivo del convenio es fomentar el uso del arbitraje en los procedimientos administrados por el CAMP y por la CBMAE y también para paraguayos que han invertido en Brasil, incluyendo la cláusula compromisoria.

Puede apreciarse que el arbitraje en el MERCOSUR cada vez es más aceptado sobre todo por los empresarios de los cuatro países sig-

natarios dada su rapidez, sigilo y transparencia, presentando más ventajas que los pleitos jurisdiccionales, mucho más caros y lentos. Otro motivo de su crecimiento es el aumento del comercio entre los países y la eficacia demostrada por estos Tribunales en superar los obstáculos inherentes a la diversidad de ordenamientos jurídicos, convirtiéndose en un instrumento de consolidación del proceso de integración regional, siendo este un principio inspirador, desde los tiempos de Simón Bolívar, que se encuentra recogido en las cartas constitucionales y en la mayor parte de los proyectos políticos de nuestros países.

5 Conclusión

El arbitraje comercial internacional representa un fenómeno global en el ámbito de la solución de conflictos que tiende a incrementarse aún más en el futuro.

La Ley de Arbitraje Brasileña y la reciente jurisprudencia del STJ otorgan una mayor y progresiva garantía a los participantes del comercio internacional y a los extranjeros que desean invertir en Brasil.

La Doctrina consolida la tesis de que, aunque el arbitraje pueda tratar asuntos referidos al orden público, el posterior control por parte del poder judicial garantizará que no se dicten laudos que vulnere dicho orden.

La tendencia es que los tribunales respeten la autonomía de la voluntad y las decisiones arbitrales, lo que demuestra el surgimiento de un consenso internacional en esta materia que responde al interés del comercio internacional. Sin embargo no puede olvidarse que el Derecho no protege exclusivamente la libertad contractual de las partes sino que ha de velar por otros intereses. La dificultad para definir determinados conceptos puede amenazar el deseado consenso pues provocan—y seguirán provocando—discusiones.

El Mercosur, a pesar de su indudable crecimiento y mayor importancia en las relaciones internacionales y en el Comercio Internacional necesita un mayor y mejor cumplimiento de sus objetivos que incluyen cambios radicales.

Desafortunadamente no siempre es posible mantener la paz en las relaciones humanas, ya sean entre personas físicas o jurídicas, sujetos privados o públicos, por lo que resulta necesario crear mecanismos de solución de problemas y de retorno a un estado de paz social.

Dado que el MERCOSUR carece todavía de un órgano supranacional representado por un tribunal especializado para dirimir exclusivamente los conflictos propios, el arbitraje se convierte en un instrumento ideal para resolver controversias por su rapidez, sigilo y transparencia sin dejar de lado la imparcialidad, el sentido común y la fuerza de la sentencia dictada por los jueces de derecho.

6 Bibliografía

ARGENTINA, Constitución Nacional. <http://www.diputadoscatamarca.gov.ar/con-na.htm>. acceso em 27/10/2012.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. Arbitragem – Lei 9.307/96. 5ª Ed. Revista, ampliada e atualizada. Lumen Juris Editora. Rio de Janeiro, 2009.

FICHTNER, José Antonio e MONTEIRO, André Luís. Aspectos processuais da ação de homologação de sentença arbitral estrangeira no Brasil. Temas de Arbitragem. Primeira Série. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. Arbitragem: legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional. São Paulo: LTr, 1999.

GARRO, Alejandro M. International Commercial Arbitration in Latin América: Recent Law Reforms *in* Direito Comercial Internacional: Arbitragem. Florianópolis: OAB/SC, 2002

LEE, João Bosco, em A homologação de Sentença Arbitral Estrangeira. Estudos em Homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares, In Memoriam, Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins, coordenadores. São Paulo: Atlas, 2007.

MERCOSUL. Disponível em: < <http://www.mercosul.gov.br/jovem/default.asp?Key=115>>. Acesso em 30/10/2012.

PARAGUAY, Constitución de la República del Paraguay. *In* <http://www.trybunal.gov.pl/constit/constitu/constit/paraguay/paragu-s.htm>. Acceso em 02/11/2012.

PUCCI, Adriana Noemi. *A Arbitragem nos países do MERCOSUL*. Brasília: Senado Federal Subsecretarias Técnicas; Porto Alegre: Associação Brasileira de Estudos de Integração, 1996.

SANTOS, Paulo de Tarso. *Arbitragem e Poder Judiciário: mudança cultural*. São Paulo: LTr, 2001.

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. *Direito de empresa no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

O DANO MORAL E O MÉTODO COMPREENSIVISTA DE INVESTIGAÇÃO DE WILHELM DILTHEY

Frederico Antônio Azevedo Ludwig

1 Introdução

O presente artigo trata do dano moral no nosso sistema jurídico e do método compreensivista de investigação de Wilhelm Dilthey. O texto busca encontrar uma resposta ao problema da falta de critérios nas decisões judiciais para o reconhecimento dos danos morais decorrentes da violação de direitos da personalidade e de direitos humanos.

O objetivo geral do trabalho é demonstrar que o método compreensivista de investigação de Wilhelm Dilthey pode ser um meio eficaz para solucionar esse crescente problema enfrentado pelos juízes, principalmente em demandas que envolvem direitos da personalidade e direitos humanos.

De início, abordaremos a temática dos danos morais decorrentes da violação aos direitos da personalidade e aos direitos humanos. Em seguida, analisaremos o método compreensivista de investigação de Wilhelm Dilthey. No capítulo final, pretende-se aplicar a teoria de Dilthey aos danos morais.

2 Os danos morais decorrentes da violação aos direitos da personalidade e aos direitos humanos

O dano moral é entendido como privação ou diminuição daqueles bens que têm valor precípuo na vida do homem, que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a

honra e os demais sagrados afetos, como esclarece Cahali¹, utilizando-se das palavras de Dalmartello.

De acordo com Pereira², o fundamento da reparação do dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo a ordem jurídica conformar-se que sejam impunemente atingidos.

Contudo, apesar do conceito teórico ser claro, a dificuldade encontra-se na avaliação da existência do referido dano no caso concreto.

O aumento das injustiças sociais e a maior conscientização da população em relação aos seus direitos vêm causando uma significativa elevação no número de demandas judiciais. Em consequência, os pedidos de reparação por danos de natureza moral crescem na mesma proporção.

Atualmente, o que se verifica nos tribunais é o predomínio das chamadas ações de massa. Por exemplo: demandas de consumo e indenizatórias por atos ilícitos. Nesses casos, geralmente tem se pleiteado uma reparação pelos danos morais, quando violados os direitos integrantes da personalidade das vítimas.

No entanto, as decisões judiciais muitas vezes não são uniformes em relação ao reconhecimento de danos morais para fatos semelhantes, o que tem provocado diversas críticas dos operadores do direito, tendo em vista a insegurança jurídica que se apresenta.

Nesse contexto, quando grande parte das ações judiciais trata de questões repetitivas, é no exame da ocorrência do dano moral que o juiz pratica com plenitude o ato de julgar, pois é o momento em que examina as peculiaridades da demanda, vivencia a situação de fato, coloca-se no lugar da parte e demonstra sua sensibilidade ao proferir a decisão.

Ao contrário, caso fossem exigidos limites predeterminados ao exame da ocorrência dos danos morais, o ato de julgar tornar-se-ia me-

¹ DALMARTELLO. Danni morali contrattuali. *Riv. Dir. Civ.*, [S.l.], p. 55 et seq., 1933 apud CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 61.

cânico, dispensando-se a experiência e o conhecimento dos juízes para a avaliação do caso concreto.³

A propósito, cabe repercutir as palavras do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Sidnei Beneti citado por Pizetta⁴, quando declarou ser o dano moral “uma das questões mais difíceis do Direito brasileiro atual. Não é cálculo matemático. Impossível afastar um certo subjetivismo.”

Nesse aspecto, a orientação jurisprudencial é no sentido de que sejam estabelecidos critérios razoáveis, dentro das circunstâncias da situação enfrentada no litígio, ou seja, é preciso considerar as peculiaridades do caso e vivenciar o problema pelo qual passou a vítima do dano moral, o que, sem dúvida, exige uma sensibilidade apurada do julgador.

Sobre o tema, já em 1981, o Desembargador Milton dos Santos Martins⁵, Ex-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, referiu em julgado dessa Corte:

(...) sempre atribuímos mais valores às coisas materiais do que às coisas pessoais e do espírito. Não se indenizam as ofensas pessoais, espirituais, e se indenizam os danos materiais. Quer dizer, uma bicicleta, um automóvel, tem mais valor do que a honra e a boa fama do cidadão. Não se mediria a dor. Esta não tem preço. Indigno até cobrar. (...) Tem-se de começar a colocar no ápice de tudo não o patrimônio, mas os direitos fundamentais à vida, à integridade física, à honra, à boa fama, à privacidade, direitos impostergáveis à pessoa. O direito é feito para a pessoa.

Da mesma forma, é importante destacar o lúcido voto pronunciado pela Ministra do Superior Tribunal de Justiça Fátima Nancy An-

³ LUDWIG, Frederico Antônio Azevedo. *Enunciados dos juízes cíveis querendo tarifar a reparação pelo dano moral*. Disponível em: <<http://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/1948646/enunciados-dos-juizes-civeis-querendo-tarifar-a-reparacao-pelo-dano-moral>>. Acessado em: 18/04/2014.

⁴ BENETI, Sidnei Agostinho apud PIZETTA, José. *STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais*. Disponível em: <<http://aberturamundojuridico.blogspot.com.br/2009/09/danos-morais-stj-parametros.html>>. Acessado em: 22/07/2014.

⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 38.677, 2ª Câmara Cível. Apelantes: Caio Martins Leal e Renato Luiz Amaral. Apelados: Os mesmos. Relator: Des. Milton dos Santos Martins. Porto Alegre, 29 de outubro de 1981. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 91, p. 320, abr. 1982.

drighi⁶, ao asseverar, *in verbis*:

A amplitude de que se utilizou o legislador no art. 5º, inc. X da CF/88 deixou claro que a expressão ‘moral’, que qualifica o substantivo dano, não se restringe àquilo que é digno ou virtuoso de acordo com as regras da consciência social. É possível a concretização do dano moral, posto que a honra subjetiva tem termômetro próprio inerente a cada indivíduo. É o decoro, é o sentimento de auto-estima, de avaliação própria que possuem valoração individual, não se podendo negar esta dor de acordo com sentimentos alheios. A alma de cada um tem suas fragilidades próprias. Por isso, a sábia doutrina concebeu uma divisão no conceito de honorabilidade: honra objetiva, a opinião social, moral, profissional, religiosa que os outros têm sobre aquele indivíduo, e, honra subjetiva, a opinião que o indivíduo tem de si próprio. Uma vez vulnerado, por ato ilícito alheio, o limite valoração que exigimos de nós mesmos, surge o dever de compensar o sofrimento psíquico que o fato nos causar. É a norma jurídica incidindo sobre o acontecimento íntimo que se concretiza no mais recôndito da alma humana, mas o que o direito moderno sente orgulho de abarcar, pois somente uma compreensão madura pode ter direito reparável, com tamanha abstratividade.

Em determinadas situações em que se postula o reconhecimento de danos morais o entendimento jurisprudencial está pacificado. É o caso das inscrições indevidas nos cadastros de restrição ao crédito, quando se reconhece o dano moral puro (*in re ipsa*), ou seja, a ofensa é decorrente do efeito natural do ato, uma vez que a dor íntima, que atinge a honra subjetiva da vítima é presumida, dispensando a prova de sua ocorrência, desde que presentes os pressupostos legais para que haja a responsabilidade civil (nexo de causalidade e culpa).

Por outro lado, em diversos outros casos, os tribunais têm entendido que ocorrem apenas fatos corriqueiros, isto é, pequenos trans-

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 270.730 – Rio de Janeiro (2000/0078399-4)*, 3ª Turma. Recorrente: Maitê Proença Gallo. Recorrido: S/A Editora Tribuna da Imprensa. Relatores: Min. Carlos Alberto Menezes Direito e Fátima Nancy Andriighi. Brasília, DF, 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=57510&nreg=200000783994&dt=20010507&formato=PDF>>. Acessado em: 18/04/2014.

tornos, problemas banais que não chegam a caracterizar o pretendido dano, sendo definidos pela jurisprudência como “meros dissabores da vida cotidiana”.⁷

A doutrina ainda suscita outra questão importante: a impossibilidade de ocorrer uma efetiva reparação pela violação dos direitos da personalidade. Por isso, haveria tão somente uma compensação, sem a reparação integral, pois o dano moral seria próprio de cada indivíduo, o que impossibilitaria uma avaliação real por um terceiro (jugador) de suas consequências para a vítima.

Nesse ponto, pensamos que é adequado destacar o pensamento de Rabinovich-Berkman⁸ ao questionar como se indenizam certos danos, que seriam irreparáveis, como aqueles causados pela British Petroleum no Golfo do México. Do mesmo modo que um dano dessa magnitude provoca conseqüências inimagináveis no planeta inteiro, atingindo todas as esferas do meio ambiente (análise macrossistêmica), também pode-se dizer que o dano à paz de espírito, à tranquilidade da alma, causa transtornos irreparáveis ao ser humano (análise microssistêmica), porque essas perturbações dificilmente desaparecem da mente das vítimas, apesar da tentativa de reparação pecuniária, os efeitos traumáticos são permanentes. Assim, apropriadas são as considerações do jurista, ao questionar:

Qué daños son los que realmente pueden ser reparados? Solo los muy pequeños, los baladíes, los intrascendentes. Los otros, los que verdaderamente cuentan, no tienen arreglo posible, y el dinero, no importa cuánto sea, toma un color de burla, de irónica farsa que solo puede cerrar bien en el cérebro obtuso de algún jurista rábula cuya sensibilidad humana se há secado em los pasillos grises de los tribunales, al golpe de las leyes repetidas de memória, cual letanías

⁷ LUDWIG, Frederico Antônio Azevedo. Questões relevantes da indenização por danos morais nos Juizados Especiais Cíveis. *Revista dos Juizados Especiais: Doutrina – Jurisprudência*, Porto Alegre, n. 57/58/59, p. 24-25, abr./ago. 2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site/publicacoes/revista_dos_juizados_especiais/>. Acessado em: 18/04/2014.

⁸ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. ¿Y cómo se indemniza por perder el mundo?. *Revista Persona*, [S.l.], n. 86, jun./ago. 2010. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona86/86Editorial.htm>>. Acessado em: 18/04/2014.

huecas, y de las frases latinas que alimentan la soberbia de las togas sin alma.

Em que pese essa difícil reparação, não há dúvida de que devem ser reconhecidos os danos morais decorrentes da violação aos direitos da personalidade. Entretanto, há muita divergência nas decisões judiciais, fato que provoca insegurança jurídica para os operadores do direito e para os jurisdicionados.

Ao que se verifica, uma das causas dessa dissonância de entendimentos é o distanciamento dos magistrados do contato social, o que implica na insciência do comportamento e das tradições da comunidade onde exerce a jurisdição. Então, como o juiz que não vive a realidade da comunidade pode projetar-se no jurisdicionado? Como pode considerar as particularidades do caso? Como pode avaliar a ocorrência de danos morais em relação àquele indivíduo específico?

Para que isso ocorra, o julgador precisa compreender a realidade da comunidade e dos jurisdicionados nela inseridos. É um exercício de sensibilidade, o qual exige uma mudança de perspectiva do magistrado, que agora deve avaliar o caso considerando as circunstâncias de vida da parte.

Além de tudo, pode-se dizer que a violação aos direitos vinculados à personalidade do indivíduo (integridade física, liberdade individual, intimidade, autoestima, etc), alcança uma importância ainda maior quando se reconhece que também estão atingindo direitos humanos. A respeito, elucida Lacerda:⁹

Acerca da relação entre os direitos humanos e os direitos da personalidade, Tepedino esclarece que os chamados direitos humanos são, a princípio, os mesmos direitos da personalidade. Todavia, afirma o autor, deve-se entender que, quando nos referimos aos direitos humanos, estamos na seara dos direitos individuais protegidos em relação ao arbítrio do Estado. De outro giro, ao tratar dos direitos da personalidade, sem dúvida, se está diante dos mesmos direitos, mas sob o ângulo das relações entre particulares.

⁹ LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade na contemporaneidade*: a repactuação semântica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010. p. 82-83.

Por certo, os direitos da personalidade possuem uma validade interna, enquanto os direitos humanos têm uma repercussão universal, no âmbito do direito internacional, através de tratados, acordos e convenções. De qualquer forma, tanto a Justiça Nacional como os Tribunais Internacionais devem reconhecer o direito à indenização pela violação aos direitos da personalidade e aos direitos humanos.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos já resguardava o direito à vida privada em seu artigo XII: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”¹⁰ Esse dispositivo foi repetido no artigo 17 do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos de 1966. Em seguida, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), também previu a “Proteção da honra e da dignidade”.¹¹

Com efeito, a dignidade da pessoa humana está consagrada como princípio fundamental na Constituição Federal do Brasil (art. 1º, inc. III).¹² Todavia, muitas vezes se argumenta que o conceito “dignidade” é vago, abstrato e retórico, não possibilitando uma avaliação precisa do seu desrespeito no caso concreto ou servindo apenas para fins políticos (Ex: Ruth Macklin – “*Dignity is a useless concept*”)¹³. Ora, a noção de dignidade humana não é supérflua, é fonte dos direitos humanos, é universal. A propósito, esclarece Andorno¹⁴:

¹⁰ NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral. *Declaração universal dos direitos humanos*. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acessado em: 22/07/2014.

¹¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acessado em: 22/07/2014.

¹² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 18/04/2014.

¹³ MACKLIN, Ruth. Dignity is a useless concept. *BMJ*, v. 327, n. 7429, p. 1419-1420, Dec. 2003. Disponível em: <<http://www.bmj.com/content/327/7429/1419.full.pdf+html>>. Acessado em: 18/04/2014.

¹⁴ ANDORNO, Roberto. *A noção de dignidade humana é supérflua na bioética?* Disponível em: <<http://carlosnascimento.over-blog.com/article-24593777.html>>. Acessado em: 18/04/2014.

a noção de dignidade humana faz referência a uma qualidade inseparavelmente ligada à essência do Homem, o que explica que ela seja a mesma para todos, não admitindo graduações. Esta noção retorna, então, à ideia de que ‘as coisas são devidas ao ser humano exclusivamente pelo fato de que ele é humano’ (‘quelque chose est dû à l’être humain du seul fait qu’il est humain’). Isto quer dizer que um respeito incondicional é devido a todos os indivíduos, independente de sua idade, sexo, saúde física ou mental, religião, condição social ou origem étnica.

No mesmo sentido, menciona Sarlet¹⁵:

Certamente um dos papéis centrais do Direito e da Filosofia do Direito é o de assegurar, por intermédio de uma adequada construção e compreensão da noção de dignidade da pessoa humana, a superação de qualquer visão unilateral e reducionista e a promoção e proteção da dignidade de todas as pessoas em todos os lugares.

Em suma, as constantes violações aos direitos da personalidade e aos direitos humanos que, independente do local, ocorrem em menor ou maior escala em todo o mundo, devem ser reprimidas de todas as formas possíveis pelos ordenamentos jurídicos e pelos Tribunais Nacionais e Internacionais. Nesse passo, o reconhecimento dos danos morais representa uma forma de reparar ou compensar as vítimas e punir os transgressores. Ocorre que o problema encontra-se justamente nesse reconhecimento do dano imaterial pelos julgadores. Diante disso, que critérios poderiam ser utilizados pelos juízes para auxiliar a avaliação da existência de danos morais?

3 O método compreensivista de investigação de Wilhelm Dilthey

A priori, é importante que se faça uma análise histórico-conceitual do termo compreensão para melhor entendermos o método de Dilthey.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 39.

No final do século XIX, quando ainda imperava a sociologia positivista de Augusto Comte, surgem movimentos antipositivistas na Europa. Na Alemanha, chamou-se espiritualismo alemão a ideia de defender a criatividade contra posições deterministas sustentadas pelo positivismo. O movimento antipositivista nesse país se dividiu em dois ramos: os discípulos neokantianos do hegelianismo e os historicistas.

Do lado historicista, destacou-se a figura de Wilhelm Dilthey, que buscava na compreensão um método para as ciências sociais. Ele combatia a idéia de entender as ciências da cultura necessariamente por meio de leis universais explicativas, leis gerais de comportamento social.

Para o filósofo, compreender é compreender o outro, que é um sujeito, como eu, não um objeto. Assim, o investigador social coloca-se no lugar dos sujeitos investigados.

A respeito Di Napoli¹⁶ esclarece: “Dilthey parece fazer a compreensão depender da empatia, pois, através dela, teríamos condições de entender a partir da nossa experiência, a experiência do outro e, como consequência, compreender a ação dos outros indivíduos”.

Essa investigação é histórico-cultural, pois, ao reproduzir o lugar onde outras pessoas agiram, remete ao passado. Nesse diapasão, seria possível entender a natureza dos processos históricos colocando-se no lugar dos protagonistas da história.

Então, surgem as seguintes questões: Como é feito esse exercício de retorno ao passado e de compreensão da ação? Seria reproduzir com a imaginação uma determinada situação particular, colocando-se nos estados mentais do investigado?

Dilthey entendia que todo estado mental real produz um resultado, ou seja, para compreendermos um escritor ou um pintor, devemos ver suas obras ou pinturas. É a ideia hegeliana de que não há essência sem aparência.

Logo, compreender o outro sujeito seria compreender suas dimensões subjetivas, exercitar a capacidade de ter contato com outros estados mentais. Aqui a hermenêutica adquire uma dimensão metodo-

¹⁶ DI NAPOLI, Ricardo Bins. *Ética e compreensão do outro: a ética de Wilhelm Dilthey sob a perspectiva do encontro interético*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 136.

lógica diferente, já que seria um método de interpretação que analisa a essência pela aparência, isto é, os produtos culturais revelariam a essência do investigado, seus motivos e suas intenções.¹⁷

Entretanto, a crítica que poderia ser feita ao método de Dilthey diz respeito à subjetividade da compreensão do investigador.

Diante disso, Weber desenvolveu o método dos tipos ideais, caracterizado pela construção de um modelo ideal, onde há um sujeito ideal e típico, puramente racional. Seria uma ferramenta de comparação com as situações reais. Com isso, constatando-se os desvios do modelo ideal em comparação com a realidade, busca-se o obstáculo que causou esse desvio. No caso, o obstáculo ajuda o investigador a reconstruir os motivos que teve o indivíduo para atuar, sendo essa capacidade reconhecida como compreensão.¹⁸

O método de Weber até poderia ser considerado mais objetivo em comparação com a hermenêutica diltheyana, porém, persistiria o problema psicologista, qual seja: compreender continua sendo entender os estados mentais do outro, isto é, reconstruir na consciência do investigador a consciência do investigado.

4 A aplicação da teoria de Dilthey aos danos morais

Primeiro, é necessário reforçar, como já expomos, que o dano moral tem um conteúdo próprio e elementos positivos no seu conceito. Assim, é descabida a utilização de um critério simplista, que define por negação referido dano, no sentido de que seria todo o dano não patrimonial. Além disso, também não merece amparo o entendimento de que toda a lesão a um direito extrapatrimonial acarreta necessariamente um dano de natureza moral, pois “tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a um bem não patrimonial como dano moral em resultado de ofensa a bem material”.¹⁹

¹⁷ SCHUSTER, Federico et al. *El oficio de investigador*. Buenos Aires: Homo Sapiens Ediciones, 1995.

¹⁸ LAVIÉ, Quiroga. *Introducción a la teoría social de Max Weber*. Buenos Aires: Pannedille, 1970.

¹⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 852.

Em segundo lugar, mostra-se conveniente esclarecer que a reparação do dano moral não está restrita às lesões aos direitos integrantes da personalidade, isto porque esse dano também pode decorrer da lesão patrimonial de bem com valor afetivo, como a perda de um anel de noivado, o que segundo Diniz constitui um dano moral indireto²⁰, ou até mesmo advir da perda de um ente querido.²¹

Ainda, em terceiro lugar, cabe referir que, tanto o dano moral como o dano psicológico possuem um elemento comum que é a alteração do equilíbrio espiritual da pessoa. Ocorre que, no dano psicológico, tal perturbação atinge um nível de patologia, sendo necessário o auxílio de disciplinas que estudam a saúde mental.²²

Feitas essas considerações, que entendemos pertinentes para delimitar a matéria em análise, passamos a desenvolver o tema da aplicação da teoria de Dilthey ao dano moral.

Nessa esteira, desde o Direito Romano, por meio da *actio iniuriarum aestimatoria*, já eram protegidos os interesses de natureza não patrimonial, como explica Pizarro²³: “En el Derecho Justiniano, el concepto de injuria se expandió notablemente, comprendiendo ‘todo hecho mediante el cual se manifestare de una manera contraria a derecho, un desprecio a la personalidad de outro’.”

No entanto, a evolução histórica na proteção dos direitos integrantes da personalidade, especificamente com relação ao reconhecimento do dano moral, tem encontrado um problema de ordem prática, onde o método de Dilthey pode ser considerado como um auxílio.

Segundo Dilthey, o procedimento hermenêutico mais apropriado para a compreensão do mundo histórico do espírito é aquele que se fundamenta em compreender o todo a partir do singular e o singular a partir do todo: “a compreensão (estabelecer relações do particular com o universal, induzindo as relações do primeiro com o segundo) é um

²⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 68.

²¹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 47.

²² DARAY, Hernán. *Daño psicológico*. Buenos Aires: Astrea, 1995. p. 25.

²³ PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral: Prevención. Reparación. Punición: el daño moral en las diversas ramas del derecho*, Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p. 47.

processo de pensamento. Não há como pensar a relação com o outro sem um conhecimento hermenêutico de sua condição (...).”²⁴

Na prática, em relação às decisões judiciais, o que se percebe é que muitas vezes não são observadas as circunstâncias do caso *sub judice*. Os juízes não investigam a situação peculiar da parte, analisando tão somente o fundamento central do pedido, o que leva a ação judicial a ser considerada como tantas outras já julgadas, seguindo-se uma decisão padrão.

No que diz respeito ao Brasil, não se desconhece o imenso volume de processos judiciais que sobrecarregam o Poder Judiciário. Todavia, essa realidade não justifica a adoção de uma forma de julgamento baseada simplesmente em modelos de jurisprudência, o que pode causar evidente injustiça no caso concreto.

Ademais, decisões que não acompanham as mudanças da sociedade têm uma repercussão que transcende os julgamentos, porquanto engessam a jurisprudência e inviabilizam a evolução do direito como meio de transformação social.

Por outro lado, denota-se que a vivência do magistrado influencia na forma do seu julgamento, até porque o conhecimento da condição do outro está relacionado com as experiências de vida do julgador. Nesse ponto, surge o seguinte questionamento: O juiz pode utilizar-se desse conhecimento privado nas suas decisões ou deve manter-se restrito à prova colhida nos autos? Esse é um dos grandes dilemas enfrentados pelo direito processual, conforme menciona Stein²⁵: “Si el juez puede o no utilizar el conocimiento de máximas de la experiencia que ha adquirido en cuanto persona privada, es un problema que pertenece al campo de las cuestiones más debatidas del derecho procesal”.

Contudo, conclui o jurista Stein²⁶: “Sólo mediante la más absoluta libertad pueden ser útiles a la finalidad de la administración de

²⁴ DI NAPOLI, Ricardo Bins. *Ética e compreensão do outro: a ética de Wilhelm Dilthey sob a perspectiva do encontro interético*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 153.

²⁵ STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990. p. 72.

²⁶ *Ibid.*, p. 97.

la justicia toda la formación, experiencia y ciencia que nuestros jueces poseen”.

A respeito do que seria experiência de vida, o próprio Dilthey²⁷ comenta:

Llamo experiencia de la vida al complejo de procesos em que probamos los valores de la vida y los valores de las cosas. Presupone el conocimiento de lo que es, es decir, nuestra interpretación de los objetos, y nuestras voliciones, cuyo fin más próximo está dirigido sobre los cambios exteriores o sobre nosotros mismos, pueden ser al mismo tiempo médios de comprobación tanto de valores de nuestros momentos de la vida como de las cosas externas, em caso de que nuestro interés se dirija sobre ello. Por el conocimiento de los hombres, de la historia y de la poesia se amplían los recursos de la experiencia de la vida y su horizonte.

Ao expressar essas vivências o julgador demonstra feições de sua vida, além da compreensão provocada pelas experiências. A interpretação dada a esses fatos da vida pode ter a influência do nexu psíquico, onde sequer chega “a luz da consciência”.²⁸

Por isso, mesmo que possua muita experiência de vida para compreender a condição do outro, o juiz não consegue se distanciar de uma valoração própria daquela situação, consequência das suas vivências e de seus aspectos psíquicos.

Dilthey comenta que “Sobre la base de la vivencia y de la comprensión de uno mismo y em la constante interacción entre ambas se desarrolla la comprensión de personas y de manifestaciones de vida ajenas.”²⁹

As formas elementares de compreensão surgem dos interesses da vida prática, onde a comunicação recíproca das pessoas assume papel fundamental. O processo de compreensão está baseado na relação existente entre a expressão e o expressado nela.

²⁷ DILTHEY, Wilhelm. *La esencia de la filosofía*: con un estudio preliminar de Eugenio Pucciarelli. Buenos Aires: Losada, 1944. p. 137.

²⁸ Id. *Crítica de la razón histórica*. Barcelona: Península, 1986. p. 273.

²⁹ Ibid., p. 272.

Desse modo, além do estudo teórico, o interesse do juiz pela vida prática, onde consiga desenvolver uma comunicação, captando o que está sendo expressado pelas pessoas, é uma forma elementar de compreensão. Assim, é essencial que se compreenda a linguagem utilizada pelo jurisdicionado.

Constata-se que muitas vezes o magistrado não consegue desenvolver essa forma de compreensão, pois sua convivência é limitada ao meio jurídico, sem um contato com a diversidade social, fato que, sem dúvida, restringe a sua compreensão da realidade. Entretanto, não há dúvida de que o juiz julga acontecimentos da vida prática dos jurisdicionados. Por essa razão, é fundamental o seu contato com a realidade e a sua comunicação com o mundo social.

Segundo Dilthey, a compreensão elementar tem relação com o espírito objetivo, que seriam as múltiplas formas que a comunidade se objetivou no mundo sensível, abarcando desde o estilo de vida, as formas de trato, até o nexo de fins que a sociedade se configurou, os costumes, o direito, o Estado, a religião, a arte, as ciências e a filosofia.

Logo, mostra-se evidente a conexão que a compreensão interna tem com o saber geral, como refere o autor Dilthey³⁰:

De todo ello resulta una importante consecuencia para el proceso de la comprensión. La manifestación de vida que el individuo capta no es para él, em general, algo aislado, sino que se halla repleta, por así decir, de un saber acerca de lo común y de una relación, presente em ella, con algo interno.

Outrossim, a compreensão está intimamente ligada à afinidade recíproca dos indivíduos, que pressupõe a conexão do universal humano com a individualização. Esse exercício somente é possível por meio da prática de viver interiormente, que ocorre mediante a imersão no singular e a comparação com o diferente.

Portanto, deve-se reconhecer as diferenças de vida dos indivíduos para que se compreenda as razões de suas atitudes. Verifica-se muitas

³⁰ DILTHEY, Wilhelm. *Crítica de la razón histórica*. Barcelona: Península, 1986. p. 275.

vezes a dificuldade do julgador em avaliar um determinado ato praticado pela parte, porque não agiria daquela forma na mesma situação. No entanto, é importante que o juiz examine todas as circunstâncias que envolvem aquele caso específico, ou seja, compreendendo quem são os agentes participantes, como vivem, que valores respeitam, quais as causas e motivos daquela atitude, etc.

Nessa esteira, não há como desvendar uma realidade diferente sem que se conheça a sua própria individualidade e a compare com as demais. Ao que se constata na prática, essa tarefa muito raramente é realizada, pois os julgamentos ocorrem dentro de uma única realidade, aquela vivenciada pelos juízes. A respeito, é relevante o comentário de Souza³¹:

Assim, quem compreende que o mundo e a verdade sobre o mundo são radicalmente humanos, está preparado para conceber que não existe um mundo em si, mas muitos mundos humanos, de acordo com as atitudes ou pontos de vista do sujeito existente. O homem é essencialmente existência e isso acarreta que a significação do mundo se diferencia conforme as várias atitudes ou pontos de vista do sujeito-no-mundo.

Assim, a compreensão superior busca uma conexão com a própria vivência experimentada, o que Dilthey³² denomina de traslado ou transposição: “Así, pues, cuando las condiciones de la comprensión conllevan la presencia de la propia conexión psíquica vivida, hablamos de la transposición del propio yo a um conjunto dado de manifestaciones de vida”.

Com efeito, sobre a base dessa transposição, surge a forma suprema em que a totalidade da vida psíquica opera na compreensão, que é a reprodução ou revivência.

Nesse passo, toda a atualização viva de um meio e de uma situação externa estimula em nós a revivência. Essa compreensão nos

³¹ SOUZA, Ricardo Timm de. *Justiça em seus termos: dignidade humana, dignidade do mundo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 115.

³² DILTHEY, Wilhelm. *Crítica de la razón histórica*. Barcelona: Península, 1986. p. 280.

permite viver situações que não estão presentes na nossa realidade atual. Daí a influência relevante das vivências do magistrado no ato de julgar, quando se opera essa reprodução.

Em resumo, a hermenêutica diltheyana baseada na compreensão da realidade interna do indivíduo e de seus efeitos externos, através da empatia, em que pese a crítica pelo seu subjetivismo, é um método capaz de auxiliar os julgadores no exame da ocorrência do dano moral, quando violados os direitos integrantes da personalidade e os direitos humanos.

5 Considerações finais

Por certo, não há como estabelecer critérios objetivos para comprovar a existência de danos morais, o subjetivismo faz parte dessa análise. O que defendemos é a utilização do método da empatia para uma melhor compreensão do caso concreto. Mesmo assim, como vimos, sempre haverá a influência das vivências, da realidade e do aspecto psíquico do julgador.

Diante disso, a sensibilidade dos juízes representa um importante requisito para a aplicação do método de Dilthey. O que não pode ser admitido é uma percepção irresponsável do julgador, a qual não considere realidades diferentes de mundo. “Exprimindo-nos de forma extremada, poderíamos dizer que a primeira de todas as responsabilidades é garantir a possibilidade de que haja responsabilidade.”³³

Aliás, esclarece Di Napoli³⁴:

A compreensão da vida é o objetivo tanto da Psicologia como da Hermenêutica. A compreensão parte, na Psicologia, do sentir. Na Hermenêutica, o sentir é o meio para, colocando-nos na situação do outro, nos seus pensamentos, sentimentos, vivências, podemos compreender melhor os outros homens a partir de seus pontos de vista, não dos nossos.

³³ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Editora PUC Rio, 2006. p. 177.

³⁴ DI NAPOLI, Ricardo Bins. *Ética e compreensão do outro: a ética de Wilhelm Dilthey sob a perspectiva do encontro interético*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 115.

É preciso que o magistrado desenvolva a aplicação da empatia para uma maior compreensão dos casos que julga. Do contrário, o que para o jurisdicionado representa um grave dano moral aos direitos integrantes da sua personalidade, para o julgador pode significar um “mero dissabor da vida cotidiana”.

Ocorre que essa percepção depende do interesse do julgador na busca da realidade dos fatos, bem como da consciência do papel que assume perante os jurisdicionados em assegurar a proteção aos direitos da personalidade e aos direitos humanos:

é importante que o Juiz saiba da dimensão humana da sua tarefa, pois não é apenas o aplicador da lei, mas um dos responsáveis pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária (...) A tarefa do Juiz não se resume a julgar. É contribuir, também, para transformar o mundo. E para transformar o mundo, precisa nele acreditar.³⁵

Atente-se ao que sustenta o magistrado espanhol Garzón³⁶:

Yo pienso que en el área de los derechos humanos todos tenemos que ser proactivos. Pero, desde luego, en el área de la protección de las víctimas eso es fundamental. Somos activistas, los jueces somos capaces de actuar, además; al final, los jueces somos los que constitucionalmente tenemos la obligación de dar protección a las víctimas. Evidentemente, eso ocurre dentro de un marco legal, pero hay que darles protección. Y cuando se trata de crímenes masivos, el primer interés que proteger es el de las víctimas, que por miles, por millones, han sido las que han sufrido las acciones torcidas de la humanidad.

Por derradeiro, cabe mencionar o pensamento de Rogers sobre o futuro da humanidade: “Uma revolução silenciosa está se desenvol-

³⁵ LUDWIG, Frederico Antônio Azevedo. Ética profissional dos Conciliadores e Juízes Leigos nos Juizados Especiais Cíveis. *Revista dos Juizados Especiais: Doutrina – Jurisprudência*, Porto Alegre, n. 28/29, p. 13, abr./ago. 2000. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site/publicacoes/revista_dos_juizados_especiais/>. Acessado em: 18/04/2014.

³⁶ GARZÓN, Baltasar. *La fuerza de la razón*. Barcelona: Editorial Debate, 2011. p. 82.

vendo em quase todas as áreas. Ela promete levar-nos em direção a um mundo mais humano, mais centrado-na-pessoa.³⁷ É exatamente isso o que desejamos através de um ativismo dos juízes: um mundo de julgamentos mais humanos, mais sensíveis ao reconhecimento de danos morais, quando violados os direitos integrantes da personalidade e os direitos humanos. Um mundo centrado na pessoa para que se compreendam, por meio da empatia, as angústias, as ansiedades, as aflições, os temores, as inseguranças, os desgostos, os aborrecimentos, as humilhações, os vexames, os preconceitos, as discriminações, as dores emocionais, ou seja, todo o sofrimento enfrentado pelas vítimas de agressões psíquicas ou físicas que causam danos morais.

6 Bibliografía

ANDORNO, Roberto. *A noção de dignidade humana é supérflua na bioética?* Disponível em: <<http://carlosnascimento.over-blog.com/article-24593777.html>>. Acesso em: 18/04/2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18/04/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 270.730 – Rio de Janeiro (2000/0078399-4)*, 3ª Turma. Recorrente: Maitê Proença Gallo. Recorrido: S/A Editora Tribuna da Imprensa. Relatores: Min. Carlos Alberto Menezes Direito e Fátima Nancy Andrichi. Brasília, DF, 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=57510&nreg=200000783994&d-t=20010507&formato=PDF>>. Acesso em: 18/04/2014.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DARAY, Hernán. *Daño psicológico*. Buenos Aires: Astrea, 1995.

³⁷ ROGERS, Carl R. *Sobre o poder pessoal*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 329.

DI NAPOLI, Ricardo Bins. *Ética e compreensão do outro: a ética de Wilhelm Dilthey sob a perspectiva do encontro interético*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DILTHEY, Wilhelm. *Crítica de la razón histórica*. Barcelona: Península, 1986.

_____. *La esencia de la filosofía: con un estudio preliminar de Eugenio Pucciarelli*. Buenos Aires: Losada, 1944.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GARZÓN, Baltasar. *La fuerza de la razón*. Barcelona: Editorial Debate, 2011.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Editora PUC Rio, 2006.

LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactuação semântica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

LAVIÉ, Quiroga. *Introducción a la teoría social de Max Weber*. Buenos Aires: Pannedille, 1970.

LUDWIG, Frederico Antônio Azevedo. *Enunciados dos juízes cíveis querendo tarifar a reparação pelo dano moral*, Disponível em: <<http://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/1948646/enunciados-dos-juizes-civeis-querendo-tarifar-a-reparacao-pelo-dano-moral>>. Acesso em: 18/04/2014.

_____. *Ética Profissional dos Conciliadores e Juízes Leigos nos Juizados Especiais Cíveis*. *Revista dos Juizados Especiais: Doutrina – Jurisprudência*, Porto Alegre, n. 28/29, p. 11-14, abr./ago. 2000. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site/publicacoes/revista_dos_juizados_especiais/>. Acesso em: 18/04/2014.

_____. Questões relevantes da indenização por danos morais nos Juizados Especiais Cíveis. *Revista dos Juizados Especiais: Doutrina – Jurisprudência*, Porto Alegre, n. 57/58/59, p. 24-26, abr./ago. 2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site/publicacoes/revista_dos_juizados_especiais/>. Acesso em: 18/04/2014.

MACKLIN, Ruth. Dignity is a useless concept. *BMJ*, v. 327, n. 7429, p. 1419-1420, Dec. 2003. Disponível em: <<http://www.bmj.com/content/327/7429/1419.full.pdf+html>>. Acesso em: 18/04/2014.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral. *Declaração universal dos direitos humanos*. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 22/07/2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 22/07/2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral: Prevención. Reparación. Punición: el daño moral em las diversas ramas del derecho*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

PIZETTA, José. *STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais*. Disponível em: <<http://aberturamundojuridico.blogspot.com.br/2009/09/danos-morais-stj-parametros.html>>. Acesso em: 22/07/2014.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. ¿Y cómo se indemniza por perder el mundo?. *Revista Persona*, [S.l.], n. 86, jun./ago. 2010. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona86/86Editorial.htm>>. Acesso em: 18/04/2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 38.677, 2ª Câmara Cível. Apelantes: Caio Martins Leal e Renato Luiz Amaral. Apelados: Os mesmos. Relator: Des. Milton dos Santos Martins. Porto Alegre, 29 de outubro de 1981. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 91, p. 320-327, abr. 1982.

ROGERS, Carl R. *Sobre o poder pessoal*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHUSTER, Federico et al. *El oficio de investigador*. Buenos Aires: Homo Sapiens, 1995.

SOUZA, Ricardo Timm de. *Justiça em seus termos: dignidade humana, dignidade do mundo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

DIAGNÓSTICO DOS PROBLEMAS DO REGISTRO DE IMÓVEIS RURAIS NO BRASIL

José de Arimatéia Barbosa

1 Introdução

1.1 Origem das terras portuguesas /brasileiras

A história oficial registra que de acordo com a bula INTER COETERA do papa ALEXANDRE VI, por ele assinada, em 1493, a pedido dos também espanhóis, reis Fernando e Isabel, a posse das terras localizadas a partir de uma linha demarcada a 100 léguas de Cabo Verde, deveriam pertencer à Espanha.

Não se conformando com essa linha demarcatória, Portugal reagiu pedindo ao novo papa JULIO II, que revogasse a decisão de seu antecessor, no que foi atendido no ano de 1506, mantendo os ditames do Tratado de Tordesilhas, denominado ‘CAPITULACIÓN DE LA PARTICIÓN DEL MAR OCEANO’, que assinado fora em 7 de junho de 1494, na pequena cidade espanhola com o mesmo nome.

Ora naquela época, pedido como esse era costumeiro, pois entendiam os reis que a Deus, criador de todas as coisas, pertenciam as terras, e assim, caberia tão somente à Igreja Católica, dele representante, partilhar a sua criação

Eis o texto do documento mais importante da história dos séculos XIV e XV, referente às descobertas e partilha de novas terras, pelos navegantes europeus.

As suas altezas reais e aos ditos procuradores , que em seu nome e por verdade dos ditos seus poderes outorgaram e consentiram que

se faça e assinale pelo dito Mar Oceano uma faixa ou linha reta de pólo a pólo, convém saber, do pólo ártico ao pólo antártico que é de Norte a Sul, a qual faixa ou linha se há de dar e dê reta, como dito foi, a trezentas e setenta léguas das Ilhas de Cabo Verde, pela parte do poente, por graus ou outra maneira, como melhor e pronto se passa fazer, de maneira que não sejam mais e que tudo o que até aqui se tem dito e descoberto e de aqui adiante se achar e descobrir pelo dito senhor rei de Portugal (...)tanto ilhas como terra firme, desde a dita faixa e linha, dada de forma como foi dita (...)¹

Com o novo tratado, a Portugal caberia as terras “descobertas e por descobrir”, situadas antes da linha que demarcava com um novo tratado, ou seja, a 370 léguas (1.770 km) a oeste de Açores e Cabo Verde e, á ESPANHA, aquelas que localizassem além da citada linha.

De acordo com o historiador português ROMERO DE MAGALHÃES, o Tratado de Tordesilhas, na verdade, garantiu aos portugueses o que eles mais queriam naquela época, qual seja, uma navegação segura e tranquila pela costa africana, rumo ao novo caminho para as Índias, passando pelo sul da África, o que foi concretizado por Vasco da Gama.

1.2 Sistema registral: origem e evolução

Destinados, tão somente, para fins estatísticos, tornou-se obrigatório o Registro Geral de Imóveis, no ano de 1864, por força da Lei nº 1.237, regulamentada pelo Decreto nº 3.453/1865.

A importância do registro de imóveis sobre os aspectos sociais, econômicos e jurídicos e sobretudo para os fins de sua publicidade, remontam de muitos anos e muitos são os autores que fazem referência ao Direito hebreu, grego e egípcio, para ali encontrar-se suas origens históricas.

A propósito, a Bíblia Sagrada, já nos tempos de Nabucodonossor (Jr. 32: 14-15), apontava formalidades para a compra e venda imóvel. Assim Javé ordena a Jeremias:

... toma estes documentos, este contrato de compra e venda, o

¹ Disponível: www.ttonline.com.br, acessado em 05 de fevereiro de 2014.

exemplar selado e a cópia aberta e coloca-os em um lugar seguro, para que se conservem por muito tempo. Porque assim disse lahwah dos Exércitos, o Deus de Israel: ainda comprarão casas, campos e vinhas nesta terra.

A demarcação da propriedade privada, ou sejam os pontos de referências; marcos (LANDMARKS-) tem sua origem bíblica, no livro de PROVÉRBIOS, capítulo 22, versículo 28, que assim reza: “Não remova os antigos marcos que teus pais fixaram”

Extraída do mesmo livro bíblico, há outra citação judaica que diz: “Não remova os marcos (LANDMARKS) vizinhos, eles tem sido usados desde os tempos antigos, para definir as heranças”.

Estes versículos chamam a atenção, não só para publicidade do ato negocial, como também para os limites de terras que foram marcados por meio das colunas de pedra, prática utilizada pelos nossos antepassados; presente na memória de todo aquele que vive, ou viveu no meio rural.

Volvendo à publicidade registral, valendo-se uma vez mais de um livro bíblico, o de Ruth, merece trazer à colação o que se vê em seu capítulo IV, versículos 2 a 4:

Então Boaz tomou dez homens dos anciãos da cidade e disse: Assentai-vos aqui. E assentaram-se. Disse ao resgatador: Aquela parte de terra que foi de Elimeleque, nosso irmão, Noemi, que tornou da terra dos moabitas, a tem para venda. Dr. Veja para mim o início e o fim da citação que não estou conseguindo encontrar...Resolvi, pois, informa-te disso e dizer-te: compra-a na presença destes que estão sentados aqui e na de meu povo; se queres resgatá-la, resgatala-á se não tu que a resgate, e eu, depois de ti. Respondeu ele; eu a resgatarei.

Quanto ao sistema registral, ultrapassadas sua origem, via fontes históricas, extraídas do livro sagrado para os cristãos, a bíblica e transportando-nos para o novo mundo, tomando como marco o descobrimento das terras brasileiras, verifica-se que ao longo de 300 anos, contados do ano 1500, quanto à regularização fundiária, Portugal, seu

descobridor, assim considerado em razão do citado TRATADO DE TORDESILHAS, nada fez para sua colônia ocidental.

Certo é de conhecimento comum que, entre os séculos XVI e XIX, não se têm notícia oficial do controle das terras brasileiras, sabendo-se tão somente que tudo girava em torno das Cartas e/ou Concessões de Sesmarias, para as quais não havia critérios objetivos destinados a identificar e discriminar perfeitamente os imóveis.

Ora, do exposto, resulta que a palavra chave, aquela época era SEGURANÇA JURÍDICA, notadamente quando se buscava resguardar o patrimônio. O mesmo imperativo aplica-se nos dias de hoje, fato que por si só recomenda-se aos operadores do Direito, a repensar as virtudes que o sistema registral brasileiro representa.

Volvendo-nos às discussões parlamentares de outrora, tendo sido aceita e apoiada a proposta de emenda aditiva apresentada pelo Deputado Pedroso, restou figurando na Lei Orçamentária de 1843, com eficácia limitada o ulterior decreto que estabelecesse e definisse os lugares que seriam instalados os registros, pelo modo como o governo estabelecesse em regulamento.

Do exposto, não se pode negar que, se para a abertura da matrícula, o registrador brasileiro fundamentasse num sólido e eficiente cadastro, a exemplo do que se passa na Holanda; Austrália, Alemanha e/ou em outros Países europeus, formados por pequenas áreas geográficas, certamente poder-se-ia ter registros e cadastros autênticos.

Verdade seja dita, aqui a realidade é bem diferente: como a matrícula surgiu em primeiro lugar, ela é que deverá estar pronta a complementar a elaboração do futuro cadastro. Lamentavelmente isso não é possível pois inexistente em nosso país uma lei federal que possa ampará-lo, por isso mesmo que a aquisição da propriedade imobiliária no país, por ato inter vivos, seja constitutiva a partir do registro do respectivo título no Serviço Registral (arts. 1.227 e 1.245 do Código Civil), em muitos casos não há assimetria entre esse e aquele.

A exemplo do que se passa no sistema publicista, praticado na Alemanha, , onde são constitutivos os registros; no Brasil essa possibilidade há tão somente quanto ao registro dos atos causa mortis, pelos

quais a transmissão da propriedade aos herdeiros se constitui quando com a abertura da sucessão, sendo seu registro fins meramente declarativos. Outros exemplos de registros declarativos no Brasil são os atos previstos no artigo 178 da Lei 6.015/73 e alguns outros, elencados no artigo 167 do mesmo diploma legal.

2 Registro imobiliário brasileiro e cadastro

O registro imobiliário tem sua origem na primitiva lei hipotecária 317/43 e Decreto 482/46; bem como na Lei 1.237/64 e seu Decreto regulamentador de número 3.453/1863, que introduzidos no ordenamento jurídico pátrio sob a influência da Igreja católica resultou na promulgação da Lei nº 601/1850 e do Regulamento nº 1.318/1854, conhecidos como "Registro do Vigário", pois controlados pelos párocos a época.

Reportando um pouco sobre o período imperial no Brasil, sabe-se que por força da Resolução de Consulta da Mesa do Desembargo do Paço n. 76, com a rubrica de S. A. Real o Príncipe Regente, assinada por José Bonifácio de Andrade e Silva, em 17 de julho de 1822, foram suspensas todas as concessões de Sesmarias até a convocação da Assembleia Geral Constituinte, ocorrida em 1824.

Todavia, sabe-se que, ela, uma vez dissolvida pelo Imperador, em ato contínuo, por ele foi outorgada a primeira Constituição do Brasil, garantindo o direito de propriedade, sem distinguir posse da propriedade, ou ato que revalidasse a Resolução supra.

Conclui-se que a partir de 1824, até a vigência da Lei 601/1850, denominada Lei das Terras, o Brasil viveu um período de vacância da lei (*vacatio legis*), momento em que, mesmo ilegalmente, as cartas de sesmarias continuaram a ser expedidas.

Até a criação do Código Civil Brasileiro, quando então surgiu o registro geral de imóveis, POSSE E PROPRIEDADE, institutos estranhos à sistemática lusitana, eram tituladas sem qualquer distinção perante o Império e/ou República.

Não é caso de se continuar aqui a descrição da trajetória histórica do aperfeiçoamento do sistema registral do País; basta consignar que,

desde o século XIX, conjuntamente com outros Países, na vanguarda de um movimento que se irradiaria por todo o mundo, o Brasil criou o seu sistema de publicidade hipotecária, nos termos das citadas leis e respectivos decretos regulamentadores, tendo como objetivo concretizar a transmissão da propriedade privada com efeito constitutivo, diferenciando-a da pública, substituindo a tradição pela transcrição.

Verifica-se que na primeira Constituição do Brasil, por ordem do imperador, D. Pedro I, dentre os Direitos e garantias inseridos a propriedade foi garantida em toda sua plenitude (art. 179). No entanto sua Alteza Real deixou de regular no texto constitucional a questão das terras públicas devolutas bem como as posses e/ou suas ocupações, já que suspensas estavam as concessões de sesmarias, desde 1822, conforme, adiante se vê.

Surgiu daí a PRIVATIZAÇÃO DAS TERRAS RURAIS, já que até então, nenhuma registro se tem sobre legislação, discriminando essas últimas, das áreas urbanas.

3 Segurança jurídica do sistema registral brasileiro

O atual sistema de registro de imóveis é meramente descritivo, por isso é que se confere a presunção RELATIVA (*juris tantum*) de verdade ao ato registral, o qual, até prova em contrário, atribui eficácia jurídica e validade perante terceiros (art. 252 da Lei 6.015/73 e art. 1.245 e ss. do Código Civil).

A presunção ABSOLUTA (*iure et de iure*) também poderá ocorrer, se o interessado valer-se do REGISTRO TORRENS, introduzido no Brasil em 1890, por influência do grande Jurista Rui Barbosa, através do Dec. N 451-B, ainda em vigor por força do art. 277 e seguintes da Lei 6.015/73.

Trata-se de uma modalidade facultativa de registro, através de processo expurgativo, tornando-o direito de propriedade incontestável a quem o fizer, na certeza que nenhuma ação poderá atingi-lo, salvo a rescisória, matrícula fraudulenta, retificação no caso de erro e anulação do título anterior.

No Brasil, poucos são os registros torrens que se tem notícia. Isso se justifica pelo alto custo, bem como pela morosidade na tramitação do procedimento, que é constituído de duas fases, uma administrativa e outra judicial.

Além dos fatores acima, segundo o jurista Afrânio de Carvalho, seu insucesso ocorreu porque entre o ano de 1890, data de sua criação, e 1916, ano da incorporação do Registro de Imóveis no Código Civil, decorreu um período que, nas condições contemporâneas, deve ter havido como insuficiente para que o primeiro se tornasse plenamente conhecido e viesse a suplantar o segundo.

Registra-se que na vigência do citado Código Civil, o sistema registral não deixou de se desenvolver, provendo garantia jurídica a um número expressivo de pequenos e médios proprietários, acompanhando o fenômeno de concentração urbana do País ocorrida a partir da década de 50, acentuando o caráter social de sua atividade.

Vários são os autores que tratam do Registro de Imóveis e desenvolvimento econômico e social. Todavia é no direito comparado, que buscamos subsídio para concluir que, a contribuição dos sistemas registraes de segurança jurídica é decisiva ao crescimento econômico.

Na lição do renomado Jurista espanhol Fernando González², “quanto mais eficientemente um sistema de registro de imóveis desempenhar suas atividades, em maior medida poderá contribuir para o crescimento econômico. Em seu trabalho, primeiramente, González aproxima teoricamente as razões pelas quais um sistema registral de segurança jurídica preventiva é essencial ao crescimento econômico. Em segundo lugar alude às razões pelas quais os registros de direitos são superiores aos registros administrativos de documentos. Em terceiro lugar, faz referência aos limites dos efeitos públicos dos documentos que contêm atos e contratos privados com relação ao registro, caso se deseje manter um sistema registral de direitos. Em quarto lugar, faz referência ao caso espanhol e à recente e profunda reforma da qual foi objeto”.

² Fernando P. Méndez González, in revista de Direito Imobiliário 43, jul/dez 2002.

Prosseguindo, o renomado Fernando González desenvolve seus ensinamentos baseados na interação bem testada entre propriedade imobiliária segura e produtividade agrária, acrescentando à teoria a importância da informação positiva em relação aos custos de transação. Para traçar a relação entre registro imobiliário, desenvolvimento financeiro e crescimento econômico, une a construção teórica: 1- segurança da posse e propriedade da terra e incentivos de investimento; 2- título de propriedade e crédito; 3- mercados imobiliários, transações e eficiência; 4- mobilidade da mão-de-obra e eficiência; e 5- liquidez imobiliária, mobilização de depósito e investimento.

Remata, aduzindo que toda economia de mercado tem um sistema formal de registro de domínio e de bens imobiliários e um bom cadastro. O sistema visa à segurança jurídica do proprietário, propicia garantias para os investimentos e sustenta outros direitos – públicos e privados sobre a propriedade imobiliária. Um sistema de registros de direitos imobiliários e de cadastro, que serve à avaliação imobiliária. Utilização da terra e outros dados relacionados com gerenciamento fundiário é uma ferramenta crítica para que uma economia de mercado possa funcionar apropriadamente.

4 Conceitos de imóvel rural conforme legislação brasileira

Seguindo lição do renomado registrador de imóveis no Brasil, Eduardo Augusto de sua obra, Registro de Imóveis, Retificação de Registro e Georreferenciamento, Fundamento e Prática, ed . Saraiva-SP, 2013, p. 311 , colhemos os conceitos aplicados ao imóvel rural.

O Código Civil, se limita a dispor em seu artigo 79 que : *“São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente”*.

Porém, o Estatuto da Terra (Lei 4.504/1964), artigo 4º assim dispõe:

I – “Imóvel Rural”, o prédio rústico, de área contínua qualquer que seja a sua localização que se destina à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agro-industrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada.

Atenção para o fato de que o imóvel rural, no caso, se define pela formação de unidade de exploração econômica agropastoril, independentemente de sua localização e inclusive pode ser formada por mais de uma propriedade, fato que merece atenção neste estudo.

A legislação administrativa do INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária), trata o conceito de imóvel rural como unidade econômica agropastoril, nos moldes do Estatuto da Terra.

Ademais, para fins tributários, a Receita Federal do Brasil considera como imóvel rural duas ou mais parcelas de terras rurais, desde que localizadas fora do perímetro urbano do Município, vide artigo 1 e seguintes da Lei no 9.393/96, que dispõe sobre o ITR- Imposto Territorial Rural:

Art. 1º O Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR, de apuração anual, tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, localizado fora da zona urbana do município, em 1º de janeiro de cada ano.

§ 1º O ITR incide inclusive sobre o imóvel declarado de interesse social para fins de reforma agrária, enquanto não transferida a propriedade, exceto se houver imissão prévia na posse.

§ 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se imóvel rural a área contínua, formada de uma ou mais parcelas de terras, localizada na zona rural do município.

§ 3º O imóvel que pertencer a mais de um município deverá ser enquadrado no município onde fique a sede do imóvel e, se esta não existir, será enquadrado no município onde se localize a maior parte do imóvel.

Por sua vez, a Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) se limita a tratar do registro dos direitos reais imobiliários, seguindo a definição do Código Civil, Art. 1245 e 1247:

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§ 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

Art. 1.246. O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo.

Art. 1.247. Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule.

Parágrafo único. Cancelado o registro, poderá o proprietário reivindicar o imóvel, independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente.

Para fins de registros públicos a unidade imobiliária corresponde à matrícula, isto é, a propriedade juridicamente constituída. A controvérsia a ser solucionada através do georreferenciamento surge justamente conforme explica o Dr. Ridalvo Machado de Arruda, em seu artigo: conceitos de imóvel rural: aplicação na certificação do incra expedida no memorial descritivo georreferenciado (extraído da Biblioteca do Irib):

No Registro de Imóveis, o imóvel será rural, independentemente de sua localização, se constar da matrícula o código que o Incra lhe atribuir, ou melhor, se houver referência ao Certificado de Cadastro de Imóvel Rural — CCIR —, considerando-se a unidade imobiliária o prédio rústico descrito na sua respectiva matrícula, em observância ao princípio da unitariedade da matrícula, ou seja, cada imóvel terá sua própria matrícula e cada uma representará um único imóvel, conforme artigo 176, § 1º, inciso I, da Lei no 6.015/73. Diferentemente do sistema de cadastro do Incra, no Registro de Imóvel a área descrita na matrícula representará sempre uma unidade imobiliária. No cadastro do Incra, o imóvel rural poderá ser constituído por várias matrículas, por parcelas de matrículas (nas frações ideais em que a posse é localizada) e até mesmo por áreas de posse. No Registro de Imóveis, não é assim...

Atento às divergências de conceito e finalidade, a legislação do georreferenciamento busca uma interconexão entre cadastro e matrícula, visando aliar a situação física à jurídica, tornando mais confiável e seguro o sistema registral.

5 Georreferenciamento

O georreferenciamento é obrigatório em qualquer situação de transferência de “imóvel rural” (Lei 6.015/73, art. 176, § 4º) e consiste na descrição do imóvel rural em suas características, limites e confrontações, realizando o levantamento das coordenadas dos vértices definidores dos imóveis rurais, georreferenciados aos sistema geodésico brasileiro, com precisão posicional fixada pelo INCRA.

Até a promulgação da Lei 10.267/01 (Cadastro Nacional de Imóveis Rurais – CNIR), a identificação do imóvel rural era feita, em sua maioria, de forma deficiente, sem nenhuma exigência de coordenadas geográficas que possibilitassem sua localização no solo.

Com a nova lei surgiu a obrigatoriedade do georreferenciamento de imóveis rurais que ingressou no ordenamento jurídico com a Lei acima referida, inserindo no artigo 176 os parágrafos 3º e 4º e no artigo 225 o parágrafo 3º, todos da Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/73).

Verifica-se, pois, que as demais normas jurídicas pertinentes a matéria, tão somente, disciplinam a aplicabilidade da vigente Lei 6.015/73, único diploma legal impositivo para o georreferenciamento dos imóveis rurais, cujo objetivo é incorporar a base gráfica do cadastro (situação física do imóvel) à situação jurídica do mesmo (registro).

A descrição georreferenciada, que veio para sanar os vícios contidos nas imprecisas descrições imobiliárias, deve ser a única existente no fôlio registral, e como já sugeria há 30 anos o emérito jurista Afrânio de Carvalho, para melhor visualização e conhecimento de terceiros, a nova matrícula, que será aberta com encerramento da anterior, conterà um mapa do respectivo imóvel.

Esse procedimento será fundamental para o fortalecimento dos direitos reais em nosso país, haja vista que acolhe necessidades sociais, proporcionando transparência e segurança para a livre circulação de bens e riquezas, bem como, crédito lastreado em garantias seguras, de rápido processo de regularização fundiária, para os quais um cadastro imobiliário e um registro de imóveis seguros são indispensáveis.

Observando as escrituras de venda e compra lavradas pelos tabeliães de notas de todo o País, nos séculos passados, é fácil constatar que a descrição dos imóveis limitava-se a mencionar nomes dos confrontantes, acidentes físicos e geográficos ou características próprias do imóvel registrado. Era comum o imóvel ter como referência uma frondosa árvore; uma grande pedra preta e, até mesmo, a divisa do imóvel tendo como marco inicial a nascente de um pequeno riacho.

Atualmente, a localização, os limites e confrontações dos imóveis rurais são obtidos por meio de memorial descritivo, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro.

Desta forma, os trabalhos técnicos realizados pelo profissional cadastrado pelo INCRA (Instituto Nacional de Reforma Agrária), acrescidos do assentimento dos confrontantes, permitirão a especialização adequada dos imóveis em referência.

Em razão da averbação da descrição georreferenciada, certamente serão desfeitas as dúvidas e as incertezas quanto à real identificação dos imóveis rurais. Acrescente-se que a certificação da inexistência de sobreposição da poligonal é o elemento que, somado à responsabilidade técnica dos profissionais habilitados a subscreverem as plantas e memoriais, assegurarão total precisão ao procedimento.

Das citações contidas na pertinente legislação, devemos entender que o georreferenciamento é obrigatório, para a propriedade rural imobiliária que estiver descrita e caracterizada em uma matrícula, no momento em que ela for alienada, desmembrada e/ou lembrada, uma vez atendido dos ditames do Decreto nº 5570/05.

6 Cadastro – Registro

Finalidades da distinção entre cadastro e registro pretende incorporar a base gráfica do cadastro ao registro, mantendo cada um suas finalidades específicas, além de o cadastro proporcionar ao registro substância física, e o registro ao cadastro, substância jurídica, numa verdadeira inter-conexão por meio do georreferenciamento.

Georreferenciar não significa criar direito real sobre áreas não tituladas, com sua apresentação ao cartório imobiliário e com razão preleciona Andréa Flávia Tenório Carneiro, grande estudiosa do assunto in “Cadastro Imobiliário e Registro de Imóveis”, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p.149, que:

não há dúvida de que o resultado dessa conjugação de interesses seja o mais conveniente, uma vez que na descrição do imóvel dirigida à sua plena identificação na realidade física, coincidem a vontade do proprietário e a atividade do Estado, mediante a formação da carta cadastral, que serve de base para a matrícula registral, No entanto, prossegue Andrea, mesmo que ambas as instituições coordene seus dados de forma que se obtenha uma descrição mais precisa dos imóveis, permanecem instituições distintas.

Conclui a festejada professora, Andréia Carneiro, asseverando que:

O intercâmbio de informações entre o Cadastro e o Registro, a seu turno, possibilitará a troca das necessárias informações entre as instituições. Além disso, o desenvolvimento de uma base conjunta proporcionará, em última instância, a almejada segurança jurídica, com a atualização permanente da informação cadastral-registral e a prestação qualificada dos serviços.

Chegou-se assim à conclusão de que o “cadastro deve proporcionar ao registro substância física e o registro ao cadastro, substância jurídica”.

Desses ensinamentos, espera-se que, doravante, o novo cadastro será medido e descrito por meio de coordenadas do sistema de referência do mapeamento oficial, com base na nova lei, e esta é a diferença fundamental – a descrição gráfica do imóvel – que deverá conter os pontos limites obrigatoriamente ligados ao sistema geodésico brasileiro, não olvidando que a Lei do Georreferenciamento não foi promulgada com o intuito de criar ou extinguir direitos reais, mas sim identificar as terras devolutas e em última análise combater a sobreposição de áreas e a conseqüente fraude dela decorrente, conforme aliás se vê do relatório

apresentado pela CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) que investigou a ocupação de terras públicas na região amazônica.

Posto isso, para separar as terras devolutas e as públicas das terras privadas, alternativa jurídica não há senão realizar a arrecadação das primeiras, através da competente ação de discriminação de terras devolutas, prevista na lei nº 6383/76, transferindo-as para suas respectivas Unidades Federativas. Esse Poder/dever, no Brasil, é conferido ao Estado para separar as terras do seu patrimônio fundiário devoluto daquelas outras, devidas e legalmente tituladas a particulares.

De acordo com o disposto no artigo 5º do Decreto – Lei 9.760/46, terras públicas, diferenciam-se das terras pertencentes ao patrimônio, pois mesmo que as duas sejam consideradas bens públicos, é de se ressaltar que DEVOLUTAS são aquelas que não se acham aplicadas a algum uso público federal, estadual, ou municipal, ou que não tenham legitimamente sido incorporadas ao domínio privado; ao passo que as terras públicas pertencentes ao patrimônio fundiário público são aquelas que estão inscritas no Serviço de Patrimônio da União (SPU), mesmo que pendentes de registro imobiliário.

7 Críticas doutrinárias

Comentando acerca do ordenamento jurídico Brasileiro, cujas regras estão disciplinadas pela LC n. 95/1998, o Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho, assim preleciona:

A principal dificuldade encontrada no mapeamento de nosso ordenamento jurídico, no âmbito federal, tem sido a identificação precisa dos diplomas legais que efetivamente estão em vigor. Isso porque a fórmula tradicional de terminar o texto das leis com a disposição genérica de ‘revogam-se as disposições em contrário’, sem que tenha havido um levantamento específico das normas afetadas pela nova lei, dá azo às controvérsias sobre o que, efetivamente, foi mantido e o que foi revogado.

Manifestando sua preocupação sobre a imediata aplicabilidade da lei 10.267/01, o renomado mestre Walter Ceneviva, em recente en-

trevista, argumenta que o georreferenciamento é muito útil, mas veio num momento difícil. Há enormes extensões de terras na Amazônia, e em menor proporção também em outros Estados da Federação, cuja qualificação precisa e tranqüila ainda desperta dúvidas, entende que, dado o elevado custo e a sistemática difícil do georreferenciamento, a Lei em comento, está entre as que cairão em desuso.

Outros renomados Mestres prelecionam que a legislação em vigor é muito ambiciosa, pois quer, em curto espaço de tempo e às custas dos proprietários rurais, resolver o sério e complicado problema fundiário do Brasil.

Separar o Público do Privado, a posse da propriedade, eis o grande desafio. Essa dificuldade acha-se explicita na Portaria n. 21, de 28 de março de 2005, em que o INCRA-MT, por 60 dias, suspendeu a certificação prevista da Lei do Georreferenciamento, reconhecendo a existência de 3,4 milhões de hectares de terras públicas, distribuídos em 152 (cento e cinquenta e dois) imóveis abrangendo 58 (cinquenta e oito) municípios do Estado de Mato Grosso e que se encontram em sua maioria irregularmente ocupadas, bem como as terras situadas em faixa de fronteira nesse Estado.

Mesmo reconhecendo o esforço e a forma profissional com que a UNIÃO, representada pelo INCRA vem tratando o tema referente ao Registro de Imóveis, destacam, grande parte dos registradores, que a interconexão Cartório x instituições públicas federais, estaduais, municipais produtoras e usuárias de informações sobre o meio rural brasileiro, merecem reparos.

A bem da verdade é de se reconhecer, que todos somos verdadeiras ilhas esparsas neste imenso continente brasileiro. Logo, fácil é concluir que a execução do programa do “georreferenciamento” prescinde de muita vontade política.

Na conclusão do relatório apresentado pela comissão parlamentar de inquérito, a CPI da grilagem de terra apurou que nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste estão concentradas os maiores números de fraudes, sendo a principal delas a alteração do tamanho da propriedade registrada.

Isso é creditado às peculiaridades dos Estados destas regiões, onde em várias delas há sérios problemas fundiários a serem resolvidos, notadamente no que se refere à legitimidade de títulos de propriedades submetidos a registro com destaque para as ações discriminatórias iniciadas há muitos anos, porém, pendentes de julgamento, fato que, salvo raras exceções, não mais existem nos Estados do sul e sudeste do País.

Para agravar essa situação, muitas são as sobreposições de áreas rurais, tendo em vista a duplicidade de títulos, expedidos ora pela UNIÃO, através do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), ora pelos Institutos de Terras Estaduais, nos quais a localização da área georreferenciada não coincide com a de sua origem (título definitivo) em base cadastral do município correspondente, aqui chamadas de “deslocamentos de áreas”.

Prova disso está no depoimento do procurador do INCRA, Mario da Silva, a afirmar que os grileiros, ao registrar terras que não existem, estão vendendo também a mesma área para várias pessoas, o que significa que além de grilagem tem-se, para apurar também, o crime de estelionato.

Por isso, não foi novidade quando, em 28 de março de 2005, o mesmo INCRA, através da portaria nº 21, suspendeu pelo prazo de 60 dias e tornou sem efeito todas as certificações expedidas nos municípios de Mato Grosso, que ainda não tinham sido registradas pelos Cartórios de Registros de Imóveis.

Objetivando a edição da mencionada portaria, o então superintendente do INCRA, justificou seu ato alegando que naquele órgão inexistia um banco de dados que contivesse todos os imóveis de propriedade da União, dos Projetos de Assentamentos, das terras indígenas, e daquelas localizadas na faixa de fronteira.

Com essas considerações, nota-se que mesmo com o advento da Lei do Georreferenciamento, muitas questões ainda são controversas, exigindo que o mesmo Grupo de Trabalho que há muitos anos assessora os Ministérios da Justiça e Ministério de Estado de Desenvolvimento Agrário e outros a eles pertinentes, crie mecanismos para, além de alimentar a base de dados do INCRA, busque também novos procedimentos técnicos e jurídicos para, senão eliminar, o que nos parece

utópico, pelo menos diminuir as constantes fraudes nesse tão antigo e rentável negócio.

8 Conclusão

É sempre bom lembrar que graças à coragem e determinação do Marechal, Humberto Castelo Branco, esse então presidente revolucionário do Brasil é que foi dado o primeiro passo no sentido de implantar a reforma agrária em nosso País, cujo projeto preparado pelo Presidente João Goulart, tendo em vista o golpe militar que se instalou no País. Cumpriu sua promessa com a promulgação da Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra), um instrumento que mesmo com mais conotação política que jurídica, porque a governabilidade do País naquele momento assim exigia

A partir deste Estatuto, até a promulgação da vigente Constituição da República, várias normas passaram a disciplinar a aquisição e uso do imóvel rural. Com isso, a propriedade imobiliária sofreu uma profunda evolução, qual seja, o direito absoluto sobre a terra cedeu lugar a um direito relativo, voltado a sua função social, que nada mais é senão a preservação do meio ambiente e aproveitamento racional e adequado da terra, hodiernamente regulamentando, assim, pela Lei 8.629/93 o art. 184 da CF/88, dispositivo constitucional da reforma agrária.

Fazendo nossas as sábias palavras do Professor e registrador Gaúcho, João Pedro Lamana Paiva, o tema em evidência consagra um grande avanço de nossa sociedade; todavia, espera-se que a UNIÃO, através do INCRA esteja devidamente estruturada para alcançar o propósito da lei e que os Registradores estejam adequadamente instruídos sobre sua correta aplicação.

Acredita-se também que fatores políticos, os quais diretamente afetam o controle, a implantação e a modernização dos sistemas referentes aos bens imóveis, não sejam obstáculos para a aplicação efetiva da avançada lei do georreferenciamento.

Por derradeiro, recomenda o preclaro Mestre que todos os agentes envolvidos na formalização de atos concernentes a imóveis rurais (Magistrados, Escrivães Judiciais, Advogados e Engenheiros credencia-

dos pelo INCRA, Tabeliães de Notas e Registradores) tenham pleno conhecimento da aplicação da lei nº 10.267/01 e de seu decreto regulamentador, com o intuito de facilitar as relações entre todos relacionados ao GEORREFERENCIAMENTO, que não é assunto singelo de tratar, enfocando principalmente a atenção dispensada aos títulos judiciais previstos, que envolvam imóveis rurais, previstos no Decreto 5.570/2005, regulamentador da Lei 10.267/01.

9 Bibliografia

BALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de Imóveis, Doutrina, Prática, Jurisprudência*, 11ª Ed. Editora Saraiva, 2006.

BRASIL, Câmara dos Deputados. *Ocupação de Terras Públicas na Região Amazônica*, Série Ação Parlamentar n. 187. Brasília, 2002.

BOLETIM IRIB EM REVISTA. *A função econômica dos sistemas registrares*, 2003, Ed. 308. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. ISSN 1677-437X.

BOLETIM IRIB EM REVISTA. *III módulo de curso de direitos reais e sistemas registrares*, 2006, Ed. 324. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. ISSN 1677- 437X.

BOLETIM IRIB EM REVISTA. *20 Encontro registrares de registro de imóveis*, 2005, Ed. 321. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. ISSN 1677-437X.

I PRÊMIO de qualidade total dos notários e registradores. Revista Anoreg/BR, Ano 6, junho de 2005.

COLEÇÃO SARAIVA DE LEGISLAÇÃO, *Estatuto da Terra*. 16.ed. São Paulo, Saraiva, 2001.

CENEVIVA, Walter. *Lei do Registros Públicos Comentada*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

COSTA, Helio Roberto Novoa da. *Discriminação de Terras Devolutas*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2000.

FASSA, Odemilson Roberto Castro. *Registrador de Imóveis Responsabilidade Patrimonial* São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

GONÇALVES, Itamar. *Trabalhos Técnicos da Geodésia. Teoria e Prática*. Belo Horizonte: Editora Gráfica Literatura Ltda., 2002.

AUGUSTO, Eduardo Agostinho Arruda. *Registro de Imóveis, Retificação de Registro e Georreferenciamento: Fundamento e Prática*. SP.Ed.Saraía, 2013.

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO, Nº 59, Ano 28 – Julho-Dezembro de 2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SWENSSON, Walter Cruz, *Lei de Registros Públicos Anotada*. Walter Cruz Swensson, Renato Swensson Neto, Alessandra Seino Granja Swensson. 4ª ed. Ver. Atual. aum. – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de Registro de Imóveis*, 4ª Ed. Editora Saraiva, 2003.

CENEVIVA, Walter. Lei 6.015/73- comentada- Editora Saraiva- 2004.

ÉLERES, Paraguassú. *Intervenção Territorial Federal na Amazônia*. Belém, 2002.

Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, “Boletins do IRIB- diversos- Revista de Direito Imobiliário, nº 57, ano 27, Julho-Dezembro de 2004”.

SILVEIRA, Mario Antonio. *Registro de Imóveis. Função Social e responsabilidades*. São Paulo, 2007.

TRECCANI, Girolamo Domenico. *Terras de Quilombo Caminhos e entraves do processo de titulação*. Belém. 2006.

Disponível em: www.anoregbr.org.br

Disponível em: www.irib.org.br

Disponível: www.ttonline.com.br , acessado em 05 de fevereiro de 2014.

Disponível: www.historiaviva.com.br, acessado em 05 de fevereiro de 2014.

O VALOR DA NORMA PROCEDIMENTAL

José Roberto Bechir Maués Filho

1 Introdução

No mundo jurídico contemporâneo, têm surgido diversas discussões no sentido de revelar o valor que uma norma possui dentro do contexto de sua criação, as situações sociais que levaram a sua instauração e a principal indagação, mesmo que no campo teórico, se esta logrou êxito em atingir a finalidade social.

Nesse cenário, o presente trabalho se propõe a fazer um esboço sucinto sobre a criação de normas que funcionam como verdadeiro crivo de admissibilidade recursal e os procedimentos adotados pelos tribunais superiores, no sentido de melhor adequá-las, tomando como base parâmetros de sua criação e sua melhor adequação ao caso concreto.

Para isso, antes de tudo, é necessário realizar uma verificação sobre o que gira em torno da motivação dos Magistrados na hora de decidir o caso concreto, neste viés, utilizaremos como parâmetros iniciais de pesquisa a delimitação do que vem a ser uma norma de fundo e uma norma de forma, bem como quais os critérios que podem ser utilizados para interpretação de uma norma, fazendo uma analogia a hermenêutica jurídica amplamente debatida e discutida no Brasil nos dias atuais e os ensinamentos propostos pela Doutora e Professora Diana Regina Cañal.

Nesse prisma tentaremos estabelecer uma linha de raciocínio crítico sobre até que ponto uma norma procedimental torna ou não um processo justo, célere, equânime, eficaz e capaz de buscar a sua real e primeira finalidade, quando da sua criação, qual seja, o interesse mate-

rial e subjetivo da parte demandante sem transgredir o direito da parte demandada.

Diante disso, inúmeras foram as tentativas legislativas surgidas ao longo dos anos em diversos países do mundo no sentido de tornar a prestação jurisdicional do Estado mais racional, equilibrada e, sobretudo, eficaz, o que claramente se evidencia nas incansáveis transformações e modificações que vêm sofrendo ao longo dos anos diversos diplomas processuais civis, laborais, administrativos, dentre outros, tanto nos países mais desenvolvidos quanto naqueles países que ainda estão em desenvolvimento.

Desse modo o presente trabalho tem como escopo principal efetuar uma análise sucinta e coerente sobre o novo limitador de acesso imposto para interposição do Recurso de Revista Brasileiro através do advento da Lei nº. 9.957/2000, especificamente com a inserção do § 6º ao artigo 896 ao Diploma Consolidado Brasileiro, salientando os motivos que deram ensejo à sua criação, estruturação, fundamentos básicos, identificando alguns dos conflitos que podem existir entre as normas de fundo e as normas de forma, levando em conta especialmente a discricionariedade para decidir que detêm os julgadores em relação às lides postas a sua apreciação.

Para isso iniciaremos o presente trabalho com conceitos sobre, interpretação, valoração, adequação no tempo e no espaço das normas e as transformações sociais que vêm surgindo ao longo do tempo, limitando o Estudo a matéria Jus Laboral e a Filosofia do Direito Contemporâneo.

2 Filosofia do Direito Contemporâneo

A Filosofia, como sendo a arte da descoberta e do amor à sabedoria, caracteriza-se como sendo a busca, o estudo, o debate, de diversos problemas fundamentais relacionados à humanidade e ao contexto social em que está inserida, possuindo como premissa básica que a diferencia da mitologia e da religião, qual seja, a busca do conhecimento sob o ponto de vista eminentemente racional em relação aos argumentos propostos.

Tecidas essas primeiras linhas passemos a debater sobre o período mais recente da Filosofia do Direito a chamada “Filosofia do Direito Contemporânea”, sendo considerada uma das épocas em que a Filosofia chegou ao ponto de possuir tamanha possibilidade de reflexão e pensamento infinitas que somente poderia ser bem traduzida com a frase do Jusfilósofo da Universidade de Coimbra, o senhor Aroso Linhares: “*o pensamento jurídico contemporâneo é uma galáxia, composta por constelações de discursos.*”

Visto isso podemos abstrair que as possibilidades de discussão e argumentação são infinitas, logo, jamais conseguiríamos contemplá-las somente neste artigo ou em qualquer outro, razão pela qual iremos delimitar a pesquisa e o debate com certa coerência em relação ao tema deste trabalho, nos limitaremos a dois grandes filósofos contemporâneos, Karl Marx (1818 – 1883); Hans Kelsen (1881 – 1973) e Ronald Dworkin (1931 – 2013); dos quais iremos traçar em linhas gerais a visão de cada um sobre o direito e a norma.

Marx afirmava que o Direito e o Estado, este último entendido na concepção de superestrutura, são instrumentos de dominação da burguesia sobre a camada dos trabalhadores, os chamados, na época, de proletariados, considerando a essência comunista que estava enraizada em seu ser de pensar e agir, logo, vê o homem, ser humano, como sendo a força produtiva de um mundo estritamente capitalista como se fosse uma espécie de mera engrenagem componente de uma máquina.

Em meio a esses argumentos, defendia a ideia de que não deveria haver qualquer diferença entre classes sociais, conseqüentemente propagava a tese de que o Direito Positivo e o Estado deveriam ser completamente extintos, haja vista que, como não haveria qualquer distinção social entre as pessoas pertencentes à mesma sociedade, não teríamos razão alguma para a sua existência, em virtude da total ausência de conflitos.

Claramente as ideias de Marx não prosperaram da maneira que ele previa e esperava, entretanto contribuíram de forma intensa para a construção dos trabalhos de Kelsen e mais tarde de Ronald Dworkin.

Kelsen, diferentemente de Marx, traçou linhas de pesquisa e argumentos diferentes, lançando as primeiras linhas do que mais tarde se-

ria denominada de a “Ciência do Direito”, a partir do seu pensamento sobre a Teoria Pura, onde defendia que poderíamos dar definitivamente ao conhecimento jurídico o status de ciência. Tendo como principal marco de sua criação o explicar de “como” se elabora o conhecimento jurídico para que pudéssemos afirmar o que seria um conhecimento jurídico válido.

Entretanto surgiu um problema, para toda a ciência há a necessidade de que algo seja objetivamente constatável independentemente de qualquer outra coisa, tendo em vista que as verdades científicas são universalidades válidas.

Nesse momento Kelsen defendeu que cabe ao encargo do cientista do Direito estudar a estrutura do Direito existente em qualquer ordenamento jurídico, independentemente da época, do local em que esteja e, principalmente, da opinião da pessoa que se propõe a observá-lo.

Com base nessas premissas Kelsen introduziu de forma mais clara conceitos sobre a validade da norma, se ele existe ou não; a sua vigência, se a norma esta apta a produzir efeitos; se atinge a eficácia, logo, se a norma é de fato obedecida ou não por seus destinatários.

Para Kelsen uma norma válida seria aquela que ingressou no ordenamento jurídico como seguidora das normas do devido processo legislativo, denominando este como sendo a validade formal da norma e concluiu que o que dá fundamento a uma dada norma positivada é exatamente outra norma positivada e não os valores morais sobre o que seria justo ou injusto, estabelecendo como o ápice do sistema jurídico positivo a Constituição que prevê as normas de um Estado como sendo a lei maior que deve ser seguida por todos e orientar as demais construções normativas de uma sociedade no sentido de que as pessoas reconheçam a obrigatoriedade de segui-las e de obedece-las.

Mais tarde, embora muito criticado por defender que todo o ordenamento jurídico é uma Norma Fundamental e como tal esta seria um pressuposto lógico, logo esta não se coadunaria como uma norma previamente existente na história acabando por deixar dúvidas sobre o que de fato daria validade a uma Constituição, pois em seus argumentos ele afasta a Ciência do Direito dos valores éticos.

Kelsen, apesar de amplamente criticado até os dias atuais, ainda é um dos filósofos mais comentados por diversos doutrinadores e filósofos contemporâneos do direito, tanto se comprova isso que o grande filósofo Ronald Dworkin, professor das Universidades de Nova York e de Oxford, criticou severamente o normativismo-positivista colocado por ele, no entanto soube reconhecer com sapiência a importância do Direito como norma não caindo no exagero desenfreado de reduzir o que vêm a ser juridicidade e a própria legalidade.

Dworkin defendia a ideia de que o juízo jurídico não se afasta do juízo moral, discordando assim de maneira severa da postura de Kelsen quanto à separação do direito e da moral. Isso não quer dizer que enxergava o Direito e a Moral como se significassem a mesma coisa, apenas estabeleceu uma análise sobre ambas no sentido de delimitar uma categoria para cada uma, mesmo que não as separando.

Logo, discordou simultaneamente tanto de Kant que defendia que a única forma de se agir livremente seria o agir moral percorrendo que o Direito decorre de uma vontade externa ao próprio ser humano na condição indivíduo, em virtude do seu ideário de separação do Direito e da Moral e de Kelsen por separar o Direito da Justiça.

Estabelecidas esses apontamentos introdutórios chegamos ao ponto foco deste trabalho que se traduz na necessidade de conscientização de que as normas legais devem e precisam ser interpretadas sob a visão dos valores de justiça que se impõem de forma coercitiva e normativa através dos princípios básicos que circundam qualquer construção normativa, defendendo e colocando como bem maior a ser alcançado à segurança jurídica das decisões por meio da consagração e da concretização dos direitos e das garantias fundamentais defendidos e discutidos ao longo dos últimos 100 (cem) de forma incessante desde o surgimento da Declaração Universal de Direitos Humanos até os dias atuais.

Tecidas estas linhas iniciais podemos entender que os apontamentos de Dworkin remetem a compreensão do direito como sendo uma “prática interpretativa”, expondo que novos casos sempre irão surgir, situação na qual o judiciário detém a obrigação e o dever de entregar a melhor solução para o deslinde da causa posto a sua apreciação,

observando para tanto a experiência histórica das decisões anteriores e o que as motivou, bem como a realidade social que se apresentava na época de sua prolação.

Assim Dworkin divulga a ideia de que o Magistrado para resolver o caso concreto deve sempre observar a prática interpretativa que lhe é anterior e a parti daí promover a melhor decisão possível.

3 Direito a igualdade e ao acesso equânime a prestação jurisdicional adequada do Estado

Em meio às premissas iniciais já vislumbradas não poderíamos continuar este trabalho sem tecer alguns comentários a respeito da Declaração Universal dos Direitos Humanos criada em 1948, instituída pela Resolução nº 217-A/III, considerando que a sua assinatura foi um dos marcos iniciais das maiores transformações sociais ocorridas a partir da década de 50 em todo mundo e principalmente dentre os países que a aderiram, especialmente no que tange a proteção dos direitos humanos dos cidadãos.

Partindo da evolução histórica dos direitos humanos conseguimos analisá-los sobre a ótica de três Dimensões bem delineadas: a primeira representada pelo direito a liberdade e aos direitos civis e políticos, posicionando o indivíduo no centro como ser totalmente abstrato e dotado de direitos; a segunda traz os direitos a igualdade, sendo traduzido pelos direitos econômicos, sociais e culturais, surge nesse momento os primeiros sociais previstos: à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à previdência; a terceira diz respeito aos direitos a fraternidade e solidariedade, incluídos nesses os direitos difusos e coletivos, momento no qual a humanidade começa a discutir sobre a interação necessária entre todos os países no sentido de debater sobre questões de interesse comum, como: paz, desenvolvimento, comunicação, segurança mundial, proteção ao meio ambiente e conservação do patrimônio comum da humanidade¹.

¹ Doutrina, Volume Único, Direitos Humanos, Editora: Juspodvim, 2ª Edição, revista ampliada e atualizada, Ano: 2013; Autor: Diego Pereira Machado; Capítulo I, Direitos Humanos, p.167.

Nesta realidade podemos definir o Cidadão “como sendo aquela pessoa inserida dentro do Estado, que participa ativamente de sua tomada de decisões em todos os seus níveis de gestão e organização”. Nas palavras do Doutrinador Diego Machado²: “*O exercício da cidadania possui estreita vinculação com a proteção aos direitos fundamentais, tanto que o princípio da cidadania tem como um de seus corolários o da dignidade da pessoa humana.*”

Assim, dentre as principais características contempladas dentro dos direitos humanos, encontramos: a historicidade, a universalidade, a essencialidade, a irrenunciabilidade, a inalienabilidade, a inexauribilidade, a imprescritibilidade, a efetividade, a inviolabilidade, a limitabilidade, a vedação ao retrocesso, a indivisibilidade, a complementariedade, a unidade existencial e a inter-relacionalidade.

Visto isso, chamamos atenção dentre os 30 (trinta) artigos que compõem a citada declaração, os seguintes:

Artigo VII – Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. (...)

Artigo VIII – Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhes seja reconhecidos pelo direito ou pela lei.

Logo, mais que um dever processual é um dever moral, internacionalmente reconhecido, que todos têm os cidadãos possuem o direito à ampla defesa e ao contraditório, bem como a um processo justo, célere, equânime e eficaz, consubstanciado na obrigação dos Estados de promover a consecução e concretização de uma prestação Jurisdicional adequada, independente da condição ou do local em que se esteja, se encontrem ou resida o indivíduo, sendo elevado ao status de direito irrenunciável e legalmente assegurado em todos os países que ratificaram a presente declaração.

² Doutrina, Volume Único, Direitos Humanos, Editora: Juspodvim, 2ª Edição, revista ampliada e atualizada, Ano: 2013; Autor: Diego Pereira Machado; Capítulo I, Direitos Humanos, p.168.

Nesse sentido, concluímos que o legislador constituinte possui mais que o dever, mas a obrigação, de criar mecanismos procedimentais que propiciem o acesso de cada Cidadão aos tribunais de seu Estado, tanto em primeira quanto em segunda instância independente do país ou da condição em o que indivíduo esteja submetido ou mesmo vinculado.

Com base nos pontos elucidados até aqui, passaremos a analisar a interpretação normativa feita pelos juízes na hora de decidir os casos postos a sua apreciação, bem como exporemos um caso prático que demonstra de forma clara e objetiva a necessidade de valorar de forma adequada uma norma no momento de aplicá-la, sob pena de transgressão de diversos princípios e preceitos fundamentais, tanto de um país quanto dos demais ratificadores de diversos Tratados Internacionais assinados por grande parte da cúpula mundial, tal como o ocorre no Brasil com a criação Lei nº. 9.957/2000, no dia 12 de janeiro de 2000, que introduziu o § 6 ao Diploma Consolidado Brasileiro como requisito de admissibilidade recursal para interposição do Recurso de Revista junto ao Tribunal Superior do Trabalho – TST.

4 Conflitos entre norma de fundo e norma de forma e a interpretação normativa dos juízes

No presente tópico iremos abordar questões de interpretação da norma e os conflitos entre as normas de fundo e as normas de forma e a motivação que o Magistrado possui na hora de aplicar a norma vigente ao caso concreto utilizando preceitos fundamentais, o marco histórico em que ela foi criada e a realidade social que motivou a sua criação.

Durante as aulas ministradas pela ilustre Professora Diana Cañal foi demonstrada que a interpretação judicial de uma norma depende do sistema como um todo e não somente baseado em círculo pequeno de abrangência em que ela esta inserida segundo o momento em que ela foi criada pelo legislador originário, pois **é muito difícil perceber dentro de uma realidade completamente diferente daquela inicial em que a norma foi criada qual o fim para o qual ela se destinava em relação a sua aplicabilidade, considerando o espaço de tempo anterior (marco**

da sua criação) e a sua utilização nas sociedades atuais de acordo com a nova realidade social que os cidadãos estão inseridos e submetidos.

Neste aspecto a sabedoria e a experiência da notável professora aflora no sentido de tentar fazer que os operadores do direito como um todo percebam que os juízes na hora de interpretar uma norma possuem diversos recursos que ultrapassam consideravelmente os limites de uma interpretação restrita e totalmente legalista veiculada a vontade do legislador originário, pois se os julgadores somente se limitassem a isso, não estaria adequando à norma dentro do contexto social vivido hoje pela sociedade no momento de sua aplicação, culminando no incitamento, mesmo que de forma não intencional, à propagação do ideário de insegurança jurídica que remeteria as decisões proferidas nesse cenário.

Um dos conflitos mais importantes que diversos juízes se depa-ram nos dias atuais **é de como julgar o** caso concreto, especialmente no que tange a aplicabilidade da norma processual, tida como norma de forma; visto que está EM alguns casos acabar por frustrar a própria norma material, tida como norma de fundo; chegando ao ponto, de até contrariá-la, haja vista que as normas processuais (normas de forma) possuem um conceito mais geral e abstrato, entretanto elas decorrem das normas materiais (norma de fundo), por sua vez são dependentes delas, logo engessar este tipo de norma torna inviável a própria aplicação e consecução do direito em si, principalmente no que tange as relações laborais, pois em vez de proteger esse ramo tão importante do direito por conta das suas peculiaridades intrínsecas (créditos trabalhistas possuem natureza alimentar), as transgredem e até mesmo evitam o seu fiel e necessário cumprimento.

De posse disso como forma de dirimir o conflito entre estes dois tipos normativos se faz necessário estabelecer a premissa de que as normas do direito de fundo têm preferência sobre as normas de direito de forma, sendo que este último aparece como um complemento da primeira, especificamente no sentido de proclamar pela sua necessária efetivação junto ao deslinde do caso concreto.

Seguindo este raciocínio podemos extrair que o direito de forma não necessariamente é totalmente limitado, visto que por possuir carac-

terísticas de maior abstração e generalidade atinge de forma antecipada situações possíveis de serem previstas, as quais em muitos casos o direito de fundo não possui a mesma característica, sendo necessária **a análise do caso concreto submetido** à apreciação para que se possa escolher a melhor norma a ser aplicada.

Entretanto, com base nas singularidades e diferenças que cada norma possui e o caso concreto exige é que se faz necessário que o operador do Direito, especificamente o julgador, busque analisar o caso segundo todos os recursos que tiver a sua disposição, doutrina, norma, jurisprudência, lei, tratados internacionais, legislações estrangeiras, etc., para aplicar ao caso posto a sua apreciação a melhor interpretação jurídica que este requeira.

Situação na qual, por conta de um engessamento procedimental **não**, podemos comungar e aceitar que uma norma de fundo, preceito ou princípio básico seja transgredida pela simples aplicação inadequada de uma norma de forma, independente do país no qual o cidadão esteja vinculado ou as normas internacionais que este tenha ratificado e garantido o seu fiel cumprimento, como ocorreu recentemente no Brasil, conforme no tópico seguinte iremos demonstrar.

5 Restrição para interposição do recurso de revista segundo o Rito Sumaríssimo: valor da causa

O Rito Sumaríssimo surgiu no Ordenamento Jurídico Brasileiro com o advento da Lei nº. 9.957/2000, no dia 12 de janeiro de 2000, entrando em vigor no dia 13 de março de 2000 após o período do *vacatio legis*. Tal instituto foi criado com o objetivo de dar maior celeridade aos processos de menor complexidade submetidos à Justiça do Trabalho, cujo valor da causa não excedesse quarenta salários mínimos (atualmente, R\$ 28.960,00). Buscou-se assim, a partir da sua criação, um processamento mais célere e eficiente dos processos trabalhistas, haja vista a inquietante morosidade dos julgamentos que assolava os Tribunais Trabalhistas, especialmente o Tribunal Superior do Trabalho, em função da quantidade excessiva de ações submetidas a sua apreciação diariamente.

Com a criação desse novo critério de admissibilidade foram inseridos na Consolidação das Leis do Trabalho do Brasil, popularmente denominado de Código do Trabalho, os artigos 852-A, 852-B, 852-C, 852-D, 852-E, 852-F, 852-G e 852-H, com objetivo de tornar a prestação jurisdicional do Estado Brasileiro em relação às lides trabalhistas, mais rápida e eficaz, consagrando efetivamente os ditames do princípio da celeridade processual, esculpido na Carta Magna Brasileira em seu artigo 5º, inciso LXXVIII.

Dentre as peculiaridades desse critério de admissibilidade, podemos destacar que a ação enquadrada neste rito deverá, obrigatoriamente, ser apreciada no prazo mínimo de quinze e máximo de trinta dias em audiência una, ocasião em que todos os atos processuais serão realizados nessa mesma ocasião inclusive a decisão de 1º Grau – Sentença de Conhecimento; salvo na hipótese em que uma das partes solicite ao juízo prazo para se manifestar sobre as provas, documentos, etc., apresentados pela parte adversa em audiência.

Vale ressaltar que este processamento especial cujo valor da causa não exceda a quarenta salários mínimos somente se aplica aos dissídios tidos como individuais, não se comungando para os dissídios coletivos.

Com o surgimento da Lei nº 9.957/2000 foi inserido no Diploma Consolidado Brasileiro o § 6º no artigo 896 da CLT, especificamente para as lides submetidas a este tipo de rito, restringindo consideravelmente ainda mais o cabimento do Recurso Especial para os tribunais superiores, denominado no diploma processual Brasileiro de Recurso de Revista destinado ao Tribunal Superior do Trabalho – TST, em relação às lides que apresentem menor complexidade de demanda e que a causa não exceda ao valor citado, sendo este o último tribunal de acesso à parte, depois de esgotadas todas as instâncias inferiores, concernente à matéria laboral.

Entretanto, esse crivo de admissibilidade recursal trouxe mais malefícios do que benefícios, haja vista que sob uma roupagem de celeridade em relação às ações que devem ser encaminhadas à apreciação do Tribunal Superior do Trabalho Brasileiro, acabou por limitar e limar o acesso das partes à única instância especializada hierarquicamente supe-

rior aos Tribunais Regionais do Trabalho, deflagrando a nítida transgressão a princípios basilares de proteção às partes, insculpidos na Constituição Federal Brasileira de 1988, em relação ao direito ao contraditório a ampla defesa, ao devido processo legal e, conseqüentemente, ao duplo grau de jurisdição, preceitos consagrados ao status de direitos e garantias fundamentais internacionalmente discutidos e defendidos.

Nesse contexto, transcrevemos o conteúdo do artigo 5º, incisos LIV e LV da CFB/88:

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:

(...)

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Deste modo, por mais que a parte vencida demonstre a quando da interposição do seu apelo recursal de revista que a decisão que está sendo discutida vai de encontro tanto em relação ao entendimento majoritário dos outros Regionais sobre o assunto quanto em relação ao entendimento majoritário do próprio colegiado Turmário do Tribunal Superior do Trabalho Brasileiro, também sobre o tema, ou seja, sobre todos os demais requisitos de admissibilidade previstos, tal apelo não logrará êxito algum, tendo em vista o engessamento da admissibilidade recursal por parte tão somente do rito na qual a lide está inserida, no caso, pelo Rito Sumaríssimo.

Por outro lado, mesmo quando na hipótese acima relatada, o entendimento esteja na iminência de pacificação por meio de sua conversão em orientação jurisprudencial ou mesmo em Súmula de jurisprudência uniforme do TST, ressalta-se que mesmo nestas hipóteses a interposição do Recurso de Revista será limitada especificamente em

relação ao seu rito de processamento, o que sem a menor dúvida afeta sobremaneira além dos dispositivos constitucionais já citados a própria natureza do Estado Democrático de Direito por conta da insegurança das decisões proferidas nesses casos, tendo em vista que no Brasil quem delimita o Rito Processual da demanda é a Parte Demandante e não o próprio judiciário.

Recentemente o Tribunal Superior do Trabalho publicou a OJ 352 proveniente da Seção de Dissídios Individuais I, conforme abaixo transcrevemos:

PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. RECURSO DE REVISTA FUNDAMENTADO EM CONTRARIEDADE A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. INADMISSIBILIDADE. ART. 896, § 6º, DA CLT, ACRESCENTADO PELA LEI Nº 9.957, DE 12.01.2000. (Redação alterada pelo Tribunal Pleno na sessão realizada em 6.2.2012). Nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, a admissibilidade de recurso de revista está limitada à demonstração de violação direta ao dispositivo da Constituição Federal ou contrariedade a Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, não se admitindo o recurso por contrariedade a Orientação Jurisprudencial deste Tribunal (Livro II, Título II, Capítulo III, do RITST), ante a ausência de previsão no art. 896, § 6º, da CLT.

Tal construção técnica revela-se como um verdadeiro contrassenso a todos os ideais que revestem tanto a Justiça do Trabalho quanto o Ordenamento Jurídico Brasileiro e os ditames consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, tendo em vista que o Tribunal Superior do Trabalho Brasileiro sob a ótica tão somente de uma celeridade processual mitigada, afasta por completo os demais dispositivos e hipóteses de cabimento do citado apelo recursal criados pelo legislador originário justamente com o intuito de proteger os trabalhadores, parte hipossuficiente na relação Empregador/Empregado, sendo estes os principais prejudicados com a criação desse mecanismo de limitação de acesso ao tribunal superior, conforme está disposto nas demais hipóteses do artigo 896 da CLT.

Corroborando e explicitando a situação discutida, seguem transcrições abaixo sobre Decisões Majoritárias do Tribunal Superior do Trabalho Brasileiro:

TST – RECURSO DE REVISTA: RR 230002620075020447 23000-26.2007.5.02.0447. Recurso de Revista. Adicional de Risco. Trabalhador Avulso. Extensão. Relator(a): Mauricio Godinho Delgado. Julgamento: 08/06/2011. Órgão Julgador: 6ª Turma. Publicação: DEJT 17/06/2011. EMENTA. RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE RISCO. TRABALHADOR AVULSO. EXTENSÃO. A Dt. SBDI-1 firmou o entendimento de que o adicional de risco previsto no art. 14 da Lei 4.860/65 é uma vantagem atribuída apenas aos trabalhadores portuários que trabalham em portos organizados e com vínculo empregatício – com a Administração do Porto – (expressão dada pelo art. 19 do citado diploma legal), não se aplicando, assim, aos avulsos. Ressalva do entendimento deste Relator, que entende que o art. 7º, XXXIV, da CF fixa isonomia neste seguimento laborativo, e não discriminação. Recurso de revista não conhecido.

TST – RECURSO DE REVISTA: RR 1218004420065020441 121800-44.2006.5.02.0441. Recurso de Revista. Trabalhador Portuário Avulso. Adicional de Risco. Artigo 14 da Lei nº 4.860/65. Isonomia. Inaplicabilidade. Relator(a): Walmir Oliveira da Costa. Julgamento: 26/10/2011. Órgão Julgador: 1ª Turma. Publicação: DEJT 28/10/2011. EMENTA. RECURSO DE REVISTA. TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO. ADICIONAL DE RISCO. ARTIGO 14 DA LEI Nº 4.860/65. ISONOMIA. INAPLICABILIDADE. O trabalhador avulso no Porto não tem direito ao recebimento do adicional de risco, por isonomia com o trabalhador portuário, considerando-se que o adicional de risco é dirigido apenas aos empregados e servidores da Administração Portuária. Logo, o fato de esses empregados não terem direito ao adicional de risco impede que se proceda à isonomia e à determinação do correspondente pagamento aos trabalhadores portuários avulsos. Precedentes da SBDI-1 do TST. Recurso de revista de que não se conhece.

PROCESSO TRT-8ª/1ª T/RO/0001466-06.2010.5.08.0010 – RITO SUMARÍSSIMO. RECORRENTE: IVAN MENDES

EVANGELHISTA (Dr. Fernando Jose Soares de Moraes). RECORRIDO: TOP OPERADORA PORTUÁRIA LTDA (Dr. Jose Roberto Bechir Maues Filho). RELATOR: Herbert Tadeu Pereira de Matos. ORIGEM: 10ª VARA DO TRABALHO de Belém. PARECER O d. representante do Ministério Público opinou pelo prosseguimento do feito. CERTIDÃO DE JULGAMENTO. CERTIFICO QUE, APRESENTADO O PRESENTE PROCESSO PARA JULGAMENTO, A PRIMEIRA TURMA DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA OITAVA REGIÃO DECIDIU UNANIMEMENTE, REJEITAR A PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO E CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO E, NO MÉRITO, SEM DIVERGÊNCIA, DAR PROVIMENTO AO APELO PARA, REFORMANDO PARCIALMENTE A R. SENTENÇA RECORRIDA, DAR PARCIAL PROVIMENTO PARA CONDENAR A RECORRIDA A PAGAR AO RECORRENTE ADICIONAL DE RISCO DE 40% NO PERÍODO CONTRATUAL, A INCIDIR SOBRE FÉRIAS SIMPLES COM 1/3, SOBRE FÉRIAS PROPORCIONAIS MAIS 1/3 (9/12), SOBRE GRATIFICAÇÃO NATALINA 2008 E 2009, SOBRE AVISO PRÉVIO, REPERCUSSÃO SOBRE FGTS MAIS 40%, ALÉM DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA, DEDUZIDOS VALORES PAGOS A TÍTULO DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE, APLICAÇÃO DO ART. 475-J DO CPC, EM VALORES A SEREM APURADOS EM LIQUIDAÇÃO, CONFORME FUNDAMENTOS, MANTENDO A R. SENTENÇA EM SEUS DEMAIS TERMOS, POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS, COM OS ACRÉSCIMOS APRESENTADOS PELO EXCELENTÍSSIMO DESEMBARGADOR RELATOR, INCLUSIVE QUANTO AO PONTO DE REFORMA, A SEGUIR RITOS. AS CUSTAS AO ENCARGO DA RECLAMADA, FICAM MAJORADAS PARA R\$-20,00, CALCULADAS SOBRE O VALOR ARBITRADO DE R\$-1.000,00. (...). PRESIDENTE: Doutora ROSITA DE NAZARE SIDRIM NASSAR, Desembargadora Federal do Trabalho.

Desse modo, resta claramente demonstrado à afronta a diversos princípios constitucionais brasileiros e a preceitos contidos na Declara-

ção Universal de Direitos Humanos, situação que acaba gerando insegurança jurídica em relação às decisões proferidas pelo citado Tribunal Superior por conta do engessamento procedimental criado de forma tão exacerbada que além de impedir que os litigantes tenham acesso ao devido processo legal, quebra por completo o instituto do duplo grau de jurisdição, base da maioria dos Sistemas Jurídicos de diversos países que possuem regramento processual, nesse aspecto, similar ao do Brasil.

Nesse ponto específico, destacamos o brilhante apontamento feito pelo Ministro Vantul Abdala, integrante do Tribunal Superior do Trabalho Brasileiro:

O nosso sistema processual é o do duplo grau de jurisdição. Nada impediria que o nosso legislador tivesse adotado três ou quatro instâncias; mas não o fez; adotou apenas duas instâncias ordinárias. Nós temos o juízo de primeiro grau e a instância recursal de segundo grau, e o processo naturalmente deveria acabar aí. Inobstante, existe no processo do trabalho o recurso para uma instância superior que se destina a proteção do direito objetivo e não do direito subjetivo; à regularidade da aplicação da norma jurídica, em primeiro lugar, e só em segundo plano o direito das partes; à uniformização da jurisprudência e não à justiça do caso concreto. Naturalmente, sendo esta uma instância extraordinária, e tendo este objetivo, para que o recurso possa ser conhecido há de se respeitarem estes pressupostos, ou seja, decisão que diverge de outra ou que ofenda a lei. (2008, p. 771)

Com base em todos os pontos articulados acima contatamos de forma clara como uma norma de forma mal aplicada e mal utilizada pode ferir de forma severa e voraz as normas de fundo de um país ao ponto de impedir que o Estado preste o que é se transfigura como uma das suas principais obrigações, prestação jurisdicional equânime, célere e eficaz, no sentido de dar a quem de fato possui o direito de ver suas proposituras judiciais resolvidas da melhor maneira possível, baseada em ponderações e argumentos sólidos e consistentes, na tentativa de tornar a decisão judicial a mais justa possível.

6 Conclusão

Diante do estudo realizado acerca do tema objeto deste trabalho, chega-se conclusão de que não adianta simplesmente criar normas de fundo e de forma e harmonizar a sua coexistência, é preciso muito mais, como criar mecanismos que não limitem os Magistrados ao simples cumprimento das normas já existentes como se fosse uma espécie de “robô”, mas sim de lhes atribuir condições de poder interpretar a norma da melhor maneira possível e aplicá-la da forma mais justa ao caso concreto.

Em virtude disso é necessário conferir aos julgadores uma maior liberdade, esta entendida no sentido de se buscar todos os meios necessários e inerentes a uma melhor interpretação jurídica das normas em relação ao caso prático e não de coibir todas as formas de pensamento e de ideários que vão de encontro às diversas possibilidades que os juízes podem se utilizar para criar novos caminhos de decidir, mesmo naqueles casos em que já tenhamos inúmeras decisões sobre a mesma matéria.

Situação na qual possamos conferir aos juízes e demais interpretes da Lei uma maior discricionariedade para que possam contribuir com as mais variadas formas de aperfeiçoá-las no tempo e no espaço e na conjuntura atual em que elas estão inseridas na sociedade dando a possibilidade de que eles contribuam para um melhoramento significativo da prestação jurisdicional do próprio Estado e, como via de consequência, lhes retire o rótulo de meros aplicados e impositores da Lei.

Com isso poderemos ter dentro de nossas sociedades o que Dworkin chamou de “juiz Hércules”, como sendo o jurista que antes de construir a solução para um dado caso, iria reler toda a experiência jurídica anterior, com o objetivo de fazer com que a sua decisão fosse tida como um verdadeiro exemplar de todas as decisões até então produzidas.

7 Bibliografia

CAÑAL, Diana Regina Cañal. *Decisiones Judiciales*. La relación entre normas de fondo y de forma. Uma mirada desde el Derecho del Trabajo. 1ª ed. Buenos Aires: Errepar, 2011.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 6º ed. São Paulo: LTR, 2008.

ALMEIDA, André Luiz Paes de. *Direito do Trabalho: material, processual e legislação especial*. 8º ed. São Paulo: Rideel, 2010.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 24ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARAIVA, Renato. *Exame da Ordem, 2ª Fase: trabalho / Renato Saraiva [coordenação Valedir Ribeiro Santos]*. 4º ed. São Paulo: MÉTOD, 2009.

PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. RECURSO DE REVISTA FUNDAMENTADO EM CONTRARIEDADE A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. INADMISSIBILIDADE. ART. 896, § 6º, DA CLT, ACRESCENTADO PELA LEI Nº 9.957, DE 12.01.2000. (Redação alterada pelo Tribunal Pleno na sessão realizada em 6.2.2012). <http://www.conjur.com.br/2012-fev-07/tst-aprova-novas-sumulas-alteracoes-orientacao-jurisprudencial>. Data: 11/05/2012.

TST – RECURSO DE REVISTA: RR 230002620075020447 23000-26.2007.5.02.0447. Recurso de Revista. Adicional de Risco. Trabalhador Avulso. Extensão. Relator (a): Mauricio Godinho Delgado. Julgamento: 08/06/2011. Órgão Julgador: 6ª Turma. Publicação: DEJT 17/06/2011. <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca>. Data: 10/05/2012.

TST – RECURSO DE REVISTA: RR 1218004420065020441 121800-44.2006.5.02.0441. Recurso de Revista. Trabalhador Português Avulso. Adicional de Risco. Artigo 14 da Lei nº 4.860/65. Isonomia. Inaplicabilidade. Relator(a): Walmir Oliveira da Costa. Julgamento: 26/10/2011. Órgão Julgador: 1ª Turma. Publicação: DEJT 28/10/2011. <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Data: 07/05/2012.

PROCESSO TRT-8ª/1ª T/RO/0001466-06.2010.5.08.0010 – RITO SUMARÍSSIMO. RECORRENTE: IVAN MENDES EVANGELHISTA (Dr. Fernando Jose Soares de Moraes). RECORRIDO: TOP OPERADORA PORTUÁRIA LTDA (Dr. Jose Roberto Bechir Maues Filho). RELATOR: Herbert Tadeu Pereira de Matos. ORIGEM: 10ª VARA DO TRABALHO de Belém. www.trt8.jus.br/jurisprudencia. Data: 14/05/2012.

Vade Mecum Acadêmico de Direito / Anne Joyce Angher, organização. – 8ª. ed. São Paulo: Rideel, 2009. – (Coleção de Leis Rideel).

Doutrina, Volume Único, Direitos Humanos, Editora: Juspodvim, 2ª Edição, revista ampliada e atualizada, Ano: 2013; Autor: Diego Pereira Machado; Capítulo I, Direitos Humanos.

Doutrina, Volume Único, Ética e Filosofia do Direito, Editora: Juspodvim, 2ª Edição, revista ampliada e atualizada, Ano: 2013; Autor: Hermundes Flores de Mendonça; Capítulos VII E IX, Filosofia do Direito Contemporâneo.

<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1648>. Autora: Isa Cristina Behrens Pinto, Bacharelada no Curso de Direito das Faculdades Jorge Amado. Inserido em 25/11/200. Parte integrante da Edição no 206. Código da publicação: 1648.&view=wrapper&Itemid=338

http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf: UNIC / Rio / 005 – Dezembro 2000.

<http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>.

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Filosofia>.

A OMISSÃO PROCESSUAL DO EXEQUENTE E A NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA 114 DO TST – NOVO OLHAR DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE TRABALHISTA

*Marcelo Miranda Caetano
Ana Ialis Baretta*

A pelo menos três décadas o STF e o TST divergem sobre a possibilidade de aplicação da prescrição intercorrente na Justiça do Trabalho, que é a que se dá no curso executório da ação e consiste na perda da pretensão executiva do credor, por sua inércia em determinado lapso temporal¹. O primeiro², em 13.12.1963, editou a Súmula 327 asseverando ser cabível tal prescrição. Já o segundo, em 03.11.1980³, editou a Súmula 114 dispondo o oposto – inaplicabilidade da intercorrente, senão veja-se:

STF – Súmula nº 327. Direito Trabalhista. Admissibilidade. Prescrição Intercorrente. O direito trabalhista admite a prescrição intercorrente.

TST – Súmula nº 114. Justiça do Trabalho. Prescrição Intercorrente. É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente.

Da simples leitura de ambas as súmulas referenciadas percebe-se serem comandos genéricos, pontuando apenas o cabimento, ou não, da prescrição intercorrente na Justiça do Trabalho, sem maior detalhamento e tampouco indicação de qualquer ressalva, o que nos parece injusto e inadequado, por tratar realidades processuais desiguais de forma igual, ferindo a própria noção de justiça e igualdade.

¹ CAIRO JÚNIOR, José. Curso de direito processual do trabalho. Bahia: Editora Jus Podivm, 2010. P. 634. A prescrição intercorrente é aquela derivada da demora para iniciar-se o processo de execução, implicando extinção da obrigação, uma vez declarada por sentença.

² A muito o STF entende pela aplicação de prescrição na execução, conforme texto de sua Súmula 150 “Prescrição da execução. Prescreve a execução no mesmo prazo da prescrição da ação”.

³ Mantida pelo TST em 21.11.2003.

Todavia, felizmente a situação supra parece começar a ser revista pelo próprio TST que, por maioria de votos, em julgado da Seção Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1), no processo E-RR 693.039/2000.6, admitiu a utilização da prescrição intercorrente baseada em concreta omissão processual do exequente.

Tal decisão é vital aos operadores do direito e aos jurisdicionados em geral, por demonstrar ponto de aproximação das jurisprudências do STF e TST sobre a matéria; por permitir decisório realmente vinculado ao caso concreto existente em cada processo, afastando apreciações generalistas e sem maior rigor jurídico e por afastar a perenização de processos onde os exequentes aparentam não ter maior interesse em sua real solução, contribuindo para afogar o judiciário, alias como bem listado pelo Min. Orestes Dalazen em seu voto condutor da divergência decisória de tal processo:

Dalazen justificou sua posição fazendo referência a um dos principais problemas da Justiça Trabalhista atualmente: o elevado número de processos em fase de execução. ‘ninguém ignora que, na Justiça do Trabalho hoje, para nosso enorme desalento, há cerca de dois milhões e 750 mil processos em fase de execução. Não me parece que se deva aguardar indefinidamente uma solução quanto à satisfação dos créditos em processos em que os próprios interessados não envidam esforços que estão ao seu alcance, mesmo tendo advogados constituídos’, salientou.⁴

A importância da referida decisão está na percepção de não ser justa a aplicação horizontal da Súmula 114 do TST a todos os processos correntes na Justiça do Trabalho, sem previa observação de suas diferenciações procedimentais e sem se desatrelar os atrasos/omissões advindos do Judiciário, daqueles provocados pelos próprios exequentes.

O julgado criou, então, concreta ressalva à Súmula 114 do TST, por pontuar não ser absoluta a impossibilidade de aplicação da prescrição intercorrente na Justiça do Trabalho, pois dependente de anterior

⁴ CASTRO FERREIRA, Germana Monteiro de. TST principais julgamentos. Bahia: Ed. *Jus poivm*, 2010, p. 365.

identificação do real causador da paralisação/omissão processual, para aí sim, se decidir por sua aplicação, ou não, no caso concreto.

De todo modo, afora a importância da decisão do processo E-RR 693.039/2000.6 aos seus próprios litigantes, a questão é se terá forças a embasar novas decisões similares e permitir real alteração na Súmula 114 do TST, para fazer com que a prescrição intercorrente seja aplicada quando houver patente omissão do credor.

Pois bem, a corrente contrária à aplicação da prescrição intercorrente se baseia no fato do Juiz trabalhista ter ampla liberdade na condução do processo e dever velar pela rapidez deste (art. 765 da CLT⁵), além de poder promover a execução de ofício (artigo 878 da CLT⁶), mesmo sem a participação do credor, indicando a impossibilidade deste ser prejudicado pela paralisação do processo, mormente quando se utilizar do *jus postulandi*, por se entender que o trabalhador desacompanhado de advogado não pode ser prejudicado por eventuais atrasos processuais, em função do princípio da proteção⁷.

Por sua vez, a corrente favorável aduz não se poder exagerar na aplicação dos artigos 765 e 878 da CLT ao ponto de retirar dos litigantes qualquer responsabilidade pela concreta implementação de atos executórios necessários ao real cumprimento da decisão de conhecimento, em tempo hábil e dentro das noções de celeridade e economia processual⁸, mesmo porque há atos executórios que refogem ao papel do magistrado e se vinculam unicamente aos litigantes, como o é a liquidação

⁵ Art. 765. Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

⁶ Art. 878. A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou ex officio pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior.

⁷ “Pelo princípio da proteção, o caráter tutelar, protecionista, tão evidenciado no direito material do trabalho, também é aplicável no âmbito do processo do trabalho, o qual é permeado de normas, que, em verdade, objetivam proteger o trabalhador, parte hipossuficiente da relação jurídica laboral”. SARAIVA, Renato. Curso de direito processual do trabalho. São Paulo: Método, 2007. P. 46.

⁸ PINTO, José Augusto Rodrigues. Execução trabalhista: estática, dinâmica, prática. 9 ed. rev. Ampl. atual. São Paulo: LTr, 2002. p. 93. “Estamos aludindo à faculdade de impulso *ex officio* pelo juiz que, para alguns, impediria a fluência do prazo pela impossibilidade de ser o interessado responsabilizado pela paralisação do processo.

Tal conclusão só seria correta se o impulso *ex officio*, no caso, correspondesse a um dever do juiz porque, então, dependeria sempre de sua atividade a movimentação inicial da execução”.

de sentença a depender de apresentação de artigos de liquidação⁹. Tudo corroborado pela disposição do art. 202, p.u do CC¹⁰, que prevê a possibilidade de recomeço de prescrição interrompida e pela do art. 884, §1 da CLT¹¹, que prevê prescrição da dívida¹² como matéria de defesa em sede de embargos à execução¹³, afim não se permitir a eternização das lides no judiciário trabalhista.

Somos contrários a Súmula 114 do TST e entendemos perfeitamente cabível a prescrição intercorrente na Justiça do Trabalho quando houver patente omissão dos exequentes, patrocinados por advogados, a atrasar indefinidamente o curso processual, afim preservar a própria segurança jurídica e a paz social, retirando do Judiciário milhares de processos paralisados por pura inércia e desinteresse daqueles, prejudicando o desenvolvimento doutros processos onde as partes sejam mais diligentes e interessadas.

⁹ “Alguns doutrinadores entendem aplicável a prescrição intercorrente no processo do trabalho, mormente quando a iniciativa da execução tenha que se dar por atuação exclusiva do credor. Com efeito, em determinadas situações, o juiz do trabalho fica impossibilitado de realizar alguns atos processuais de ofício, cabendo-os exclusivamente à parte, causando a inércia do titular do direito, por consequência, a prescrição intercorrente, como na hipótese da liquidação da sentença que dependa da apresentação de artigos de liquidação (ato de iniciativa exclusiva da parte)”. SARAIVA, Renato. Curso de direito processual do trabalho. São Paulo: Método, 2007. P. 593.

¹⁰ Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

¹¹ Art. 884. Garantida a execução ou penhora os bens, terá o executado 5 (dias) dias para apresentar embargos, cabendo igual prazo ao exequente para impugnação. § 1º A matéria de defesa será restrita às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida.

¹² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 10 ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 569. “Ora, tal prescrição só pode ser a intercorrente, pois seria inadmissível arguir prescrição sobre pretensão que já consta da coisa julgada. Um exemplo: na liquidação por artigos, se o juiz ordenar a apresentação dos artigos de liquidação e o liquidante deixa transcorrer *in albis* o prazo de dois anos (se o contrato estiver em vigor, 5 anos), cremos que o executado pode arguir a prescrição intercorrente ou o juiz pronunciá-la de ofício, nos termos do art. 219, § 5º, do CPC. E nem se argumente com violação ao art. 878 da CLT, pois a execução trabalhista pode ser *ex officio*, mas a ligação por artigos depende de iniciativa da parte. Ora, sem título executivo líquido e certo, não há como ser promovida a execução”.

¹³ MARTINS, Sérgio Pinto. Comentários à CLT. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 952. “A prescrição de que trata o § 1º do artigo 884 da CLT só pode ser, porém, a prescrição intercorrente, quando a parte vai alegá-la nos embargos. Assim, a própria CLT regula a matéria, não há como se aplicar a Lei nº 6.830/80. No entanto, a posição que prevalece na Justiça do Trabalho é a da Súmula 114 do TST”.

Nos parece descabida qualquer alegação de incompatibilidade da prescrição intercorrente com o direito do trabalho, notadamente em função da expressa previsão prescricional do art. 884, § 1º da CLT¹⁴, que acreditamos correspondente a intercorrente, pois as demais seriam arguidas no processo de conhecimento e não na execução¹⁵.

Também acreditamos que a alteração do artigo 219¹⁶ do CPC pela Lei 11.280, que estabeleceu a possibilidade de declaração da prescrição *ex officio* pelo julgador, acabou por fortalecer o cabimento da prescrição intercorrente na seara trabalhista¹⁷. Tudo ratificado pelas disposições da Lei 6.830/80 c/c Lei 11.051/04 que possibilitam o reconhecimento da prescrição intercorrente em execução fiscal e de ofício pelo julgador, acaso decorrido o prazo¹⁸.

¹⁴ “Ora, havendo norma expressa na Consolidação, regulando a espécie, não há omissão que permita invocar distinções subsidiárias, quer da Lei n. 6.830/80, quer do Código de Processo Civil. E ainda que omissão existisse, não haveria compatibilidade do art. 40 da Lei n. 6.830/80 com o disposto no art. 884, §1º, da CLT. GIGLIO, Wagner D. Direito processual do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 534/538.

¹⁵ “Em primeiro lugar, estamos convencidos de que a possibilidade de ser alegada a prescrição intercorrente no processo do trabalho está inculpada, de forma nítida, no art. 884, § 1º, da CLT; com efeito, ao dizer que o devedor poderá, sem seus embargos, arguir – dentre outras coisas – a “prescrição da dívida”, a norma legal citada está, a toda evidência, a referir-se à prescrição intercorrente, pois a prescrição ordinária deveria ter sido alegada no processo de conhecimento”. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Curso de direito processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 2009. P. 2022.

¹⁶ Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.
(...);

§ 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

¹⁷ “De resto, nosso entendimento quanto a ser cabível no processo do trabalho a prescrição intercorrente fica, de algum modo, robustecida pelo fato de a atual redação do § 5.º, do art. 219, do CPC, determinar que o juiz pronuncie, por sua iniciativa, a prescrição. P. 2024. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Curso de direito processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 2009.

¹⁸ KLIPPEL, Bruno. Direito sumular esquematizado – TST. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 167. “Ademais, a Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80), que é aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho, prevê, a partir da Lei n. 11.051/04, a possibilidade de reconhecimento da prescrição intercorrente. Nos termos do § 4º do art. 40 da referida lei, ‘se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato’. Assim, tudo indica a possibilidade de se reconhecer a prescrição intercorrente, na esteira da Súmula n. 327 do STF, apesar do entendimento do TST manter-se em sentido contrário”.

A Súmula 314 do STJ¹⁹ reforça a possibilidade supra, quando não localizados bens penhoráveis. Contudo, para fins de esclarecimento, destaca-se a existência de discussão no STF quanto à constitucionalidade de referida questão nos autos do processo RE 636.562 RG/SC.

Assim, entendemos perfeitamente cabível e legal a adoção de alteração na Súmula 114 do TST, para permitir a aplicação da prescrição intercorrente na Justiça do Trabalho quando houver comprovada omissão do exequente, sem *jus postulandi*, que não possa ser suprida pelo julgador, por inerente àquele.

1 Bibliografia

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso Prático de processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Direito processual do trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ALMEIDA, Isis de. *Manual da prescrição trabalhista*. São Paulo: LTr, 1994.

AMORIM FILHO, AGNELO. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961.

CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de direito processual do trabalho*. Bahia: Editora Jus Podivm, 2010.

CASTRO FERREIRA, Germana Monteiro de. *TST principais julgamentos*. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2010.

GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁹ STJ Súmula nº 314 – 12/12/2005 – DJ 08.02.2006. Execução Fiscal – Não Localizados Bens Penhoráveis – Suspensão do Processo – Prazo da Prescrição Quinquenal Intercorrente. Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 10 ed. São Paulo: LTr, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários às Súmulas do TST*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Comentários à CLT*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Comentários às súmulas do TST*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Execução trabalhista: estática, dinâmica, prática*. 9 ed. rev. ampl, atual. São Paulo: LTr, 2002.

SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: Método, 2007.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Execução no Processo do Trabalho*. 8 ed. São Paulo: LTr, 2004.

_____. *Curso de direito processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

TEORÍA DE LA PONDERACIÓN. ROBERT ALEXY

Milagros Del Carmen Sarmiento Ortiz

1 Introducción

Este trabajo tiene como finalidad estudiar la ponderación como técnica interpretativa empleada por el juez Constitucional para resolver conflictos entre principios. Para ello abordaremos el estudio de la teoría de la ponderación formulada por Robert Alexy y Riccardo Guastini, analizando además el método de ponderación empleado por la Corte Constitucional Colombiana.

Por último se aplicara la técnica de ponderación a la propuesta de establecer perfiles académicos y psicológicos como presupuesto para postularse a cargos de elección popular.

2 Teoría de la ponderación

2.1 Concepción de Robert Alexy sobre principios y reglas

Sea lo primero establecer la distinción entre reglas y principios, entendidos ambos como normas dentro de un ordenamiento jurídico.

Las reglas, según Robert Alexy, tienen la forma de *mandatos definitivos*, en cuanto que “*Si una regla vale y es aplicable, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige; nada más y nada menos*”¹. Señala además Alexy que las reglas contienen entonces determinaciones posibles fáctica y jurídicamente. Es así que las reglas son “*...normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica, es*

¹ Alexy, Robert. El Concepto y la validez del derecho. Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica. Editorial Gedisa S.A. Barcelona. 2004. Pag 162.

*decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente a hacer algo.*²

Con fundamento en lo anterior, Alexy afirma que las reglas tienen como forma característica de aplicación, la subsunción.

Por el contrario, Alexy distingue los principios de las reglas, al afirmar que los primeros son *mandatos de optimización*. Alexy define los principios como:

... normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas, sino también, esencialmente, por los principios opuestos.³

Los principios difieren de las reglas en su forma de aplicación, puesto que no se aplican mediante subsunción, sino mediante ponderación.

3 Ley de la ponderación de Robert Alexy

Antes de exponer el concepto de ponderación, es preciso anotar que la misma forma parte de un principio más amplio, cual es el principio de proporcionalidad, que tiene aplicación en todos los sistemas en que se ejerce un control de constitucionalidad.

El principio de proporcionalidad se compone de 3 subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad, y el de proporcionalidad en el sentido estricto. Los principios de idoneidad y necesidad hacen referencia a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible.

Por su parte, el principio de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a “...*la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas, vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios.*”⁴

² Ibid. Pág 75.

³ Ibid. Pag 162.

⁴ Alexy, Robert. Teoría del discurso y derechos constitucionales. Fontanamara. México D.F. 2007. Pág 62.

La ley de la ponderación, en cuanto método de interpretación constitucional, se deriva del principio de proporcionalidad. Robert Alexy, define la ley de la ponderación, en los siguientes términos: “Cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un derecho o principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro.”⁵

Para Alexy, la ponderación implica tres etapas: 1) Establecer los grados de insatisfacción del primer principio; 2) Establecer la importancia de satisfacer el principio contrario; y, 3) Establecer la importancia de satisfacer el último principio, en cuanto justifica el detrimento o insatisfacción del principio (los grados de interferencia pueden ser grave, leve o moderado) al que se opone o enfrenta.

4 Teoría de Riccardo Guastini sobre principios y reglas

Al margen de los conceptos expuestos por Robert Alexy, encontramos en el italiano Riccardo Guastini una clasificación más amplia sobre las definiciones de reglas y principios, que nos brindan elementos para establecer diferencias entre los mismos.

En primer lugar, Guastini define regla como *“un enunciado condicional que conecta una consecuencia jurídica cualquiera con una clase de supuestos concretos: «Si F, entonces G». La consecuencia jurídica en cuestión puede ser una sanción, la adquisición de un estatus, el nacimiento de una obligación o de un derecho, la validez o la invalidez de un acto, etcétera.”*⁶

Por otra parte, Riccardo Guastini señala que los juristas contemporáneos entienden como principios, aquellas normas que posean las siguientes características:

- 1) Principios en cuanto norma fundamental. Los principios, entendidos de esta forma, son normas que caracterizan el sistema jurídico del que se trata, dan fundamento axiológico (justificación ético-política) a una pluralidad de normas del sistema, y se conciben como

⁵ Ibid. Pág 78.

⁶ Guastini, Riccardo. Teoría e ideología de la interpretación constitucional. Trotta. Madrid. 2008. Pág 74.

axiomas, esto es, normas evidentemente justas o correctas, que no exigen a su vez ningún fundamento.

- 2) Principios como normas estructuralmente indeterminadas. Esta característica de los principios se refiere al contenido mismo de las normas, esto es, a su estructura normativa. En cuanto a su estructura, los principios tienen carácter derrotable y genérico; el primero de ellos hace referencia a las normas que no establecen todos los hechos condicionantes que producen una consecuencia jurídica, y el segundo, en cuanto exigen la formulación de otras normas que los concreten, actualicen o les den ejecución, sin las que no serían aptos para resolver casos concretos.

Guastini señala que la dificultad en los conflictos de principios se centra en que no pueden resolverse utilizando criterios normales, puesto que *“No se puede usar el criterio de lex posterior, porque los dos principios son contemporáneos. No se puede utilizar el criterio lex superior porque los dos principios tienen la misma posición en la jerarquía de fuentes. No se puede utilizar el criterio lex specialis porque las dos clases de hechos regulados por los principios se entrecruzan.”*⁷

5 La ponderación en la teoría de Riccardo Guastini

Ciertamente, Guastini también considera que la técnica utilizada por los jueces constitucionales para resolver los conflictos entre principios constitucionales es la ponderación. Para este autor la ponderación consiste en establecer entre los principios en conflicto una *jerarquía axiológica móvil*.

La jerarquía axiológica a que hace referencia Guastini es determinada por el juez constitucional, que mediante un juicio de valor comparativo, otorga a uno de los principios en conflicto, un *peso* o importancia ético-política mayor respecto del otro. La consecuencia de esta jerarquía es la aplicación del principio al cual se dio mayor valor, sin que ello implique la pérdida de validez del otro principio, el cual continúa en el sistema jurídico para ser aplicado en otras controversias.

⁷ Ibid. Pág 88.

Por otra parte, la jerarquía contenida en la teoría expuesta por Guastini, es móvil por cuanto sólo resulta aplicable a casos concretos, toda vez que la relación entre principios es inestable, mutable, y que dependiendo del caso bajo estudio, puede variar. En este mismo sentido, concluye Guastini diciendo que *“El conflicto, entonces, no se resuelve definitivamente: cada solución vale para una sola controversia particular, ya que ninguno puede prever la solución del mismo conflicto en otras controversias futuras.”*⁸

Es de advertir que las teorías expuestas por Robert Alexy y Riccardo Guastini no se contrarían entre sí, es más, resultan complementarias. En ampliación de lo anterior, tenemos que los conceptos de reglas y principios concebidos por Alexy, encuentran en los elementos de identificación para poder determinar qué es regla y qué es principio, conforme lo argumentado por Guastini.

Así mismo, tanto la ley de la ponderación de Alexy, como la técnica de ponderación, como la concibe Guastini, resuelven el conflicto entre principios constitucionales haciendo ceder un principio frente al otro, en una labor interpretativa en que toma participación el juez constitucional, que en cada caso concreto, determina el mayor valor de uno de los principios en conflicto frente al otro.

Dentro de esta labor de interpretación constante y variable, el juez constitucional se erige como intérprete de la constitución, y por lo tanto, es el llamado, dentro de los márgenes de discrecionalidad que implica la ponderación, en si misma considerada, a resolver la colisión de principios, toda vez que los conflictos entre reglas se resuelven mediante una sencilla labor de subsunción.

6 Aplicación de la ponderación en Colombia

En Colombia la ponderación, dentro del control constitucional, se ha posicionado gradualmente, adquiriendo mayor aceptación como herramienta argumentativa para el juez constitucional.

⁸ Ibid. Pág 89.

Para Manuel José Cepeda la ponderación, en sentido amplio, puede entenderse como *“un modo de argumentación constitucional, por medio del cual el juez resuelve una colisión entre valores, objetivos, intereses o principios constitucionalmente protegidos.”*⁹

Así mismo, señaló que la ponderación, en sentido estricto, puede considerarse como *“uno de los pasos en la aplicación del principio de proporcionalidad, generalmente el último paso, en el cual el juez lleva cabo una evaluación del grado en el cual una norma o situación determinada afecta un derecho o principio constitucional, por una parte, y de la importancia de los valores, principios, intereses u objetivos constitucionales invocados para justificar la imposición de dicha carga, por otra.”*¹⁰

Ciertamente, con la Constitución de 1991, una amplia carta de derechos fundamentales y principios constitucionales, la ponderación adquirió un roll primordial en la labor de control constitucional y en la limitación de derechos fundamentales (esto último ocurre cuando el conflicto ocurre entre derechos fundamentales).

En el caso Colombiano, la Corte Constitucional, además de aceptar que la ponderación es el mejor sistema para resolver esta clase de conflictos, introdujo modificaciones al método de ponderación para adaptarlo a las condiciones particulares del sistema normativo colombiano.

El método de ponderación aplicado por la Corte constitucional colombiana, según lo expuesto por Manuel José Cepeda¹¹ se materializa a través del *test de razonabilidad*. La ponderación en Colombia se estructura sobre un esquema básico de tres pasos, así:

- 1) Análisis del objetivo que justifica la disposición normativa sometida a control. En este primer paso se identifica la meta que busca materializar esa norma (finalidad del legislador), y su valor constitucional.

⁹ Montealegre Lynett, Eduardo (Coordinador). La ponderación en el derecho. “La ponderación de derechos en Colombia: El aporte de la jurisprudencia constitucional”. Universidad Externado de Colombia. 2008. Página 137.

¹⁰ Ibid. Págs 137 y 138.

¹¹ Ibid. Págs 149.

- 2) Análisis de los medios a través de los cuales la norma pretende lograr la meta. Lo anterior a fin de determinar si dichos medios se encuentran o no prohibidos.
- 3) Análisis de la relación entre los medios empleados y la meta perseguida. En este paso se pretende determinar si los medios son aptos para obtener el fin buscado.

Los pasos enunciados corresponden al test de razonabilidad básico. Así mismo, Cepeda indicó que el método básico tiene variantes que modifican la intensidad del juicio, que puede ser leve, intermedio, o estricto.

Igualmente, tenemos que el test de razonabilidad, en un nivel estricto, presenta una nueva variante en el esquema básico, este es, la ponderación en sentido estricto, mediante la cual se sopesa el grado de afectación de un principio o de un derecho fundamental y el peso de los fines constitucionales perseguidos.

A fin de ilustrar la técnica de ponderación empleada por la Corte Constitucional Colombiana, se examinara la sentencia C – 371 de 29 de marzo de 2000, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. La citada sentencia estudio el caso de la llamada ley de cuotas en virtud de la cual, al menos el 30% de altos cargos en la rama ejecutiva del poder público, debían ser ocupados por mujeres.

En esa oportunidad la Corte Constitucional empleo un test de igualdad, siguiendo también un test estricto de ponderación. Señalo la Corte que la norma legal debía revisarse dentro del contexto factico de Colombia. Las variables a determinar eran las siguientes: A) Si persistían materialmente patrones de discriminación sexual respecto de las mujeres; B) De existir tales patrones de discriminación, si los mismos existían en materia de accesibilidad a altos cargos públicos; y, C) Si tales patrones de discriminación se derivan de la voluntad de los nominadores, y no de situaciones ajenas a la misma, como lo sería la falta de mujeres preparadas para acceder a tales cargos.

Concluyo la Corte que si bien mujeres y hombres se encuentran en un mismo plano de igualdad académica en Colombia, y que la legis-

lación no establece factores de discriminación para el género femenino en materia de acceso a cargos públicos, existe una gran desigualdad para acceder efectivamente a altos cargos en razón de la *mentalidad* de los nominadores.

Sostuvo la Corte Constitucional que la ley de cuotas era adecuada en cuanto era *“una medida de acción afirmativa – de discriminación inversa –, que pretende beneficiar a las mujeres como grupo para remediar la baja participación que hoy en día tienen en los cargos directivos y de decisión del estado. Esta cuota es de naturaleza “rígida”, pues lejos de constituir una simple meta a alcanzar, es una reserva “imperativa” de determinado porcentaje; aunque entendido este como un mínimo y no como un máximo.”*

Asimismo, al realizar el test de proporcionalidad la Corte estudio el grado de afectación que podía producirse respecto de los hombres excluidos en su posibilidad de acceder a altos cargos en el sector público, a fin de determinar si la diferencia en el trato prevista en la ley de cuotas se ajustaba o no en la Constitución, para ello se propuso determinar: A) Si la medida que disponía una diferencia en el trato perseguía una finalidad válida a la luz de la Constitución; B) si en trato diferente es adecuado para el logro del fin perseguido; C) si la medida es necesaria, en tanto no existe otra menos gravosa en cuanto a la afectación de otros principios Constitucionales; y, E) si en trato diferenciado es proporcional en tanto no sacrifique valores, principios o derechos de mayor peso que los que pretende satisfacer mediante esa diferenciación.

Una vez agotado el estudio de la llamada ley de cuotas la Corte declaró su constitucionalidad, al considerar que, visto que la finalidad de la medida es aumentar la participación de las mujeres en altos cargos públicos la ley de cuotas garantiza la finalidad propuesta. Señaló la Corte que la medida no solo es necesaria sino que además es razonable y proporcionada.

7 Críticas a la ponderación

Teniendo en cuenta que la argumentación jurídica, dentro de los sistemas normativos neconstitucionales ha adquirida gran relevancia,

en razón de la necesidad de justificar racionalmente las decisiones judiciales, toda vez que el poder judicial tampoco puede fundarse en una mera discrecionalidad, que se derive de las concepciones personales del operador judicial.

Las Constituciones contemporáneas, en su mayoría contienen principios que evocan valores morales y que sirven de fundamento de validez sustancial del ordenamiento jurídico (dignidad humana, igualdad, entre otros), e inclusive como criterios de justicia de dicho sistema.

La positivización de estos principios de contenido moral, como principios constitucionales, propicia la inclusión de juicios de valor ético, social y político, por parte del juez constitucional, no solo cuando este actúa como legislador negativo sacando del ordenamiento jurídico aquellas normas legales que contraríen la constitución, sino también cuando lo hace para amparar derechos constitucionales fundamentales.

Así las cosas, tenemos que la peculiar forma de indeterminación de los principios constitucionales delega en el órgano judicial encargado del control constitucional, como intérprete de la constitución, la labor de llenar de contenido tales principios, y resolver por vía de interpretación los conflictos que se presenten entre principios.

Una vez expuesto lo anterior, encontramos que una de las principales críticas a la ponderación radica en que, el ejercicio de la ponderación como tal, no puede ser controlado racionalmente. En este mismo sentido Carlos Bernal Pulido señala que *“no existe un criterio objetivo para determinar los factores determinantes del peso que tienen los principios en la ley de ponderación, y que conforman la fórmula del peso, es decir: el grado de afectación de los principios en el caso concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a la afectación”*¹²

También puede criticarse a la ponderación, en razón de que, como lo expuso Guastini, la ponderación entre principios no implica la decisión definitiva de esa colisión, sino que tiene aplicación respecto del caso concreto sometido a valoración, por lo que la ponderación puede

¹² Citado en el ensayo “ponderación y sus límites: algunas consideraciones sistémicas”, de Henrik López, contenido en el libro “La Ponderación en el Derecho”, anteriormente citado. Pag. 209 y 210.

llevar a resultados diferentes, en cuanto también son diferentes los juicios de valor (cargados de elementos de tipo social, político, y moral) del juez constitucional.

8 Desarrollo de la técnica de ponderación aplicada a la propuesta de establecer perfiles académicos y psicológicos en cargos de elección popular

8.1 Aplicación al caso concreto

Sea lo primero determinar los principios constitucionales que entrarían en colisión al plantearse la posibilidad de una reforma constitucional que permita establecer criterios o perfiles académicos y psicológicos para desempeñar cargos de elección popular, de modo que los individuos que accedan a los mismos tengan las calidades académicas y misionales necesarias para el manejo eficiente de recursos públicos, la proyección de políticas públicas, y adopción de medidas tendientes al desarrollo social, económico y cultural de la Nación, así como el fortalecimiento de las instituciones estatales.

Conforme lo expuesto se encuentran en colisión los principios de moralidad administrativa y eficacia en el ejercicio de funciones públicas, (principios que pretenden promoverse mediante la determinación de perfiles o requisitos de tipo académico y psicológicos como presupuesto para optar a cargos de elección popular), con los principios de democracia, participación de todos en las decisiones que los afectan, ejercicio del poder político, e igualdad, que se verían limitados en su campo de aplicación.

Ciertamente, al pretenderse que se establezcan perfiles de tipo académicos y psicológico para optar a cargos de elección popular, se procura como finalidad que quienes accedan a tales cargos cumplan con un perfil académico o psicológico de preparación, que les permitan desempeñar las funciones asignadas por la constitución y la ley al cargo de elección popular para que fueron elegidos, en condiciones de calidad, eficiencia y moralidad, de forma en que no solo se propenda

por la consecución de los fines estatales, sino que cuenten con criterios objetivos y racionales que faciliten el ejercicio de sus funciones (ya sean estas de carácter legislativo o ejecutivo), la protección del patrimonio público, y el desarrollo social.

Por otra parte, encontramos que la Constitución Política de Colombia define al estado colombiano como: democrático y participativo, en el que se promueve la participación de todas las personas en las decisiones de carácter social, económico, político, administrativo, y cultural que le afecten. Es de anotar que el carácter participativo del estado Colombiano se refleja también al incluir dentro del catalogo de derechos contenido en esa Carta el derecho de todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, para lo cual puede “*elegir y ser elegido*”.

Con fundamento en lo anterior, podría considerarse que la determinación de perfiles académicos y psicológicos representaría un obstáculo que limitaría, tanto el derecho a *ser elegido*, como el derecho a *elegir* representantes, en cuanto podría imponer cargas (el cumplimiento de perfiles académicos y psicológicos), que no cumplirían todos los ciudadanos.

Así mismo, puede afirmarse que la Constitución Colombiana, en la que el principio de igualdad es un pilar fundamental de la organización estatal, y cuyo ordenamiento jurídico se orienta a la garantía de las libertades personales, los derechos sociales y culturales, y que promueve políticas de inclusión y pluralismo, dificultaría la posibilidad de incluir limitaciones a los principios de igualdad y participación, en el evento de que se establecieran requisitos o perfiles que creen nuevos presupuestos, en esta ocasión relacionados con la preparación académicas y psicológica para el ejercicio de funciones determinadas para cargos de elección popular.

Una vez planteada la colisión de principios que se originaría en el evento de que pretendieran establecerse perfiles (académicos y psicológicos) para cargos de elección popular, procederemos a someterla al test de razonabilidad, como lo emplea la Corte Constitucional Colombiana, así:

- 1) Análisis del objetivo que justifica la disposición normativa sometida a control. En el caso particular, se pretende el fortalecimiento de las instituciones estatales, la protección del patrimonio público, la moralidad en el desempeño de funciones públicas, la eficiencia en el cumplimiento de las mismas, y la promoción del desarrollo social, a través de la determinación de criterios de preparación académica que garanticen la capacidad de quienes se postulan para ejercer cargos de elección popular.

Ciertamente, lo anterior derivaría en un mayor grado de aceptación respecto de las personas escogidas para el ejercicio de cargos de elección popular, y por ende se traduciría también en un mayor grado de legitimidad de quienes ejercen representación popular.

- 2) Análisis de los medios a través de los cuales la norma pretende lograr la meta. El logro de los fines pretendidos, se obtendría mediante el establecimiento de límites al derecho a *elegir y ser elegido*, en el sentido de que se establezcan nuevos requisitos para optar a cargos de elección popular, cuyo contenido se dirige a la acreditación de perfiles académicos y psicológicos de los que se denote la idoneidad para el ejercicio, en condiciones de eficiencia y eficacia, de las funciones propias de esos cargos.
- 3) Análisis de la relación entre los medios empleados y la meta perseguida. Es de advertir que los medios que se establecerían para la consecución de los fines pretendidos, no necesariamente garantizan el logro de los mismos. Lo anterior se evidencia en que las condiciones de preparación académica no necesariamente constituyen garantía de las calidades morales y éticas que se verán reflejadas finalmente en el ejercicio del cargo, y que podrían afectar negativamente los fines que pretende obtener la reforma propuesta, entre ellos la moralidad administrativa y el patrimonio público, los cuales serían afectados en caso de prácticas de corrupción.

Ahora, tratándose de una ponderación entre principios y derechos constitucionales, tenemos que también es necesario realizar una

ponderación en sentido estricto, sopesando el grado de afectación de los principios y derechos fundamentales, así como el peso de los fines constitucionales perseguidos.

Para ello tenemos que si bien existe la necesidad de optimizar (recuérdese que Alexy concibe los principios como máximas de optimización) en cuanto sea posible fáctica y jurídicamente los principios constitucionales, entre ellos los de moralidad administrativa y eficacia en el ejercicio de funciones públicas, también es necesario determinar el grado de afectación que implicaría el establecimiento de limitaciones al derecho/principio “*elegir y ser elegido*”, máxime cuando la participación en el ejercicio y control del poder político es pilar fundamental de la democracia participativa, elemento éste que define al Estado Colombiano.

Así las cosas, tenemos que en el caso particular del control constitucional impartido por la Corte Constitucional Colombiana, la posición que esa corporación adoptaría, muy seguramente, llevaría a resolver la tensión entre principios constitucionales ahora planteada, a favor de los principios de democracia participativa, igualdad, y el derecho al ejercicio y control del poder político.

Lo anterior se evidencia en lo expuesto en la sentencia C-303 de 28 de abril de 2010, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, en la que se dijo:

La democracia participativa es, sin lugar a dudas, un aspecto estructural e inescindible del Estado Constitucional establecido en la Constitución de 1991. Ello se verifica a partir de distintos atributos que tiene este principio, los cuales no solo demuestran esa condición, sino también lo vinculan con el principio de soberanía popular, que tiene idéntico carácter. Así, para efectos de esta decisión, es importante destacar que el principio democrático es esencial, transversal, universal y expansivo, condiciones todas ellas que justifican el citado carácter estructural y definitorio del principio.

De lo anterior, podemos concluir que el ordenamiento jurídico colombiano, y de forma particular los principios constitucionales de

democracia participativa, igualdad, y el derecho al ejercicio y control del poder político, se enfrentan con los principios que pretende promover la propuesta de determinar perfiles académicos y psicológicos para cargos de elección popular. Conflicto que en razón de la naturaleza de los principios enunciados, calificados por la Corte Constitucional como esenciales, estructurales y definitorios del Estado Constitucional, se resolvería a favor de los mismos, disponiendo su aplicación, y dejando de lado, para el caso concreto, los relativos a la moralidad administrativa y la eficiencia en el ejercicio de la función pública.

A RELAÇÃO DA CRIMINOLOGIA COM A SOCIOLOGIA CRIMINAL

Raimunda Irlanda Cabral Santos Rezende

1 Introdução

A criminologia é uma ciência que a cada dia vem demonstrando sua maior importância no cenário jurídico e penal contemporâneo. O estudo da criminologia e seus pressupostos são fundamentais para o planejamento de estratégias de combate e prevenção ao crime, na medida em que se apresenta como uma importante ferramenta na elaboração de políticas públicas voltadas à segurança da sociedade.

Por sua vez, a sociologia criminal também vem se mostrando uma ciência de suma importância, na medida em que se utiliza de métodos empíricos e estatísticos na coleta de dados acerca do crime e do comportamento do criminoso, apresentando-se como uma ferramenta umbilicalmente ligada à criminologia.

A sociedade vive momentos de muitas mudanças, surgindo a cada dia novas formas de criminalidade. Diante disso, o estudo da criminologia e sua relação com a sociologia criminal vêm se mostrando necessário para uma melhor compreensão da sociedade, contribuindo de forma efetiva na busca de soluções para conter o aumento da criminalidade, pois, somente através do estudo é possível se chegar à prevenção.

Estudando-se o crime a partir de seu aspecto sociológico, será possível entendê-lo de acordo com a sua natureza social, ou seja, entendê-lo como um fenômeno social decorrente das relações inter-humanas.

Já dizia BECCARIA: “É melhor prevenir o crime do que castigá-lo”.

Assim, o presente artigo visa o estudo dessas duas áreas que estão ligadas: a criminologia e a sociologia criminal.

2 Criminologia

2.1 Os primórdios da Criminologia: escola clássica

As bases da Criminologia surgiram ao século XVIII, com o advento da denominada “Escola Clássica”, através da obra *Dei Delitti e delle Pene*, de Cesare Bonesana, conhecido como Marquês de Beccaria (1738 – 1794), cujas ideias se difundiram pela Europa através de pensadores e filósofos como Gian Domenico Romagnosi (1761 – 1835) na Itália, Jeremias Bentham (1748 – 1832) na Inglaterra e na Alemanha Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach (1775 – 1833) na Alemanha, dentre outros.

Para João Farias Júnior (2002), Francesco Carrara (1805-1888) foi “o exponencial artífice desta Escola e, para ele, *o homem é submetido às leis criminais por causa de sua natureza moral: por conseguinte ninguém pode ser socialmente responsável por seu ato se não moralmente responsável*”.

Segundo Anitua (2008, p. 162),

para Beccaria, a pena não podia justificar-se na vingança, mas sim na utilidade, na prevenção de outros delitos. Todo ato de autoridade exercido sobre um homem é tirânico se não tiver baseado na necessidade e, por conseguinte, todo castigo que não serve para manter o contrato social unido é injusto. Não há fundamento mítico ou moral para a pena e a justiça, mas será justo aquele que for socialmente útil.

Assim, os princípios básicos desta Escola, trazidos por Beccaria foram: a legalidade dos crimes e das penas, a indistinção das pessoas perante a lei penal, a lei penal deveria ser tão completa e minuciosa que ao juiz não restasse lugar para interpretações ou criações de tipos incriminadores ou de penas não-cominadas e proporcionalidade das penas aos delitos.

2.2 Criminologia: conceito e objeto

Podemos definir a Criminologia como sendo a “ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime, contemplado este como problema individual e como problema social, assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção positiva no homem delinquente e nos diversos modelos ou sistemas de resposta ao delito”.

Para Nelson Hungria, Criminologia é “o estudo experimental do fenômeno do crime, para pesquisar-lhe a etiologia e tentar a sua debelação por meios preventivos ou curativos”

Zaffaroni e Pierangeli conceituam a criminologia como “a disciplina que estuda a questão criminal do ponto de vista biopsicossocial, ou seja, integra-se com as ciências da conduta aplicadas às condutas criminais”.

Em outras palavras, trata-se de uma ciência humano-social que estuda de forma profunda o homem criminoso (sua personalidade), a criminalidade e seus reflexos sobre a sociedade e seus membros (insegurança, intranquilidade) e, por fim, a solução da problemática da criminalidade, buscando meios capazes de prevenir o crime evitando ou eliminando suas causas.

Assim, como o Direito Penal, a princípio, a Criminologia tem como objeto de estudo o crime. No entanto, ambas estudam o crime sob enfoques diferentes.

O Direito Penal estuda o crime como sendo uma regra anormal de conduta, contra a qual será aplicada uma reprimenda (pena), ou seja, caracteriza-se como uma ciência de repressão social, que elabora regras de comportamento e sanções aos indivíduos que as descumprem.

Por sua vez, a criminologia vai além do estudo do delinquente, da delinquência e do delito. Estuda também “a causação do crime, as medidas recomendadas para tentar evitá-lo, a pessoa do delinquente e os caminhos para a sua recuperação”.

Atualmente, além do crime e do delinquente, a moderna criminologia incorpora também em seu objeto o estudo da vítima e o controle social. Isso porque a vitimologia auxilia o estudo da criminalidade real, na medida em que a vítima pode fornecer dados acerca do crime não informados às instâncias de controle.

Por sua vez, segundo García-Pablos de Molina, “o controle social é entendido como o conjunto de instituições, estratégias e sanções sociais, que pretendem promover e garantir referido submetimento do indivíduo aos modelos e normas comunitários”.⁸ Constitui-se, portanto, no conjunto de mecanismos e sanções sociais que regem a convivência social dos indivíduos. No caso, há o *controle social informal*, que é aquele estabelecido pela família, religião etc, com aspecto preventivo e educacional, e o *controle social formal*, estabelecido pelo Estado (polícia, justiça, forças armadas etc.).

3 Sociologia criminal

O objeto do estudo da sociologia criminal é o ser humano e sua relação com o crime e a violência; procurando entender fenômenos sociais que levaram o homem a criminalidade. Com base nesses estudos, pode-se chegar a mecanismos que façam compreender o crime em sociedade, e assim desenvolver ações concretas para o controle da violência e da criminalidade.

Para desenvolver esse estudo, a sociologia criminal trabalha com conceitos e teorias que permitem fazer uma análise detalhada da criminalidade e da violência em sociedade. Dentre as tantas teorias, as principais são: positivismo, funcionalismo, interacionismo, teoria do controle e a teoria do conflito.

3.1 Positivismo criminológico

A escola positivista surgiu no contexto de um acelerado desenvolvimento das ciências sociais (Antropologia, Estatística, Psicologia, Psiquiatria, etc.).

Para o positivismo o crime é uma conduta desviada, totalmente adversa a sociedade. Sendo necessário para o controle social as regras e instituições que apliquem essas regras.

Diego Zysman Quirós ensina:

La criminología positivista – Primera criminología científica – afirmó el determinismo del comportamiento humano, la importancia de la evolución y el progreso, y se propuso establecer las leyes generales de la delincuencia, del mismo modo en que lo hacían las ciencias naturales.

A análise do crime e da violência, para o positivismo, é feita através de métodos e de técnicas quantitativas, procurando mensurar o máximo possível tudo que está relacionado com o fenômeno.

Segundo Gabriel Ignacio Anitua em sua obra *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*:

O estudo da criminologia positivista pode ser explicado, de forma bem sintética e ressaltado numerosas diferenças, com base no “homem delinquente”. Essa denominação seria de um homem diferenciado, como outra “raça” em tudo diferente da dos seres humanos normais.

Com relação ao Direito Penal, o positivismo pode ser dividido em três fases:

- *Fase Antropológica*: onde tem Cesare Lombroso com sua obra *L'Uomo Delinquente*, como autor símbolo. Lombroso se preocupava muito com o contingente pessoal.
- *Fase Jurídica*: com Rafael Garofalo com sua obra *Criminologia*.
- *Fase sociológica*: com Enrico Ferri e sua obra *Sociologia Criminale*. Para Ferri além das falhas biológicas do criminoso, preponderavam-se os fatores ambientais.

No contexto histórico, o positivismo se desenvolveu com o surgimento das ideias do iluminismo, assim como as crises morais e sociais

do final da Idade Média. Com o aparecimento da sociedade industrial e com o marco histórico da Revolução Francesa, se deixa de lado os valores da monarquia e do clero e passa a priorizar a razão. A escola do positivismo vem para proteger a sociedade da ação dos criminosos, associando uma interpretação das ciências e uma classificação do conhecimento a valores humanos.

Em 1859 Charles Darwin publica a obra “A origem das Espécies”, onde apresentou evidências abundantes da evolução das espécies, que os indivíduos diferem uns dos outros e que os mais bem adaptados são os que deixam maior número de descendentes. Existindo uma seleção natural em constante transformação. Assim a sociedade humana passou a ser explicada por teóricos de influencia Darwinista.

O professor Ricardo Rabinovich-Berkman destaca:

El auge del positivismo se potencia por el clima de optimismo científico y tecnológico que viven Europa y América en la segunda mitad del siglo XIX. Sin embargo, a fines de la centúria, ya se alcanzan voces de alerta, que buscan prevenir al mundo contra los eventuales peligros que podrían derivarse de una aplicación al derecho de ciertos positivismos, en especial, del biológico, que había cobrado un auge sin precedentes a partir de las obras del inglés Charles Darwin (1809-1882), especialmente, el Origen de las especies por medio de la selección natural (1859).”(RABINOVICH, 2007, p. 208)

O positivismo criminológico representa o momento científico, onde segundo os positivistas, o crime seria uma realidade biológica incrustada na compleição anatômica do criminoso. O que marca a criminologia positivista é um determinismo biológico na identificação do criminoso e da criminalidade.

Um dos pioneiros em criminologia clinica e representante da Escola positiva na América Latina foi o argentino José Ingenieros com sua obra *Criminologia*.

Foi a partir da escola positivista que se pode observar a edificação de uma verdadeira criminologia, sem recorrer a fundamentos filosóficos

para contextualizar o crime, mas o entendem como produto de anomalias no indivíduo.

3.2 Teoria funcionalista

Essa teoria tem como ideia central que a sociedade é um todo organizado e que as partes são interdependentes. A sociedade seria um grande organismo social e que o equilíbrio e a harmonia do todo seriam de responsabilidade das instituições sociais.

Um dos primeiros pensadores a observar a vida social como um sistema social foi Herbert Spencer, cujo pensamento foi de grande importância para a Teoria funcionalista.

No entanto, a base teórica do funcionalismo foi Emile Durkheim defendendo a ideia de que o crime é normal, sendo natural em todo tipo de sociedade. O crime para Durkheim não é uma patologia, mais sim parte da fisiologia da vida social. Sendo um regulador da evolução moral. Assim se o crime não é patológico, a pena não pode ser considerada um remédio.

Para Emile Durkheim:

Uma sociedade não é constituída simplesmente pela massa de indivíduos que a compõem, pelo território que eles ocupam, pelas coisas de que servem, pelos movimentos que executam, mas, antes de tudo, pela idéia que ela faz de si mesma.

Gabriel Ignacio Anitua em sua obra *Histórias dos Pensamentos Criminológicos* ensina que:

A idéia durkheiminiana do que é normal e do que é patológico diferia das que ainda mantinham certas concepções morais dentro do positivismo. Durkheim não defendia o fim da distinção entre o normal e o patológico, mas sim, ao contrário, identificava o normal com o geral, com aquilo que se produz com maior assiduidade numa determinada sociedade, e os fatos menos habituais com os “patológicos”.

Ao estudar o crime como fato social, Durkheim destaca como relevante, além dos atributos de generalidade, da exterioridade e da coercitividade, também os sentimentos que esse fenômeno provoca na sociedade.

3.3 Teoria interacionista

Os interacionistas estudam que o desvio é um fenômeno construído socialmente, questionam como determinados comportamentos são definidos como desviantes e qual o motivo que um determinado grupo é rotulado de desviante e outro não.

Essa teoria também é conhecida como teoria da Rotulação, Labelling Approach, etiquetamento, e da Estigmatização. Tendo como principais representantes: Becker, Lemert, Kitsuse, Tanembaum, Schur, Erikson e Gusfield. Surgiu na década de 60 nos EUA, através de numerosas obras e artigos.

Segundo Becker: “Desviante é o sujeito em que foi aplicada com sucesso a etiqueta de desviante”.

Para essa teoria o que determina o conceito de desvio e desviante é a maneira como ocorre a interação entre indivíduo e sociedade. Ao estudar essa interação, a teoria se volta ao estudo do por que determinadas pessoas são estigmatizadas de delinquentes e quais as fontes legítimas e as consequências da punição imposta a essas pessoas.

O sociólogo Becker em seus estudos sociológicos sobre o desvio combate a concepção sociológica que pressupõe que desvio é a simples transgressão a uma norma sobre a qual existe consenso. Desvio seria a interação entre a pessoa que comete o ato e os outros que reagem a esse ato.

Nesse sentido Becker:

Tal pressuposto parece-me ignorar o fato central acerca do desvio: ele é criado pela sociedade. Não digo isso no sentido em que é comumente compreendido, de que as causas do desvio estão localizadas na situação social do desviante ou em ‘fatores sociais’ que incitam sua ação. Quero dizer, isto sim, que grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio, e ao aplicá-las a pessoas particulares e rotulá-las como outsiders. Desse ponto

de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um 'infrator'. O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal.

Ao classificar um ato como desviante ou não, depende muito da reação das pessoas. Essa dependência da reação é maior do que se o ato é ilícito ou não. Becker exemplifica com a situação de que relações sexuais entre solteiros não encontram geralmente significativa censura, mas a solteira que engravida é rotulada de promiscua, enquanto o "pai solteiro" quase nenhuma reprovação social sofre pelo mesmo motivo.

Becker diz ainda que um ato só é considerado desviante quando chega ao conhecimento público.

3.4 Teoria do controle

Para Travis Hirschi (1969), sociólogo e criminologista que se destaca na teoria do controle, o delinquente é uma pessoa livre de vínculos íntimos, aspirações e crenças morais.²⁰ Assim, segundo essa teoria o que levaria a uma pessoa a não cometer crime, seria o envolvimento, a ligação dessa pessoa com a sociedade.

Segundo Hirsch, citado por Giddens: "Há quatro tipos de elos que ligam as pessoas à sociedade e ao comportamento que obedece a lei: apego, compromisso, envolvimento e crença."

A falta de laços familiares ou, ainda que existentes, mas fracos, podem deixar uma pessoa livre para ver benefícios no crime. Assim o apego tornaria a opinião das outras pessoas importantes, passando a analisar os riscos que uma atitude de infringir uma norma traria. Havendo um comprometimento com o cumprimento de regras, em razão da aprovação dos outros. Ao se comprometer, surge o envolvimento, que dificulta o agir contrário às atividades convencionais. A crença, outro elemento da teoria do controle, seria variante de pessoa para pessoa. Assim uma pessoa pode crer menos nas regras do que outra. Quando uma pessoa comete um crime, ela demonstra a fragilidade das suas crenças.

Na concepção da teoria do controle, se existir oportunidade, conforme a situação nas quais as pessoas se encontrem e falta de controle (ausência dos elos: apego, compromisso, envolvimento e crença), toda pessoa estaria propensa a cometer um delito, de maior ou de menor gravidade.

3.5 Teorias do conflito

As teorias do conflito depreendem que existam na sociedade diversos grupos e subgrupos que, eventualmente, apresentam disparidades valorativas. Essas teorias possuem grande tradição na sociologia norte-americana.

3.5.1 *Teoria do conflito cultural: os conflitos, onde dentro esta a criminalidade é produto de mudança social*

Ensina Donald Taft:

A cultura quer expressar o marco cultural em sua totalidade, a escassa credibilidade de certos valores tradicionais obrigatórios, a crise de instituições herdadas, o impacto antipedagógico de determinados exemplos de grande repercussão pública, a dupla moral social e, em suma a crise moral derivada das contradições internas da cultura vigente.

Essa teoria explica a criminalidade dizendo que a cultura com suas numerosas contradições internas é um fator criminógeno.

3.5.2 *Teoria do conflito social: com base em pensamentos tanto do marxismo quanto do não-marxismo*

A teoria do conflito social com origem no pensamento marxista entende que as instituições da Justiça Penal seriam organizadas para recrutar a população desviada entre indivíduos da classe trabalhadora. O Direito Penal estaria a serviço de parte da sociedade que tem em suas

mãos o poder político-econômico. Considera o problema criminal insolúvel em uma sociedade capitalista. Só seria possível uma solução para a criminalidade, se houvesse uma transformação na própria sociedade.

A teoria do conflito social de base não-marxista entende que o crime era visto como produto normal de tensões sociais e carecia de significado patológico. A causa do conflito entre os grupos sociais era a distribuição diferenciada de poder. A justiça penal estava a serviço das parcelas detentoras do poder político.

4 Considerações finais

Ao decidir estudar a criminologia, nos deparamos com o criminoso, o crime, e o reflexo desse fenômeno na sociedade. Para estudar esse problema que atinge a sociedade desde sempre, se faz necessário conhecer além da criminologia, a sociologia criminal.

O mistério da criminalidade foi alvo de várias teorias, tentando desvendar o labirinto de onde surge o crime e o criminoso. Como o motivo que leva um indivíduo a cometer um crime é algo difícil de ser compreendido, a sociologia criminal juntamente com a criminologia apresentam-se como uma importante ferramenta para desvendar esse mistério.

Quando a criminologia demonstra que a personalidade criminosa é um somatório dos fatores biológicos com sociológicos, ela está se relacionando com a sociologia criminal. Nesse sentido, é fundamental o estudo da sociedade para uma melhor compreensão desse grave problema social.

Nesse estudo foi inevitável o raciocínio sobre o quanto se avançou no estudo do crime e do criminoso, desde a escola clássica até o momento atual. Porém essa relação da criminologia com a sociologia criminal é um processo em constante e inevitável mudança.

5 Bibliografia

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.

CARRARA, Francesco *apud* FARIAS JUNIOR, João. *Manual de criminología*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2002.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 5. ed. rev. e atual.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HUNGRIA, Nelson. *Apud* FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia Integrada*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2002. Pp. 26/27.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 158.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. 24ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 12.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 5. ed. rev. e atual.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

QUIRÓS, Diego Zysman. *Sociología del Castigo: genealogía de la pena*. 1ª ed, Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012. p.150.

ANITUA, Gabriel Ignacio, *op. cit.*, p. 297.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. *Un viaje por la historia del derecho*. 1ª ed. Buenos Aires: Quorun, 2007.

INGENIEROS, José. *Criminologia*. Madrid: Daniel Jorro, 1913.

DURKHEIM, Émile. *As formas elementares da vida religiosa*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 170.

ANITUA, Gabriel Ignacio, *Op. Cit.*, ps. 440-441.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Trad. Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983. ps. 98-99.

BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECKER, Howard S, *op. cit.*, ps. 21-22.

BECKER, Howard S, *op. cit.*, p. 26.

BECKER, Howard S, *op. cit.*, p. 26.

HIRSCHI, T. *Causas da delinquência*. Berkeley e Los Angeles: University of California Press.

HIRSCH, *apud* GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 4ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2005. ps. 180-181.

TAFT, Donald R. *Criminology*, 3th, NY, Macmillan Pub Co, 1964.

LOS CAUTIVOS DE LAS FARC A LA LUZ DEL “HOMO SACER”¹ DE GIORGIO AGAMBEN

Ronny Alexander Rodríguez Eslava

1 Planteamiento del problema

Los conceptos agambenianos “Nuda Vida”, “Homo Sacer”, “Campo de Concentración” y “Estado de Excepción”, permanecen vigentes a través de las vicisitudes tanto síquicas como físicas impuestas a los militares, policías y políticos reducidos a cautiverio por la guerrilla de las FARC, en algún lugar de la selva colombiana.

El concepto de “nuda vida” implica la existencia de un “casi no hombre”, de un simple cuerpo que puede ser tratado de cualquier manera y cuya muerte deviene impune; el hombre que permanece en cautiverio de las FARC en sus “campos de concentración” ubicados en algún lugar de la selva colombiana, es un “Homo Sacer” en los términos señalados por Giorgio Agamben, por cuanto es un hombre desprovisto de derechos y dignidad.

En la “zona de excepción” creada por las FARC en el lugar de la selva donde materializan la retención de sus cautivos, el Comandante guerrillero es “soberano” en tanto permanece simultáneamente “dentro

¹ En «Homo Sacer», Giorgio Agamben habla de la figura del derecho romano que se aplicaba a aquellos sujetos cuya vida, tras haber cometido un delito, estaba expuesta al poder soberano. El homo sacer no podía ser sacrificado, pero podía ser asesinado sin impunidad, ya que su muerte no tenía valor alguno. Esta figura, que Agamben recupera para hablar de los parias del siglo XX –masas exterminadas que no llegan a ser sujetos políticos, sino mera vida física– sitúa al individuo al margen, entre la ciudadanía y la vida social. Está vivo, pero es como si ya estuviese muerto, como los forajidos de los Western: «Se busca vivo o muerto». Tomado del artículo digital publicado en la revista digital La Razón.es, en: http://www.larazon.es/detalle_hemeroteca/noticias/LA_RAZON_374162/9514-opinion-homo-sacer#.UvLHnJCYaUk consultado febrero 5 de 2014.

y fuera del ordenamiento jurídico”; allí las FARC organizaron un “estado de excepción” bajo su total influencia y suspendieron la validez del orden jurídico de la República de Colombia a través de actos como el “impuesto al gramaje” y el “impuesto al patrimonio”, así como por la suplantación a la administración de justicia que significan los “enjuiciamientos revolucionarios” y las “órdenes de fusilamiento” de sus cautivos y guerrilleros pertenecientes a sus filas.

En los “campos de concentración”, en esos “espacios de excepción” de las FARC la ley colombiana está suspendida. Allí todo es posible. Los militares, policías y civiles secuestrados se mueven en una “zona de indistinción” donde carecen de toda protección jurídica y están condenados a una vida vegetativa. Allí el poder omnímodo del “Comandante” tiene en frente solo la “mera vida biológica” de sus “retenidos”, quienes se confunden con el “homo sacer” y por tal razón deviene “casi no-hombres”, es decir, “eliminables”. Si el meollo del “campo” radica en la materialización del “estado de excepción” y en la creación de un espacio para la “vida vegetativa”, esa estructura es un “campo de concentración” como lo sugiere Giorgio Agamben, sin perjuicio de que allí se cometan delitos como secuestro, tortura, homicidio, o lesiones personales. En ese “campo” no residen sujetos jurídicos sino “meras existencias” o sea “nudas vidas”.

2 Introducción

Giorgio Agamben llama “nuda vida” a la existencia de un cuerpo que puede ser tratado de cualquier manera y que incluso puede ser eliminado sin que esa muerte sea reprochable pues ese mero cuerpo carece de derechos y de dignidad. La nuda vida se confunde con el homo sacer y habita en el “campo de concentración” o estado de excepción donde se encuentra suspendida la validez del orden legal y donde todo puede acontecer; quien ingresa se mueve en una zona de indistinción, carece de toda protección jurídica y es condenado a una vida vegetativa. En esta zona el soberano está simultáneamente dentro y fuera del ordenamiento jurídico y solo tiene en frente suyo la mera vida biológica del homo sacer.

En sus sitios de cautiverio ubicados en algún punto de la selva colombiana, las FARC mantienen cautivos a militares, policías y civiles. En tanto materialización del estado de excepción implican la creación de un espacio para la vida vegetativa y constituyen un campo de concentración en los términos sugeridos por Giorgio Agamben, donde no residen sujetos jurídicos sino meras existencias, es decir, nuda vida. Estos cautivos-homo sacer permanecen encadenados y enjaulados, sin comunicación con sus familiares, amenazados con un fusil sobre sus cabezas, haciendo sus necesidades fisiológicas encadenados junto a su compañero, siendo testigos del asesinato de sus compañeros de cautiverio sin recibir curación para sus heridas e ignorando las razones de su retención. Los cautivos-homo sacer son hombres sin derechos ni protección jurídica, son meros cuerpos, son nuda vida dentro de un espacio del territorio colombiano donde impera un estado de excepción; el estado de excepción de las FARC.

3 Biografía de Giorgio Agamben

Giorgio Agamben nació en 1942 en Roma donde estudió Derecho y se doctoró en Filosofía en la Universidad de Roma. En su pensamiento son evidentes las influencias de Walter Benjamin, la de su preceptor Martin Heidegger y la de Michel Foucault de quien tomó el concepto de Biopolítica.² Su creación intelectual estuvo inicialmente centrada en la teoría de la literatura y en la crítica de arte girando progresivamente hacia la filosofía política, de la que son el más claro exponente los diversos volúmenes de su "Homo Sacer."³ Es autor, entre otros, de: *L'uomo senza contenuto* (1970), *Stance: la parola e il fantasma nella cultura occidentale* (1979), *La fine del pensiero* (1982), *La comunità che viene* (1992), *Homo sacer I. Il potere sovrano e la nuda vita* (1995), *Mezzi senza fine* (1996), *Homo sacer III. Quel che resta di*

² Tomado del artículo "*Perfil Biográfico y Académico*" de Giorgio Agamben, en el artículo digital publicado en el sitio web Infoamérica, en: <http://www.infoamerica.org/teoria/agamben1.htm> consultado el 26 de enero de 2014.

³ Artículo digital: "*Biografía de Giorgio Agamben*", tomado del sitio web comparte libros, en: <http://www.compartelibros.com/autor/giorgio-agamben/1> consultado el 25 de enero de 2014.

Auschwitz (1998), Il tempo che resta (2000), L'aperto (2002), Homo sacer II. Stato di eccezione (2003), Il giorno del giudizio (2004), Profanazioni (2004), La potenza del pensiero. Saggi e conferenze (2005). En lengua española: Idea de la prosa, Península, Barcelona, 1989; Estancias, Pre-Textos, Valencia, 1995; La comunidad que viene, Pre-Textos, Valencia, 1996; El hombre sin contenido, Áltera, Barcelona, 1998; El poder soberano y la vida desnuda. Homo sacer I, Pre-Textos, Valencia, 1998; Lo que queda de Auschwitz: El archivo y el testigo. Homo sacer III, Pre-Textos, Valencia, 2000; Medios sin fin, Pre-Textos, Valencia, 2001; El lenguaje y la muerte, Pre-Textos, Valencia, 2003; Estado de excepción. Homo sacer II, Pre-Textos, Valencia, 2004.⁴

4 Obra de Giorgio Agamben

En “Homo Sacer,⁵” “Estado de Excepción”, y “Lo que queda de Auschwitz,” Agamben indaga acerca de las bases políticas y jurídicas que han permitido sucesos tan aberrantes como los sucedidos en los campos de concentración nazi, que no constituyen fenómenos aislados pues el Estado moderno se asienta sobre esas mismas bases que se creían superadas.⁶

Agamben descubre oculta en nuestro tiempo la existencia de una perversa ideología fundada en los conceptos “nuda vida” y “homo sacer”. La “vida desnuda” es la vida en cuanto fenómeno biológico, es la vida aislada considerada sólo como un trozo de materia, un elemento

⁴ Op. Cit. 2

⁵ En «Homo Sacer», Giorgio Agamben habla de la figura del derecho romano que se aplicaba a aquellos sujetos cuya vida, tras haber cometido un delito, estaba expuesta al poder soberano. El homo sacer no podía ser sacrificado, pero podía ser asesinado sin impunidad, ya que su muerte no tenía valor alguno. Esta figura, que Agamben recupera para hablar de los parias del siglo XX –masas exterminadas que no llegan a ser sujetos políticos, sino mera vida física– sitúa al individuo al margen, entre la ciudadanía y la vida social. Está vivo, pero es como si ya estuviese muerto, como los forajidos de los Western: «Se busca vivo o muerto». Tomado del artículo digital publicado en la revista digital La Razón.es, en: http://www.larazon.es/detalle_hemeroteca/noticias/LA_RAZON_374162/9514-opinion-homo-sacer#.UvLHnJCYaUk consultado febrero 5 de 2014.

⁶ COLOMBO MURÚA, Ignacio: “*EL PENSAMIENTO DE AGAMBEN Y SU RELACION CON EL DERECHO PENAL*”, Artículo digital publicado en el sitio web “Justiniano.Com” en: http://www.justiniano.com/revista_doctrina/Agamben_%20y_%20el_%20Derecho_Penal.htm consultado el 5 de octubre de 2013.

individual de la naturaleza que existe solamente de una manera física. En la modernidad esa vida es la que forma la materia prima de la política; no la simple vida natural sino la vida expuesta a la muerte (la nuda vida o vida sagrada) es el elemento político originario. La política viste de derechos y obligaciones a esa primigenia vida desnuda que politizada deja de estar desnuda. La política cumple una tarea primordialmente metafísica y ejecuta la tarea metafísica que la ha conducido a asumir cada vez más la forma de una biopolítica.⁷

La “nuda vida” presenta la idea de un cuerpo –“el homo sacer”– que es el objeto originario de la política que mientras se encuentre en ese estado originario (simple cuerpo o simple hombre) puede ser tratado de cualquier manera e incluso puede ser muerto impunemente). Agamben enseña que el “homo sacer” es una figura del derecho romano arcaico en el cuál aún no se encontraba distinguido el derecho religioso del derecho penal. La idea de un hombre que es sagrado a quien cualquiera puede dar muerte parece contradictoria pero no en el contexto romano arcaico, donde el hombre sagrado es un individuo que ha cometido un delito grave.⁸

El homo sacer no puede ser objeto de sacrificio –*sacrifitium*– pues lo que es sacer ya está en posesión de los dioses, es originariamente posesión de los dioses infernales y no hay necesidad de que se le haga tal con una nueva acción pero si algún ciudadano lo mata no es punible ya que escapa del derecho humano. El poder es el que otorga al hombre (en cuanto nuda vida) el carácter de ciudadano y desde ese momento el hombre adquiere derechos y prerrogativas. La politización de la nuda vida como tal constituye el acontecimiento decisivo de la modernidad que marca una transformación radical de las categorías político-filosóficas del pensamiento clásico “Homo Sacer.”⁹

Agamben marca una paradoja en la formación de esa estructura jurídico-política moderna cual es el procedimiento que incluye al hom-

⁷ Op. Cit. AGAMBEN, G. p. 21, citado por COLOMBO MURÚA, Ignacio, Op. Cit.

⁸ Op. Cit.

⁹ Op. Cit.

bre (en tanto nuda vida) en el Estado a través de la exclusión de esa nuda vida, pues al politizarla y cualificarla deja de ser nuda vida.¹⁰ Ignacio Colombo afirma que Flavia Costa¹¹ explica muy bien este mecanismo al incluir al viviente (en cuanto vida desnuda) dentro del derecho mediante su exclusión, en la medida en que alguien que es ciudadano (ya no un mero viviente) para ser ciudadano pone su vida natural (su nuda vida) a disposición del poder político, en cuyo caso la política se vuelve bio-política.¹²

El sujeto que es manipulado por la política es un hombre que no tiene por sí mismo ningún derecho y de cuya vida cualquiera puede disponer porque carece de dignidad, aunque es insaclicable porque constituye el material que utilizará la política para construir el Estado. Esta estructura originaria del sistema político puede verificarse durante el “estado de excepción” que al consistir en una suspensión de las normas, “corre el velo normativo” e ilumina la estructura primigenia de la realidad integrada sólo por el poder. Bajo “estado de excepción” este poder está indeterminado: el estado de excepción implica un retorno a un estado original prerrománico en el cual no se ha producido aún la distinción entre el poder legislativo y el ejecutivo.¹³

El soberano está simultáneamente dentro y fuera del ordenamiento jurídico. Si se entiende con Agamben que éste es a quien el orden jurídico le reconoce el poder de proclamar el estado de excepción y de suspender la validez del orden jurídico, inevitablemente el soberano cae fuera del orden jurídico vigente, sin dejar de pertenecer a él puesto que tiene competencia para decidir si la constitución puede ser suspendida en su integridad, y el soberano al tener el poder legal de suspender la validez de la ley se sitúa legalmente fuera de ella.¹⁴

¹⁰ Op. Cit. COLOMBO MURÚA, Ignacio

¹¹ Flavia Costa es Doctora (c) en Ciencias Sociales UBA, docente e investigadora. Tomado de la revista digital “bios política”, en: http://www.biopolitica.cl/pags/flavia_costa.html consultado enero 28 de 2014.

¹² Op. Cit. COLOMBO MURÚA, Ignacio.

¹³ Op. Cit.

¹⁴ Op. Cit.

Agamben afirma que el Estado primigenio en el cual sólo hay nuda vida y poder ilimitado es el verdadero nomos de nuestro tiempo y lo corrobora con la descripción de los múltiples estados de sitio, estados de emergencia y decretos de necesidad y de urgencia, todos ellos conocidos en forma genérica como “estados de excepción.”¹⁵

Junto con Arendt¹⁶ Agamben sostiene que la posición originaria del hombre como nuda vida queda evidenciada en la figura de los refugiados quienes deberían haber encarnado por excelencia al “hombre de los derechos.”¹⁷ El refugiado es el hombre considerado en cuanto tal sin ninguna otra consideración política. El ordenamiento jurídico del país receptor no contiene categorías para incluirlo; es sólo un hombre (no es un ciudadano). En el sistema del Estado-Nación los pretendidos derechos sagrados e inalienables del hombre aparecen desprovistos de cualquier tutela y de cualquier realidad desde el momento mismo en que deja de ser posible configurarlos como derechos de los ciudadanos de un Estado.¹⁸

4.1 Campo de concentración

Lo ocurrido en los campos de concentración supera el concepto jurídico de crimen a tal punto que se ha olvidado considerar la verdadera estructura jurídico-política en la cual se produjeron.¹⁹ Agamben retoma el concepto de bio-política acuñado por Foucault²⁰ referido a la

¹⁵ Op. Cit. AGAMBEN, G., citado por COLOMBO MURÚA, Ignacio, en Op. Cit.

¹⁶ Hannah Arendt, filósofa política alemana, nació en Linden-Limmer, Hannover, Alemania, el 14 de octubre de 1906 y murió en New York, Estados Unidos, el 4 de diciembre de 1975. Artículo digital “*Hanna Arendt*”, publicado en el sitio web Biografías y vidas, en: <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/a/arendt.htm> consultado el 15 de noviembre de 2014.

¹⁷ Op. Cit. AGAMBEN, G., p. 160, citado por COLOMBO MURÚA, Ignacio, en Op. Cit.

¹⁸ Op. Cit.

¹⁹ Artículo digital “*Más para leer FEyC5, Qué es un campo?*”, publicado en el sitio web fec3.blogspot.com, Tomado de: <http://www.elcultural.com/eva/literarias/agamben/portada1.html>, en: <http://fec3.blogspot.com/2007/07/qu-es-un-campo-giorgio-agamben.html> consultado octubre 5 de 2013.

²⁰ Michel Foucault. Historiador de las ideas, psicólogo, teórico social y filósofo francés, nació en Poitiers el 15 de octubre de 1926 y murió en París el 25 de junio de 1984. Artículo digital “*Michel Foucault*” publicado en el sitio web Biografías y vidas, en: http://www.biografiasyvidas.com/biografia/f/foucault_michel.htm Consultado el 15 de noviembre de 2014.

creciente implicación de la vida natural del hombre en los mecanismos y cálculos del poder y lo extiende al análisis de los campos de concentración.²¹ Durante milenios el hombre siguió siendo lo que era para Aristóteles, es decir, un animal viviente y capaz además de existencia política; el hombre moderno es un animal en cuya política está puesta en entredicho su vida de ser viviente.²²

Ignacio Colombo afirma que para Agamben las investigaciones iniciadas por Foucault y Arendt respecto de las prisiones y los hospitales quedarían trucas si no se las extendiera a los campos de concentración pues en ellos es donde la penetración del poder en la vida humana alcanza su máxima expresión.²³ Sus descubrimientos comenzaron a develar el paradigma oculto de la política moderna pero era necesario el análisis de los campos de concentración para lograr definitivamente tal objetivo.²⁴

Para Agamben el paradigma es una forma de conocimiento no inductiva sino analógica que se mueve de la singularidad a la singularidad; el “Homo Sacer”, el “Campo de Concentración” y el “Estado de Excepción” no son hipótesis por cuyo conducto se intenta explicar la modernidad reconduciéndola a una causa o un origen histórico, se trata de paradigmas que tenían por objetivo hacer inteligible una serie de fenómenos cuyo parentesco había escapado a la mirada del historiador.²⁵

La figura del “Campo” reaparece en el siglo XX con los campos de concentración o de exterminio. Agamben desarrolla esta teoría con el convencimiento de que es el campo y no la ciudad lo que constituye el paradigma de nuestra modernidad. La “nuda vida” o vida desnuda es la existencia despojada de todo valor político y de todo sentido ciudadano. El campo de concentración o de exterminio es el espacio más radical pero no el único donde se ejecutan las bio-políticas contemporáneas, donde la vida privada de todo derecho puede ser objeto de todos

²¹ Op. Cit. COLOMBO MURÚA, Ignacio.

²² Foucault retomado por AGAMBEN, G. en Op. Cit.

²³ Op. Cit. COLOMBO MURÚA, Ignacio.

²⁴ Op. Cit.

²⁵ AGAMBEN, Giorgio. “*Que es un Paradigma*”. Artículo digital publicado en la revista digital Fractal, en: <http://www.mxfractal.org/GiorgioAgamben.htm> consultado octubre 3 de 2013.

los experimentos. El campo es el lugar en el que se ha realizado la más absoluta *conditio inhumana* que se haya dado jamás sobre la tierra.²⁶

Las más remotas apariciones de los campos de concentración, serían los organizados por los españoles en la Cuba de 1896 para reprimir la insurrección de la población de la colonia, o los “*concentration camps*” en los cuales los ingleses reunieron a los *Boers*.²⁷ En ambos casos se trata de la extensión de un estado de excepción a una población civil ligado a una guerra colonial. Los campos no nacen del derecho ordinario ni de una transformación ni desarrollo carcelario sino del estado de excepción y de la ley marcial. Para los Lager nazis la base jurídica del internado no era el derecho común sino la *Schutzhaft*²⁸ (custodia protectora)²⁹, institución jurídica de origen prusiano que los juristas nazis clasifican a veces como una medida de policía preventiva en cuanto permitía tomar en custodia a individuos independientemente de cualquier comportamiento penalmente relevante, con el único fin de evitar un peligro para la seguridad del Estado.³⁰

La protección de la libertad cuestionada en la *Schutzhaft* (detención preventiva)³¹ es irónicamente protección contra la suspensión de la ley que caracteriza a la emergencia. El campo es el espacio abierto cuando el estado de excepción comienza a convertirse en la regla; el estado de excepción que era una suspensión temporal del ordenamiento, deviene permanente pero fuera del ordenamiento normal.³²

²⁶ AGAMBEN, Giorgio: “¿Que es un campo?”, artículo digital publicado en el sitio web “Más para leer FEyC5”, (blog.spot) en: <http://fec3.blogspot.com/2007/07/qu-es-un-campo-giorgio-agamben.html> consultado octubre 5 de 2013. Este artículo de Giorgio Agamben apareció en enero de 1995 en el número 1 de la revista Sibila.

²⁷ *Bóer*. Se aplica al colono holandés establecido en el África austral a mediados del siglo 17: los bóers mantuvieron una guerra con los británicos entre 1899 y 1902, tras la cual el Reino Unido anexionó las repúblicas de Orange y Transvaal, concediéndoles cierta autonomía dentro de la Commonwealth. Plural: *Bóers*. Tomado del sitio web “The Free Dictionary By Farlex”, en <http://es.thefreedictionary.com/b%C3%B3ers>.

²⁸ *Schutzhaft* significa: **prisión preventiva**, según el sitio web “Diccionario abierto”, en: <http://www.significadode.org/aleman/schutzhaft.htm> consultado enero 30 de 2014.

²⁹ “Custodia protectora” es el significado atribuido a Agamben, en la publicación de la revista Sibila, en Op. Cit. AGAMBEN, Giorgio.

³⁰ Op. Cit. AGAMBEN, Giorgio.

³¹ Adoptaremos el significado del Diccionario Abierto.

³² Op. Cit. AGAMBEN, Giorgio.

Veamos la paradoja del campo en cuanto espacio de excepción: es una parte del territorio que está fuera del ordenamiento jurídico pero no es un espacio externo. Lo que está excluido en él es según el significado etimológico del término excepción: *excapere*, es decir, tomado fuera, incluido a través de su misma excepción.³³ El campo es la estructura donde el estado de excepción puede realizarse establemente.

En el campo emerge el principio del dominio totalitario donde todo es posible³⁴ en cuanto espacio de excepción donde la ley está suspendida. En ellos todo es posible. Quien entraba en el campo se movía en una zona de indistinción entre exterior e interior, excepción y regla, lícito e ilícito, en el cual se carecía de toda protección jurídica.³⁵ El campo es el más absoluto espacio biopolítico que se haya realizado jamás donde sus habitantes fueron despojados de todo estatuto político y condenados a una vida vegetativa, donde el poder solo tiene en frente la mera vida biológica sin mediación alguna y por consiguiente es el paradigma del espacio político donde la política se convierte en biopolítica y el homo sacer se confunde con el ciudadano.³⁶ Los internos en los campos nazis estaban privados de todo, no eran ciudadanos, eran casi no-hombres, eran nada y por lo tanto eran eliminables.³⁷

Si el meollo del campo radica en la materialización del estado de excepción y la creación de un espacio para la vida vegetativa, cada vez que se crea tal estructura sin importar la gravedad de los crímenes que allí se cometan ni su denominación ni topografía específica, estamos potencialmente en presencia de un campo.³⁸

El estado de excepción que consistía en suspensión temporal del ordenamiento se convierte en una nueva y estable disposición espacial

³³ Op. Cit. AGAMBEN, Giorgio.

³⁴ Afirmación atribuida a Hannah Arendt, por Agamben, en Op. Cit.

³⁵ Op. Cit. AGAMBEN, Giorgio.

³⁶ Op. Cit.

³⁷ CACCIA Beppe, Artículo digital “*El fin de la ciudadanía*”, publicado en el sitio web: “Página12.com”, en <http://www.pagina12.com.ar/2001/suple/Libros/01-03/01-03-18/nota.htm> consultado el 20 de enero de 2014.

³⁸ Op. Cit. AGAMBEN, Giorgio.

en cuyo interior vive esa vida vegetativa que ya no puede ser inscrita en el ordenamiento. A un ordenamiento sin localización, es decir el estado de excepción en el cual la ley está suspendida, corresponde una localización sin ordenamiento, o sea el campo como espacio permanente de excepción.³⁹

El campo de concentración como puro, absoluto e insuperado espacio biopolítico aparece como el paradigma oculto del espacio político de la modernidad del que deben aprenderse y reconocer sus metamorfosis y disfraces. El campo no puede ser considerado una extensión del derecho penitenciario; surge del estado de excepción, de la suspensión de toda norma jurídica.⁴⁰

Para Agamben el mencionado paradigma se advierte en algunos actores y normativas actuales; actores como los condenados a muerte, prisioneros como los infectados con plasmodio de la malaria y los emigrantes clandestinos amontonados en el estadio de Bari.⁴¹ Normativas como el "*USA Patriotic Act*" expedida por el Senado en octubre de 2001⁴² y el "*military order*" emitido por el presidente de los Estados Unidos el 13 de noviembre de 2001 que autoriza la "*indefinite detention*," y el proceso por parte de "*military commissions*" de los no-ciudadanos sospechosos de estar implicados en ataques terroristas.⁴³

Agamben afirma que la situación que se crea en un campo -en un espacio de excepción- radica en que las personas detenidas no tienen asignado ningún estatuto jurídico pues es como si su existencia física hubiese sido separada de su estatuto jurídico; si allí no residen sujetos jurídicos sino meras existencias estamos en presencia de un campo ya que las personas retenidas permanecen -en tanto nudas vidas- privadas de todo estatuto jurídico.⁴⁴

³⁹ Op. Cit. AGAMBEN, Giorgio.

⁴⁰ AGAMBEN, G. "*Homo Sacer*", Pre-textos, Valencia, 2003, p.156, citado por COLOMBO MURÚA, Ignacio, Op. Cit.

⁴¹ Op. Cit. p. 221. citado por COLOMBO MURÚA, Ignacio, Op. Cit.

⁴² AGAMBEN G., "*Introducción a Estado de excepción*", Adriana Hidalgo, Bs. As., 2003, p.27, citado por COLOMBO MURÚA, Ignacio, Op. Cit.

⁴³ Op. Cit. P. 26 citado por COLOMBO MURÚA, Ignacio, Op. Cit.

⁴⁴ Op. Cit. CACCIA Beppe.

Existe una paradoja jurídica que puede dejar al sujeto dentro y fuera de la ley al mismo tiempo. Por fuera de la ley deja de ser sujeto jurídico y se transforma en mera existencia, es decir, en “nuda vida” tal como lo demuestran los campos de concentración y de exterminio. Donde hubo existencia política habría ahora nuda vida que sería la traducción moderna del homo sacer.⁴⁵

4.2 Nuda vida

La Nuda vida es la vida del homo sacer,⁴⁶ es decir, la vida a quien cualquiera puede dar muerte pero que es a la vez insacrificable.⁴⁷ Los griegos tenían dos conceptos para expresar la vida: *zoe* o el simple hecho de vivir y *bios* o la forma de vida propia que para el hombre era la forma de vida política. En el mundo clásico la *zoe* (nuda vida) era excluida de la polis y se reservaba al *oikos*⁴⁸ (casa) siendo esta exclusión una decisión política. Esta idea de nuda vida fue ampliada por Agamben al asociarla con una figura del derecho romano arcaico en la

⁴⁵ Op. Cit.

⁴⁶ En «Homo Sacer», Giorgio Agamben habla de la figura del derecho romano que se aplicaba a aquellos sujetos cuya vida, tras haber cometido un delito, estaba expuesta al poder soberano. El homo sacer no podía ser sacrificado, pero podía ser asesinado sin impunidad, ya que su muerte no tenía valor alguno. Artículo digital publicado en la revista digital La Razón.es, en: http://www.larazon.es/detalle_hemeroteca/noticias/LA_RAZON_374162/9514-opinion-homo-sacer#.UvLHnJCYaUk consultado febrero 5 de 2014.

⁴⁷ PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU (PUCP), artículo digital “Agamben y la nuda vida”, publicado en el sitio web: Filo Natural, en: <http://blog.pucp.edu.pe/item/33872/agamben-y-la-nuda-vida> consultado octubre 14 de 2013, blog administrado por Milko Cesar Rodríguez Arellano.

⁴⁸ El Oikos en la Antigua Grecia era la casa como conjunto de bienes y personas. En las ciudades estados el Oikos era la “unidad básica” de la sociedad. La cabeza del Oikos generalmente era un varón, el de mayor edad, lo componían la familia, los bienes, todo el personal, y los esclavos. Dirigirlo era manejar la granja en general y mantener unida a la familia. Cuando los Oikos eran grandes e importantes tenían granjas trabajadas en su mayoría por los esclavos y pasaban a ser la “unidad agrícola básica”. Era una unidad económica y social autárquica (Autarquía del griego, los que son autosuficiente, los que producen todo lo suficiente como para satisfacer las necesidades básicas). Alrededor de los Oikos giraba toda la vida de la familia, en el se satisfacían todas las necesidades, todo lo material de sus integrantes, pero también lo social, la seguridad, lo ético, las obligaciones, todo lo referente a los dioses, etc. Aristóteles define a los Oikos como una “comunidad constituida naturalmente para la satisfacción de las necesidades cotidianas”. Artículo digital “Significado de Oikos en la antigua Grecia”, publicado en el sitio web: <http://www.absolutgrecia.com/significado-de-oikos-en-la-antigua-grecia/> consultado el 13 de noviembre de 2014.

que la vida humana se incluye en el orden jurídico bajo la forma de su exclusión, es decir, de la posibilidad de que cualquiera la mate. La nuda vida está en la condición del homo sacer quien no puede ser sacrificado ritualmente -pero si asesinado por cualquiera- pero esa muerte no recibe el calificativo de homicidio.⁴⁹

Mientras que un criminal puede alegar ciertas garantías legales este hombre sagrado -homo sacer- ubicado más allá de la ley humana y divina está completamente desprotegido y reducido a la incertidumbre de su mera existencia física (zoe).⁵⁰ El elemento político originario no es la simple vida natural sino la vida expuesta a la muerte, como en la *patria potestas*⁵¹ romana que pone al homo sacer como *vitae necisque potestas* o derecho incondicional del padre sobre la vida de sus hijos, incluyendo su muerte. Sólo la nuda vida es auténticamente política desde el punto de vista de la soberanía.⁵² La nuda vida u homo sacer está simultáneamente dentro y fuera de la ley en un estado de indiferenciación.

Sólo quien tiene la facultad de desaplicar el orden jurídico, es decir, quien puede decidir sobre el estado de excepción es quien detenta el poder soberano⁵³ y es quien está al mismo tiempo fuera y dentro del ordenamiento jurídico; en consecuencia⁵⁴ la soberanía también se encuentra en un estado de indiferenciación.

La nuda vida que constituía el fundamento oculto de la soberanía se ha convertido en la vida dominante. Anteriormente la separación

⁴⁹ Op. Cit. PUCP.

⁵⁰ Op. Cit.

⁵¹ En el Derecho Romano antiguo, *Patria Potestad*, del latín "in potestate nostra sunt liberi nostri quos ex justis nuptiis procreavimus," significa: "Están bajo nuestra potestad los hijos que procreamos de justas nupcias", y era el poder o potestad atribuido al padre de familia, ejercida sobre los hijos que formaban su familia y que se encontraban en ella como consecuencia de las justas nupcias, ya por la legitimación, ora por la adopción. Significaba la autoridad máxima del pater, quien era propietario de los hijos y tenía el derecho de vida, de muerte; podía venderlos, exponerlos, abandonarlos o entregarlos para reparar daños causado por éstos, castigarlos y matarlos, según disponía la ley de las XII tablas; y el padre era propietario de sus hijos y de los bienes que éstos adquirían. Artículo digital "*La Patria Potestad en el Derecho histórico Romano y en el Derecho Dominicano*", publicado en el sitio web monografias.com, en: <http://www.monografias.com/trabajos89/patria-potestad-derecho-historico/patria-potestad-derecho-historico.html> consultado el 8 de febrero de 2014.

⁵² Op. Cit.

⁵³ Op. Cit. PUCP.

⁵⁴ Agamben acoge la paradoja Schmittiana sobre la soberanía.

de la nuda vida de su forma de vida se mostraba en los estados de excepción pero en la actualidad la excepción es cada vez más la regla, como afirmó en 1942 Walter Benjamín, en la octava tesis de: “Sobre el concepto de la historia”⁵⁵ cuando expresó que la tradición de los oprimidos nos enseña que el estado de excepción en el cual vivimos, es la regla. La nuda vida se convirtió en la forma de vida dominante por causa de nuestro permanente estado de excepción.⁵⁶

“Sobre el concepto de historia,” es realmente un borrador escrito en diferentes momentos entre 1939 y 1940 a partir de notas escritas en un cuaderno en papeles de distintos formatos; es el escrito de un judío perseguido que huye. Se trata de reflexiones que en 1940 cuando las circunstancias en torno de la guerra le fuerzan a escribirlas llevan a Benjamin a percatarse que las había tenido consigo durante veinte años. Son ideas que envía por correo a su amiga Gretel Adorno más como un manojo de hierbas juntado en un paseo que como un conjunto de tesis que tuviera la madurez para ser publicado.⁵⁷

La octava tesis en su integridad es del siguiente tenor: “VIII. *La tradición de los oprimidos nos enseña que el estado de excepción en que ahora vivimos es en verdad la regla. El concepto de historia al que lleguemos debe resultar coherente con ello. Promover el verdadero estado de excepción se nos presentará entonces como tarea nuestra, lo que mejorará nuestra posición en la lucha contra el fascismo. La oportunidad que éste tiene, está en parte no insignificante en que sus adversarios lo enfrentan en nombre del progreso como norma histórica. El asombro ante el hecho de que las cosas que vivimos sean “aún” posibles en el siglo veinte no tiene nada de filosófico. No está al comienzo de ningún conocimiento, a no ser el de que la idea de la historia de la cual proviene ya no puede sostenerse.*”⁵⁸

⁵⁵ “Sobre el concepto de historia. Tesis y fragmentos”, Buenos Aires: Ed. Piedras de Papel, 2007, Traducción: Bolívar Echeverría.

⁵⁶ Op. Cit. PUCP.

⁵⁷ ECHEVERRÍA, Bolívar: “Walter Benjamin Tesis sobre la historia y otros fragmentos”, artículo digital publicado en el sitio web bolivare.unam.mx traducciones sobre el concepto de historia, en: <http://www.bolivare.unam.mx/traduccion/Sobre%20el%20concepto%20de%20historia.pdf> consultado el 3 de febrero de 2014.

⁵⁸ BENJAMÍN, Walter: “Tesis sobre la historia y otros fragmentos”, traducción y edición de Bolívar Echeverría, artículo digital publicado en el sitio web bolivare.unam.mx, en <http://www.bolivare.unam.mx>.

Agamben piensa que el campo constituye un "paradigma," definido no tanto por ser un espacio físico sino porque en él el estado de excepción se ha convertido en regla y por ello la vida humana es permanentemente transformada en la nuda vida del homo sacer, pues el campo es la zona de indeterminación por excelencia.⁵⁹ Paradigma, en el edificio Agambeniano, es una forma de conocimiento no inductiva sino analógica que se mueve de la singularidad a la singularidad. El caso paradigmático deviene tal suspendiendo y exponiendo a la vez su pertenencia al conjunto, de modo que no es posible separar en él ejemplaridad y singularidad. En el paradigma no hay un origen o una arché (principio):⁶⁰ todo fenómeno es el origen, toda imagen es arcaica.⁶¹

El homo sacer, el campo de concentración, el Muselmänn (musulmán),⁶² el estado de excepción y la oikonomía⁶³ no son hipótesis a través de las cuales se intenta explicar la modernidad reconduciéndola a una causa o un origen histórico sino que se trata de paradigmas que tenían por objetivo hacer inteligibles una serie de fenómenos cuyo parentesco había escapado o podía escapar a la mirada del historiador.⁶⁴

unam.mx/traducciones/Sobre%20el%20concepto%20de%20historia.pdf consultado febrero 4 de 2014.

⁵⁹ Op. Cit. PUCP.

⁶⁰ El término griego **arché** (arjé) se traduce al castellano como principio. Este concepto tiene mucha importancia en la filosofía presocrática puesto que una de las más importantes preocupaciones de los primeros filósofos fue la investigación del arché o elemento del que se componen todas las cosas. Artículo digital publicado en la página web: Torre de Babel ediciones – Filosofía Griega- Origen de la Filosofía Presocráticos Sofistas y Sócrates, en: <http://www.e-torredebabel.com/Historia-de-la-filosofia/FilosofiaGriega/Presocraticos/Arche.htm> consultado el 5 de febrero de 2014.

⁶¹ AGAMBEN, Giorgio: "*Que es un paradigma*", artículo digital publicado en la Revista Trimestral Fractal, en: <http://www.mxfractal.org/GiorgioAgamben.htm> consultado en febrero 4 de 2014.

⁶² **Musulmán**. Del persa mosolmán, plural de moslem, del árabe muslim, a través del francés. Adjetivo y nombre. Se aplica a los adeptos a la religión de Mahoma, y a sus cosas. Definición contenida en el Diccionario de Uso del Español Edición Electrónica versión 3.0.

⁶³ **Oikonomía**. La palabra que en griego significa economía es oikonomía. Esta palabra griega se compone de dos vocablos: oikos, que significa casa o familia y nómos, que significa ley. Una economía es una "ley doméstica", una administración familiar. Esta administración familiar tiene como fin la realización del propósito de Dios, el plan de Dios. La economía de Dios es la administración de Dios, la cual El planeó para llevar a cabo Su propósito eterno. Tomado del artículo digital "Economía, administración "oikonomía" (οἰκονομία), publicado en el sitio web IglesiaenpadrelasCasas.com, en: http://www.iglesiaenpadrelascasas.org/index.php?option=com_content&view=article&id=154&Itemid=139 consultado el 4 de febrero de 2014.

⁶⁴ Op. Cit. AGAMBEN, Giorgio.

4.3 El musulmán

El segundo capítulo de “Lo que Queda de Auschwitz”⁶⁵ nos introduce de manera inmediata al término “el musulmán” persona que representa a los prisioneros de los campos de concentración que habían abandonado cualquier tipo de esperanza y se encontraban totalmente vacías de voluntad o deseo. Agamben empieza la descripción de este personaje y de esta condición detallando profundos cambios físicos como el adelgazamiento, la astenia muscular, el cambio en los rostros, los ojos, y los cambios psicológicos que ocurrían en estos prisioneros.⁶⁶ El enfoque de Agamben es exhaustivo y no solo se remite a las características de estas personas como de expresión indiferente, mecánica y triste, y a sus cuerpos como ruinas o como cadáveres ambulantes sino que también se detiene en la etimología del término musulmán y su significado simbólico y literal. Este acercamiento, detallado y minucioso, pone a la luz varios puntos que refuerzan su afirmación inicial: que el musulmán es un ser incapaz de testimoniar no sólo porque estos enfermos se hacían indiferentes a todo lo que pasaba a su alrededor y se ponían al margen del medio ambiente, sino porque también se puede observar un profundo proceso de deshumanización que puede ocurrir de manera lenta o gradual o también de manera muy rápida y en cualquiera de los casos la destrucción de dignidad y de deseos, así como los vacíos de su historia convierten a estos seres en una masa anónima continuamente renovada y siempre idéntica.⁶⁷

Cuando una persona entraba en el estado de musulmán era casi imposible su supervivencia pues se han registrado muy pocos casos de sobrevivientes (Uno de ellos el del escritor italiano Primo Levi)⁶⁸ que

⁶⁵ AGAMBEN, Giorgio: “*Lo que queda de Auschwitz: El archivo y el testigo. Homo sacer III*”, Pre-Textos, Valencia, 2000.

⁶⁶ Artículo digital “*El Musulmán de Giorgio Agamben*”, en el Seminario Memoria, subalternidad y los testimonios de la CVR, publicado en el sitio web de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/mscvr> consultado febrero 8 de 2014.

⁶⁷ Op. Cit. Artículo digital “*El Musulmán de Giorgio Agamben*”.

⁶⁸ Primo Levi, escritor Italiano de origen judío sefardí, nació en Turín Italia el 31 de julio de 1919 y murió en Turín el 11 de abril de 1987. Autor de memorias, relatos, poemas y novelas. Fue un resistente antifascista, superviviente del Holocausto, conocido sobre todo por las obras

lograron regresar del estado de “musulmanería”. La gran mayoría de los muertos en los campos de concentración eran musulmanes.⁶⁹ Según Levi los musulmanes no hubieran podido testimoniar porque su muerte comenzó antes de la muerte corporal y el que se encarga de testimoniar por ellos sabe que deberá testimoniar la imposibilidad de testimoniar. Los detenidos que habían llegado al estado musulmán no generaban piedad sino horror a los otros detenidos; los musulmanes eran cadáveres ambulantes que no podían distinguir entre el bien y el mal, estaban en el límite entre el hombre y el no-hombre.⁷⁰

La ética de Auschwitz comienza como lo dice el título de la obra de Levy: “Si esto es un hombre”⁷¹ en el punto preciso donde el musulmán en tanto testimonio integral llega al punto de no poderse distinguir entre el hombre y el no-hombre. Comúnmente se considera al musulmán como aquel que ha perdido su dignidad y por eso es visto como no-humano. En los campos hablar de dignidad casi no tiene sentido y de ahí surge la culpa y la vergüenza de los sobrevivientes; esa es la aporía de Auschwitz: un lugar donde es indecente continuar decente, un lugar donde aquellos que han conservado su dignidad y respeto de sí no sienten más que vergüenza ante aquellos que la han perdido en los campos de concentración.⁷²

que dedicó a dar testimonio sobre dicho Holocausto, particularmente el relato de los diez meses que estuvo prisionero en el campo de concentración de Monowitz, subalterno del de Auschwitz. Tomado del artículo digital Primo Levi, publicado en el sitio web “*Biografías y vidas*”, en: http://www.biografiasyvidas.com/biografia/l/levi_primo.htm consultado 15 de noviembre de 2014.

⁶⁹ SATNE Paula: “*G. AGAMBEN. Los musulmanes como testigos integrales, Lo que queda de Auschwitz*”: artículo digital publicado en el sitio web webislam.com, en: http://www.webislam.com/articulos/61503-g_agamben_los_musulmanes_como_testigos_integrales.html consultado octubre 5 de 2013.

⁷⁰ Op. Cit. SATNE, Paula.

⁷¹ “Si esto es un hombre” es un relato escrito por Primo Levi entre diciembre de 1945 y enero de 1947 en el que se cuenta la experiencia cotidiana del autor, de ascendencia judía, durante su cautiverio en el campo de exterminio nazi de Auschwitz, durante la Segunda Guerra Mundial. El drama del holocausto judío, la descripción de vidas fracturadas, el destino y la fuerza de la naturaleza humana son algunos temas que Primo Levi pone en evidencia en esta novela. Uno de los temas principales desarrollado a lo largo de la novela es la fuerza y determinación que el ser humano puede extraer aun en las situaciones más adversas; artículo digital publicado en el sitio web http://switch2011.upa.edu.mx/biblioteca/LIBROS_Psicolog%C3%ADa/Si-esto-es-un-hombre.pdf consultado el 13 de noviembre de 2014.

⁷² Op. Cit. SATNE, Paula.

Musulmán es la forma de vida que comienza cuando termina la dignidad, la vida desnuda a la que el hombre se ve reducido. En el caso de los musulmanes no se trata tanto de que su vida no sea una vida sino de que su muerte no es una muerte. El exterminio es una suerte de producción en cadena de cadáveres pues en Auschwitz no se mueren sino que se producen cadáveres.⁷³

5 Las FARC⁷⁴ y sus cautivos

5.1 Origen

El grupo guerrillero autodenominado “Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia” tuvo su origen en un territorio ubicado en el corregimiento de Gaitania, municipio de Planadas en el Departamento del Tolima,⁷⁵ tras la ofensiva que el Ejército Nacional de Colombia desplegó en 1964 contra la “República de Marquetalia.”⁷⁶

En 1953 el General Gustavo Rojas Pinilla del Ejército Nacional de Colombia asumió el poder mediante golpe de estado y luego de una amnistía cerca de 5000 guerrilleros abandonaron las armas; varios alzados en armas se concentraron en la región de Sumapaz donde fueron atacados por las Fuerzas Militares de Colombia. Algunos liberales radicales entre ellos Manuel Marulanda Vélez⁷⁷ alias “Tirofijo”⁷⁸ se reti-

⁷³ Op. Cit. SATNE, Paula.

⁷⁴ “Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia”. (Agrupación armada al margen de la ley).

⁷⁵ FARC. Artículo digital “*La historia de las FARC desde sus inicios*”, publicado en el sitio web <http://www.perfil.com/internacional/La-historia-de-las-FARC-desde-sus-inicios-20080702-0039.html> consultado el 13 de noviembre de 2014.

⁷⁶ La República de Marquetalia es como se le conoció a un pequeño territorio del corregimiento de Gaitania, municipio de Planadas en el departamento del Tolima en Colombia. En dicho territorio sin control del estado habitaba una comunidad de campesinos comunistas alzados en armas que eran liderados por Pedro Antonio Marín alias Manuel Marulanda y Jacobo Arenas quienes más tarde se convertirían en fundadores y comandantes en jefe del grupo subversivo Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) Artículo digital “*Marquetalia, el mito fundacional de las FARC*”, publicado en el sitio web UN Periódico, en: <http://historico.unperiodico.unal.edu.co/ediciones/57/03.htm> consultado el 13 de noviembre de 2014.

⁷⁷ Su verdadero nombre era Pedro Antonio Marín. Op. Cit. FARC.

⁷⁸ “Tirofijo” fue el apodo ganado por este guerrillero gracias a su precisión con las armas de juego. Tomado del artículo digital “*Manuel Marulanda Vélez, Tiro Fijo*”, publicado en el sitio web:

raron hacia el sur, a la región de Marquetalia, donde establecieron una “zona liberada,” como también lo hicieron en El Pato – Caquetá, Río Chiquito – Cauca, Guayabero, y el suroeste del Tolima, donde se organizaron asentamientos campesinos con su respectiva administración civil y armada.⁷⁹

Entre 1956 y 1958 Liberales y Conservadores⁸⁰ acordaron reparto del poder político para frenar la violencia bipartidista, creándose el Frente Nacional⁸¹ cuyo régimen en pleno auge de la Guerra Fría consideró que debía poner fin a cualquiera influencia comunista calificando a las zonas liberadas como “repúblicas independientes,” por estar fuera del control y de la jurisdicción de la administración nacional.⁸²

5.2 Actividades

Durante sus primeros años las FARC tuvieron carácter exclusivamente rural limitada a acciones esporádicas en pequeñas zonas de influencia, primando el componente de autodefensa campesina. El gobierno colombiano intentó varios operativos militares para eliminarlas, sin éxito. En junio de 1964 Manuel Marulanda y una docena de subversivos dispersados por la acción militar se internaron en la selva y el 30 de mayo de 1964 se reunieron para crear el Bloque Sur, que sería la

Biblioteca Virtual Biblioteca Luis Ángel Arango Biografías, en <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/biografias/marulanda-manuel.htm> consultado el 6 de febrero de 2014.

⁷⁹ Op. Cit. FARC.

⁸⁰ Los dos Partidos políticos más tradicionales en Colombia. Tomado del artículo digital Historia de los Partidos políticos tradicionales de Colombia, publicado en el sitio web Banco de la República, en: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/poli/poli61.htm> consultado febrero 8 de 2014.

⁸¹ El Frente nacional fue una coalición política pactada en Colombia, entre liberales y conservadores, que se mantuvo vigente entre 1958 y 1974. Por extensión, también se refiere al período histórico de dichos años. El principal objetivo de este acuerdo político era la reorganización del país luego del período presidencial del general Gustavo Rojas Pinilla.^[1] Durante 16 años, los dos partidos tradicionales se alternaron el cargo de Presidente de la República y se repartieron en partes iguales los escaños del Congreso y demás posiciones burocráticas de la administración pública. Tomado del artículo digital “*El Frente Nacional*”, publicado en el sitio web del Banco de la República “*Biblioteca virtual del Banco de la República*” <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/poli/frentenacional.htm> consultado el 13 de noviembre de 2014.

⁸² Op. Cit. FARC.

primera insurgencia guerrillera del Partido Comunista en Colombia, de donde nacerían las FARC y finalmente el 5 de mayo de 1966 la Segunda Conferencia del Bloque Sur oficializó la conformación de las FARC como brazo armado del partido comunista.⁸³

L⁸⁴ as FARC operan en Colombia y en la zona fronteriza con Venezuela. Son consideradas una agrupación terrorista por Estados como Colombia, Chile, Perú, Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda y la Unión Europea. Sus acciones giran en derredor del narcotráfico, guerra de guerrillas, implantación de minas antipersona, homicidio de civiles, miembros del gobierno, de policías y de militares, secuestro con fines políticos o extorsivos y atentados con bombas y armas no convencionales, tales como cilindros de gas y animales bomba.⁸⁵

5.3 Secuestros

El 20 de febrero de 2002 las FARC ejecutaron el secuestro del senador Jorge Gechem, y el 23 de febrero de 2002 el de la candidata presidencial Ingrid Betancourt. El 6 de mayo de 2003 asesinaron al gobernador de Antioquia Guillermo Gaviria y a su asesor Gilberto Echeverri a quienes habían secuestrado un año antes. El 18 de junio de 2007 asesinaron a 11 diputados a quienes habían secuestrado en 2002.⁸⁶

El 1º de julio de 2008 las Fuerzas Militares de Colombia realizaron la operación “Jaqué” de rescate de un grupo de secuestrados en poder de las FARC en las selvas del Guaviare arrojando la liberación de Ingrid Betancourt, tres contratistas norteamericanos y once soldados y policías colombianos que llevaban entre seis y diez años secuestrados. El 22 de diciembre de 2009 las FARC asesinaron al Gobernador del Departamento del Caquetá, Luis Francisco Cuéllar, secuestrado el día anterior. El 26 de noviembre de 2011 asesinaron a tres policías y a un

⁸³ Op. Cit.

⁸⁴ Op. Cit.

⁸⁵ Op. Cit. FARC.

⁸⁶ Artículo digital “*Cronología de los secuestros protagonizados por las FARC*” publicado en el sitio web Terra Colombia, en <http://www.terra.com.co/actualidad/articulo/html/acu16012-cronologia-de-los-secuestros-de-las-farc.htm> consultado el 13 de noviembre de 2014.

militar que llevaban más de diez años retenidos en la selva de Caquetá. En abril de 2012 anunciaron la liberación del cabo del Ejército Nacional Pablo Emilio Moncayo así como la entrega a Emperatriz de Guevara de los restos de su hijo, el Mayor de la Policía Nacional Julián Ernesto Guevara, secuestrado y muerto en cautiverio.⁸⁷

Todos los secuestrados de las FARC han sido encadenado durante varias horas al día y supervisado por un guerrillero con órdenes de asesinarlos en caso de intento de rescate militar, como ocurrió en el fracasado intento de rescate del asesor de paz de Antioquia Gilberto Echeverry Mejía y del Gobernador de Antioquia Guillermo Gaviria, quienes fueron asesinados tras el ataque a las FARC por parte del Ejército Nacional, y como el caso del Sargento del Ejército José Libio Martínez, del Coronel de la Policía Edgar Duarte, del Mayor de la Policía Elkin Hernández Rivas y del Subintendente de la Policía Álvaro Moreno, asesinados por las FARC ante una operación de rescate adelantada por las Fuerzas Militares de Colombia.⁸⁸ El 18 de junio de 2007 las FARC reportaron la muerte de 11 de los 12 Diputados a la Asamblea Departamental del Valle del Cauca luego de haberlos tenido secuestrados durante 5 años, pero después se demostró que fueron asesinados por disparos de fusil AK-47 en cumplimiento de órdenes de ejecución ante intento de liberación, por órdenes de la cúpula de las FARC.⁸⁹

5.4 Estado paralelo

Las FARC ejercen mando militar, político, administrativo y judicial en las zonas de su influencia, como se deduce del cobro del “impuesto al gramaje”⁹⁰ a campesinos cocaleros y a narcotraficantes por cada gramo de cocaína producido, y al usurpar funciones del legislativo Estatal como sucedió en marzo de 2000 cuando dictaron la “Ley

⁸⁷ Op. Cit. FARC.

⁸⁸ Op. Cit. FARC.

⁸⁹ Op. Cit. FARC.

⁹⁰ Tomado del artículo digital “*Fuga de las FARC*”, publicado en el sitio web tudiscovery.com, en: <http://www.tudiscovery.com/web/FARC/farc/operations/> consultado febrero 8 de 2014.

002”,⁹¹ anunciada públicamente por el jefe guerrillero “Mono Jojoy”,⁹² consistente en que cualquier empresario o persona natural con un patrimonio mayor a un millón de dólares debería pagar el equivalente al diez por ciento de ese patrimonio bajo la amenaza de secuestro.⁹³

Las FARC “administran justicia” en las zonas del territorio de Colombia donde ejercen su influencia, mediante los “enjuiciamientos” que son actuaciones para-judiciales con la presencia del enjuiciado y su abogado, un fiscal, cinco guerrilleros que fungen como jurados de conciencia, y el Presidente cuyo veredicto usualmente es una orden de fusilamiento.⁹⁴

El 3 de febrero de 2010 la Fuerza Aérea Colombiana bombardeó un campamento de las FARC en la selva del Caquetá donde se escondía el jefe guerrillero alias el “Paisa”, donde fueron encontrados los cadáveres de 12 guerrilleros de los cuales cinco habían participado en el secuestro y asesinato, en diciembre de 2009 del Gobernador del Caquetá; en esa oportunidad también hallaron el cadáver de la guerrillera “la Pilosa” así como varios computadores y cuadernos donde los guerrilleros registraron de su puño y letra cerca de 400 fusilamientos ordenados por los comandantes guerrilleros entre 2008 y 2010 contra compañeros de sus filas.⁹⁵ A estas muertes se suman 300 fusilamientos ordenados por alias “Iván Ríos”⁹⁶ entre 2005 y 2007 y 112 ajusticiamientos ordenados por el “Mono Jojoy” durante el primer semestre de 2008.⁹⁷

⁹¹ Artículo digital “Ley 002”, publicado en el sitio web ResistenciaColombia.Org, en: http://resistencia-colombia.org/index.php?option=com_content&view=article&id=160:ley-002-sobre-la-tributacion&catid=24&Itemid=38 consultado febrero 6 de 2014.

⁹² Su verdadero nombre era **Víctor Julio Suárez Rojas**, alias Jorge Briceño Suárez o “Mono Jojoy”, nació en Icononzo, Tolima el 2 de enero de 1951 y murió en combates con las Fuerzas Militares de Colombia, en La Macarena, Meta el 22 de septiembre de 2010. Tomado del artículo digital “*Muerte Mono Jojoy*”, publicado en el sitio web El tiempo.com, en: <http://www.eltiempo.com/noticias/muerte-mono-jojoy> consultado el 13 de noviembre de 2014.

⁹³ Op. Cit. FARC.

⁹⁴ Artículo digital “*Los fusilados de las FARC*,” publicado en el sitio web de la revista semana, en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/los-fusilados-farc/113072-3> consultado febrero 8 de 2014.

⁹⁵ Op. Cit. Los fusilados de las FARC.

⁹⁶ Manuel de Jesús Muñoz Ortiz, alias “Iván Ros”, guerrillero muerto por su propio jefe de seguridad, alias “Rojas”, el 3 de marzo de 2008. Tomado del artículo digital “*Quién era Iván Ríos*”, publicado en la página web del sitio El Espectador, en: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-quien-era-ivan-rios> consultado el 13 de noviembre de 2014.

⁹⁷ Op. Cit. Los fusilados de las FARC.

5.5 Condiciones de los secuestrados

Los testimonios de ocho políticos y militares que vivieron el cautiverio impuesto por las FARC arrojan suficiente luz respecto de las condiciones físicas y psicológicas en las que fueron sometidos por parte de sus captores.⁹⁸ Si bien el Derecho Internacional Humanitario reconoce a los prisioneros de guerra, el Tercer Convenio de Ginebra suscrito el 12 de agosto de 1949⁹⁹ aclara que en todas las circunstancias tienen que ser tratados con humanidad, es decir, con condiciones mínimas de detención, referidas a alojamiento, alimentación, vestuario, higiene, atención médica y contacto con sus familias entre otros aspectos.¹⁰⁰

A través de los relatos de las experiencias de ocho personas que vivieron el cautiverio de la guerrilla de las FARC se evidencia cómo fueron amenazados, encadenados, dejados sin correspondencia ni atención médica ni alimentación, y sin poder dormir una sola noche seguida, así:¹⁰¹

- **Sargento César Augusto Lasso:** “Allá decían que éramos prisioneros de guerra. Pero nosotros decíamos que éramos secuestrados. Estábamos encadenados uno a otro. No teníamos correspondencia de nuestros familiares. Estuve 13 años, 5 meses y un día, y nunca recibí una visita médica de la Cruz Roja. Recuerdo cómo nos caíamos mientras corríamos encadenados, arrastrando a los compañeros para sobrevivir en la oscuridad. A veces andábamos por sitios donde el agua escaseaba. Muchas veces sólo tuvimos una sola comida al día. En el fondo prefiero no recordar, porque da tristeza. Ni siquiera a un animal lo tratan así. Un animal puede desplazarse con más libertad y tiene más afecto. Lo más doloroso es ver que un ser humano pueda hacerle cosas tan bajas a otro ser humano, es denigrante. Las marcas de las cadenas las veo todos los días en el cuello.”¹⁰²

⁹⁸ Artículo digital “*El dilema de la libertad, secuestrados o prisioneros*”, publicado en el sitio web el espectador.com, en: <http://www.elspectador.com/noticias/politica/articulo-402545-secuestrados-o-prisioneros> consultado enero 9 de 2014.

⁹⁹ Op. Cit.

¹⁰⁰ Op. Cit.

¹⁰¹ Op. Cit.

¹⁰² Op. Cit. Artículo “El dilema de la libertad.”

- **Sargento Luis Alfonso Beltrán:** “Fuimos secuestrados porque estábamos en condiciones inhumanas. Todo el tiempo estuvimos encadenados y en jaulas, en los campamentos de concentración. Creo que no hubo una noche que pasáramos derecho. Nos acostábamos en un lugar y aparecíamos en otro. En los campos lo levantaban a uno a las cinco de la mañana por el miedo a que la Fuerza Pública bombardeara temprano. Desayunábamos un caldo de agua con pasta, color y sal. Los fusiles nos los cargaban cada rato en la cabeza. Era una tortura. No teníamos derecho a conseguir ni un palo para sentarnos. Tocaba hacer del cuerpo con el compañero al lado, uno se volteaba y no veía, pero sí le tocaba a uno aguantarse el olor. Ningún colombiano debe vivir eso, nadie. Cualquier ser humano considera esto aberrante. Estuve 14 años y 29 días, y no quiero recordar, porque es más difícil seguir.”¹⁰³
- **Gobernador Alan Jara:** “A mí me secuestraron y durante muchos días estuve junto a policías y militares que vivían la misma condición. Lo que yo vi en mis días de cautiverio es que soldados, policías o civiles son personas iguales a uno. Desde luego uno no los considera prisioneros de guerra, sino secuestrados. La condición del general Luis Mendieta era la misma mía, estábamos encadenados a la misma cadena. Cada uno a una punta de una cadena de dos metros y medio. Entonces la vida de ellos en cautiverio es la misma que la de cualquier otro secuestrado. Y la angustia de la familia, la incertidumbre, los años sin pruebas de supervivencia, esa tragedia es la misma. Allá, en el cautiverio no hay posibilidad de tener categorías. Todos vivíamos, es decir, sufríamos, exactamente lo mismo. Una punta de la cadena se abrazaba a mi cuello y la otra al de Mendieta. Estábamos unidos en esa desgracia hasta para ir al baño.”¹⁰⁴
- **Ex Diputado Sigifredo López:** “Las FARC hablan de Derecho Internacional Humanitario, pero no lo cumplen. Cuando a mí y a mis compañeros nos pusieron cadenas en el cuello, violaron el DIH. Cuando los vi poner minas antipersonales en las que cayeron civiles,

¹⁰³ Op. Cit.

¹⁰⁴ Op. Cit.

violaron el DIH. Cuando han utilizado ambulancias para movilizar armas, como en Argelia (Cauca), han violado el DIH. Cuando cometieron un crimen de guerra con mis compañeros (los 11 Diputados de la Asamblea del Valle asesinados en 2007), cometieron una flagrante violación al DIH. Cada vez que exigíamos respeto por malos tratos nos encadenaron. También nos sometían a marchas de 10 o 20 horas que superaban nuestras condiciones físicas. Cuando pasaba un helicóptero nos rodeaban y nos apuntaban con los fusiles. El trato a 'hijueputazos' también era una forma de tortura. Como también lo era cuando nos quitaban el radio y los libros, que eran la única compañía. A mí me quitaron los escritos que hice cuando intenté volarme, me apartaron y me amarraron."¹⁰⁵

- **Subintendente Alejandro Martínez:** "Siempre me sentí secuestrado, aunque ellos insistieran en que era prisionero de guerra, porque defendíamos el Estado y estábamos combatiendo. Estuve 19 nueve meses, 17 de esos con cadena. Desde el primer momento nos dieron mal trato, yo estaba herido por un cilindro bomba, el 35% de mi cuerpo quedó afectado, mis brazos, mi rostro y mi cuerpo, y no les importó, aunque el DIH dice que deben curarme y respetarme. Estaba tan incapacitado que a mis compañeros les tocaba limpiarme cuando necesitaba hacer del cuerpo. Todos los días nos torturaban psicológicamente, que si levantábamos la voz nos mataban; que si no hacíamos caso nos mataban; que si hablábamos con el compañero nos mataban; todos los días era lo mismo. Nunca tuve contacto con mis familiares, solo los escuché a través del programa Voces del secuestro."¹⁰⁶
- **Ex Ministro Fernando Araujo:** "Todo el tiempo me sentí secuestrado, sin eufemismos. Siempre estuve aislado, sometido a la voluntad de mis captores, sin información de los motivos por los cuales estuve secuestrado. Siempre ellos tenían la intención de confundirme. Des-

¹⁰⁵ Op. Cit. Artículo "*El dilema de la libertad.*"

¹⁰⁶ Programa radial "*Las Voces del Secuestro*", emitido por la Agencia Internacional de Noticias, director Herbin Hoyos Medina, tomado del sitio web Las Voces del Secuestro.com, en: <http://www.lasvocesdelsecuestro.com/> consultado el 6 de febrero de 2014.

pués de un tiempo de estar secuestrado me dijeron que hacia parte de las canjeables y que tenía que esperar a que el gobierno cumpliera las condiciones, aunque también quisieron extorsionar a mi familia. Para ellos la culpa siempre era de los demás. Tampoco existió intercambio de correspondencia. En dos oportunidades cartas y en tres videos. 5 elementos en 6 años. Muy duro. Lo más doloroso fue ver a los militares que mataron o volaron por las minas en operaciones militares.”¹⁰⁷

- **Sub Comisario de Policía John Frank Pinchao:** “Los prisioneros de guerra según el DIH tienen un tratamiento específico. Se deben respetar las jerarquías militares que existen. Allá nos trataban a todos como animales, estábamos enjaulados con alambres como fieras. También se supone que debe haber canales de comunicación con la familia, pero eso se perdió cuando terminó la zona de distensión. Tener cadenas 24 horas durante meses y meses tampoco está contemplado en el DIH. Nosotros estábamos hacinados en la selva, por paradójico que suene, con problemas de alimentación, vestuario, aseo, enfrentados a todas las enfermedades tropicales, una de esas mató al Mayor Julián Ernesto Guevara. También hubo desapariciones, aún recuerdo a Luis Fernando Peña Bonilla, de quien nadie da respuesta.”¹⁰⁸
- **Intendente de la Policía Jorge Trujillo:** “Para ser un prisionero de guerra tiene que haber una guerra entre dos países, y en este caso por supuesto esa condición no se da. Además, tiene que haber unas condiciones mínimas de dignidad y respeto. Este tampoco fue el caso. Estuve más de 12 años secuestrado, encadenado, sin siquiera tener cubiertas las más elementales necesidades biológicas. Muchas veces trataban de recortarnos nuestros derechos, sin tener descanso, ni comida, sin poder ir al baño. Nunca tuvimos comunicación con nuestros familiares, que esperaban día tras día noticias de nuestra vida o de nuestra muerte.”¹⁰⁹

¹⁰⁷ Op. Cit. Artículo “El dilema de la libertad...”

¹⁰⁸ Op. Cit.

¹⁰⁹ Op. Cit.

6 Conclusiones

Las circunstancias sicofísicas impuestas por las FARC a los militares, policías y civiles colombianos sometidos a su cautiverio en los campamentos ubicados en algún lugar de la selva colombiana encajan en los conceptos agambenianos “nuda vida”, “homo sacer”, “campo de concentración”, y “estado de excepción”.

Los cautivos, en tanto que permanecen enjaulados y encadenados unos a otros, que deben hacer sus necesidades fisiológicas junto al compañero de cadena, que son privados de comunicación con sus familiares, que no reciben atención médica ni se les curan sus heridas, que son amenazados permanentemente con recibir un disparo de fusil sobre su cabeza, que no reciben información sobre la razón de su secuestro, y que son testigos obligados de fusilamientos, son hombres carentes de derechos, ausentes de dignidad y privados de garantías legales. Son no-hombres, son meros cuerpos. Su existencia es nuda vida, es decir, son homo sacer que permanecen recluidos en los campos de concentración organizados por la guerrilla de las FARC.

El Comandante guerrillero es el soberano en tanto dispone la vida o la muerte de quienes permanecen cautivos en los campos de concentración de las FARC. En los campamentos de la guerrilla no tiene vigencia la Constitución Política ni la legislación colombiana. En esos campos se expiden leyes que imponen gravámenes y tributos. En el territorio bajo la influencia guerrillera impera un estado de excepción, allí la muerte de los fusilados deviene impune.

7 Bibliografía

AGAMBEN, Giorgio: *“La potencia del pensamiento”* Ensayos y conferencias. Adriana Hidalgo. Buenos Aires. 2007.

AGAMBEN, Giorgio: *“Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo. Homo Sacer III”*. Pretextos. Valencia. 2000.

AGAMBEN, Giorgio: *“Signatura rerum”*. Sobre el método. Anagrama. Barcelona. 2010.

AGAMBEN, Giorgio: *Homo Sacer*. El poder soberano y la nuda vida I. Pretextos.

AGAMBEN, Giorgio: *Estado de Excepción*. *Homo Sacer* II, I. Adriana Hidalgo. Buenos Ares 2007.

AGAMBEN, Giorgio: “*Homo Sacer*”, Pre-textos, Valencia, 2003, p. 114, citado por COLOMBO MURÚA.

AGAMBEN, G., “*El poder soberano y la nuda vida*”, Pre-textos, Valencia, 2003, p. 13, citado por COLOMBO MURÚA, Ignacio, en Op. Cit.

AGAMBEN, Giorgio: Introducción a “*Estado de excepción*”, Adriana Hidalgo, Bs. As., 2003, p.17, citado por COLOMBO MURÚA, Ignacio.

AGAMBEN, Giorgio. “*Que es un Paradigma*”. Artículo digital publicado en la revista digital Fractal, en: <http://www.mxfractal.org/GiorgioAgamben.htm> consultado octubre 3 de 2013.

AGAMBEN, Giorgio: “*¿Que es un campo?*”, artículo digital en: <http://fec3.blogspot.com/2007/07/qu-es-un-campo-giorgio-agamben.html> consultado octubre 5 de 2013. Este artículo de Giorgio Agamben apareció en enero de 1995 en el número 1 de la revista Sibila.

AGAMBEN, G. “*Homo Sacer*”, Pre-textos, Valencia, 2003, p.156, citado por COLOMBO MURÚA, Ignacio.

AGAMBEN G., “*Introducción a Estado de excepción*”, Adriana Hidalgo, Bs. As., 2003, p.27, citado por COLOMBO MURÚA, Ignacio.

AGAMBEN, Giorgio: “*Que es un paradigma*”, artículo digital publicado en la Revista Trimestral Fractal, en: <http://www.mxfractal.org/GiorgioAgamben.htm> consultado en febrero 4 de 2014.

AGAMBEN, Giorgio: “*Lo que queda de Auschwitz: El archivo y el testigo. Homo sacer III*”, Pre-Textos, Valencia, 2000.

AGAMBEN, Giorgio: “*La potencia del pensamiento*”, en: http://www.biopolitica.cl/docs/Agamben_potencia_20-6.pdf consultado octubre 5 de 2013

AGAMBEN, Giorgio: "*Infancia e historia. Destrucción de la experiencia y origen de la historia*". Adriana Hidalgo. Traducción Silvio Mattoni.

AGAMBEN, Giorgio: "*La comunidad que viene*". Pretextos. 1996. Valencia.

AGAMBEN, Giorgio. "*Profanaciones*". Adriana Hidalgo. Buenos Aires 2005.

AGAMBEN, Giorgio. "*Lo abierto. El hombre y el animal*". Adriana Hidalgo. Buenos Aires 2006.

AGAMBEN, Giorgio. "*Ninfas*". Pretextos. Valencia. 2010.

AGAMBEN, Giorgio: artículo digital: "*Que es un dispositivo*", en: <http://www.philosophia.com.ar/?p=210#more-210> consultado octubre 5 de 2013.

AGAMBEN, Giorgio: artículo digital: "*Que es un paradigma*", en: <http://www.mxfractal.org/GiorgioAgamben.htm> consultado octubre 3 de 2013.

AGAMBEN, Giorgio: "*Políticas del exilio*". Archipiélago. Cuadernos de crítica de la cultura. Barcelona. 1996.

Artículo digital "*Hanna Arendt*", publicado en el sitio web Biografías y vidas, en: <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/a/arendt.htm> consultado el 15 de noviembre de 2014.

Artículo digital "*Michel Foucault*" publicado en el sitio web Biografías y vidas, en: http://www.biografiasyvidas.com/biografia/f/foucault_michel.htm Consultado el 15 de noviembre de 2014.

Artículo digital "*Significado de Oikos en la antigua Grecia*", publicado en el sitio web: <http://www.absolutgrecia.com/significado-de-oikos-en-la-antigua-grecia/> consultado el 13 de noviembre de 2014.

Artículo digital Primo Levy, publicado en el sitio web "*Biografías y vidas*", en: http://www.biografiasyvidas.com/biografia/l/levi_primo.htm consultado 15 de noviembre de 2014.

Artículo digital publicado en el sitio web http://switch2011.upa.edu.mx/biblioteca/LIBROS_Psicolog%C3%ADa/Si-esto-es-un-hombre.pdf consultado el 13 de noviembre de 2014.

Artículo digital “*La historia de las FARC desde sus inicios*”, publicado en el sitio web <http://www.perfil.com/internacional/La-historia-de-las-FARC-desde-sus-inicios-20080702-0039.html> consultado el 13 de noviembre de 2014

Artículo digital “*Marquetalia, el mito fundacional de las FARC*”, publicado en el sitio web UN Periódico, en: <http://historico.unperiodico.unal.edu.co/ediciones/57/03.htm> consultado el 13 de noviembre de 2014.

Artículo digital “*El Frente Nacional*”, publicado en el sitio web del Banco de la República “*Biblioteca virtual del Banco de la República*” <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/polifrentenacional.htm> consultado el 13 de noviembre de 2014.

Artículo digital “*Cronología de los secuestros protagonizados por las FARC*” publicado en el sitio web Terra Colombia, en <http://www.terra.com.co/actualidad/articulo/html/acu16012-cronologia-de-los-secuestros-de-las-farc.htm> consultado el 13 de noviembre de 2014.

Artículo digital “*Muerte Mono Jojoy*”, publicado en el sitio web El tiempo.com, en: <http://www.eltiempo.com/noticias/muerte-mono-jojoy> consultado el 13 de noviembre de 2014

Artículo digital “*Quien era Iván Ríos*”, publicado en la página web del sitio El Espectador, en: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo-quien-era-ivan-rios> consultado el 13 de noviembre de 2014.

Artículo digital: Giorgio “*Agamben – Magia y felicidad*”, en <http://disonancias-zapata.blogspot.com/2013/08/giorgio-agamben-magia-y-felicidad.html> consultado octubre 5 de 2013.

Artículo digital: “*Agamben o el patetismo sin salida*”, en: <http://www.imagoagenda.com/articulo.asp?idarticulo=712> consultado octubre 3 de 2013.

Artículo digital: "*El autor como gesto*", en: <http://www.philosophia.com.ar/?p=117#more-117> consultado octubre 5 de 2013.

Artículo digital: "*Agamben. Sobre el animal aburrido*", en: <http://juan-franmaldonado.wordpress.com/tag/agamben/> consultado octubre 5 de 2013.

Artículo digital: "*Agamben Giorgio, reseña de El Reino y la Gloria*", en: <http://www.revista-digital.ceemi-unr.com.ar/numero4/pdf/Resenia%20Arbuet.pdf> consultado octubre 5 de 2013.

Artículo digital: "*Biografía de Giorgio Agamben*", en: <http://www.que-delibros.com/autor/1862/Agamben-Giorgio.html> consultado el 25 de enero de 2014.

Artículo digital: "*Biografía de Giorgio Agamben*", en: <http://www.compartelibros.com/autor/giorgio-agamben/1> consultado el 25 de enero de 2014.

Artículo digital: "*Conversaciones con Giorgio Agamben*": en: <http://blog.pucp.edu.pe/item/44032/conversaciones-con-giorgio-agamben> consultado octubre 5 de 2013.

Artículo digital: "*Desnudez Algunos ensayos*", en: <http://textosfil.blogspot.com/2013/03/giorgio-agamben-desnudez-algunos-ensayos.html> consultado octubre 5 de 2013.

Artículo digital: "*Discusión metodológica: Foucault, Agamben, y el modelo del estado de excepción*", en: <http://pon-a-dormir-el-lenguaje.blogspot.com/2007/10/discusin-metodolgica-foucault-agamben-y.html> consultado octubre 5 de 2013.

Artículo digital: "*El modelo biopolítico en Giorgio Agamben*", en: https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Ftesis.udea.edu.co%2Fdspace%2Fbitstream%2F10495%2F31%2F5%2F05_La-PoliticaEnGiorgioAgamben.pdf&ei=sHZTUvm4LZaq4AOcrYH-gBA&usq=AFQjCNF6pZB_PY9FrdjyiBc2N072I8zwew&bvm=bv.53537100,d.dmg&cad=rjt consultado octubre 7 de 2013.

Artículo digital: “*El testigo*”, en: <http://www.cholonautas.edu.pe/memoria/agamben4b.pdf> consultado octubre 3 de 2013.

Artículo digital: “*Eros melancólico*”. Giorgio Agamben, en: <http://www.herrerros.com.ar/melanco/agamben.htm> Consultado octubre 5 de 2013.

Artículo digital: “*Economía, administración*” en: http://www.iglesiaenpadrelascasas.org/index.php?option=com_content&view=article&id=154&Itemid=139 consultado el 4 de febrero de 2014.

Artículo digital: “*El dilema de la libertad, secuestrados o prisioneros*”, en: <http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo-402545-secuestrados-o-prisioneros> consultado enero 9 de 2014.

Artículo digital “*El Musulmán de Giorgio Agamben*”, en el Seminario Memoria, subalternidad y los testimonios de la CVR, publicado en el sitio web de la Pontifica Universidad Católica del Perú, en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/mscivr> consultado febrero 8 de 2014.

Artículo digital “*Filosofía Griega- Origen de la Filosofía Presocráticos Sofistas y Sócrates*”, en: <http://www.e-torredabel.com/Historia-de-la-filosofia/Filosofiagriega/Presocraticos/Arche.htm> consultado el 5 de febrero de 2014.

Artículo digital: *Flavia Costa*, en: http://www.biopolitica.cl/pags/flavia_costa.html consultado enero 28 de 2014.

Artículo digital: “*Manuel Marulanda Vélez, Tiro Fijo*”, en <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/biografias/marulanda-manuel.htm> consultado el 6 de febrero de 2014.

Artículo digital: “*Fuga de las FARC*”, en: <http://www.tudiscovery.com/web/FARC/farc/operations/> consultado febrero 8 de 2014.

Artículo digital: “*Giorgio Agamben. Apropiándose del tiempo*”, en: <http://laliteraria.wordpress.com/tag/giorgio-agamben/> consultado octubre 5 de 2013.

Artículo digital: Giorgio Agamben para pensar política y derecho. Lo ético-político, En: <http://www.herramienta.com.ar/revista-herramienta>

ta-n-34/gior-gio-agam-ben-pa-ra-pen-sar-po-li-ti-ca-y-de-re-cho-lo-eti-co-po-li-ti- consultado octubre 3 de 2013.

Artículo digital: "*Giorgio Agamben El cuerpo glorioso*", en: <http://bibliotecaignoraria.blogspot.com/2013/05/giorgio-agamben-el-cuerpo-glorioso.html#.UIDRLoZwqE8> consultado octubre 5 de 2013.

Artículo digital: "*Giorgio Agamben, perfil biográfico y académico*", en: <http://www.infoamerica.org/teoria/agamben1.htm> consultado el 26 de enero de 2014.

Artículo digital: "*Historia de los Partidos políticos tradicionales de Colombia*", en: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/poli/poli61.htm> consultado febrero 8 de 2014.

Artículo digital: "*La Patria Potestad en el Derecho histórico Romano y en el Derecho Dominicano*", publicado en el sitio web monografías.com, en: <http://www.monografias.com/trabajos89/patria-potestad-derecho-historico/patria-potestad-derecho-historico.shtml> consultado el 8 de febrero de 2014.

Artículo digital: "*Ley 002*", en: http://resistencia-colombia.org/index.php?option=com_content&view=article&id=160:ley-002-sobre-la-tributacion&catid=24&Itemid=38 consultado febrero 6 de 2014.

Artículo digital: "*Los fusilados de las FARC*," publicado en el sitio web de la revista semana, en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/los-fusilados-farc/113072-3> consultado febrero 8 de 2014.

Artículo digital: "*los musulmanes como testigos integrales*", en: http://www.webislam.com/articulos/61503-g_agamben_los_musulmanes_como_testigos_integrales.html consultado octubre 5 de 2013.

Artículo digital: "*Murcia Opinión Homo Sacer*", en: http://www.larazon.es/detalle_hemeroteca/noticias/LA_RAZON_374162/9514-opinion-homo-sacer consultado febrero 5 de 2014.

Artículo digital: "*Pablo Catatumbo*", en: http://letras-uruguay.espaciolatino.com/aaa/noticias_culturales/quien_es_pablo_catatumbo.htm consultado el 10 de febrero de 2014.

Artículo digital: Por una filosofía de la infancia, en: <http://golosinacanibal.blogspot.com/2011/11/por-una-filosofia-de-la-infancia.html> consultado octubre 5 de 2013.

Artículo digital publicado en la revista digital La Razón.es, en: http://www.larazon.es/detalle_hemeroteca/noticias/LA_RA-ZON_374162/9514-opinion-homo-sacer#.UvLHnJCYaUk consultado febrero 5 de 2014.

Artículo digital: “*Qué es un campo? Giorgio Agamben*”, en: <http://www.elcultural.com/eva/literarias/agamben/portada1.html>, consultado octubre 5 de 2013.

Artículo digital: “*Si la religión feroz del dinero devora el futuro*”, en: <http://blogs.publico.es/fueradelugar/1980/giorgio-agamben-credito-fe-y-futuro> consultado octubre 13 de 2013.

Artículo digital: “*Una biopolítica menor*”: entrevista con Giorgio Agamben, en: <http://golosinacanibal.blogspot.com/2010/10/una-biopolitica-menor-entrevista-con.html> consultado octubre 5 de 2013.

BENENTE, Mario: artículo digital: “*AGAMBEN, Giorgio. Una arqueología de la potencia de Edgardo Castro*”, publicado en la revista electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio Gioja, en: http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0005A004_0014_resena.pdf consultado en septiembre 25 de 2013.

BENJAMIN, Walter: “*Tesis sobre la historia y otros fragmentos*”, traducción y edición de Bolívar Echeverría, artículo digital publicado en el sitio web bolivare.unam.mx, en <http://www.bolivare.unam.mx/traducciones/Sobre%20el%20concepto%20de%20historia.pdf> consultado febrero 4 de 2014.

BENTOLILA, Hector: “*La destrucción moderna de la experiencia. Dos lecturas desde Benjamin y Agamben*”. Nuevo itinerario. Revista de filosofía.

BRUNET, Graciela. Giorgio Agamben, lector de Hanna Arendt. *Konvergencias. Filosofía y lecturas en dialogo*. 2007.

CACCIA Beppe, Artículo digital "*El fin de la ciudadanía*", publicado en el sitio web: "Página12.com", en <http://www.pagina12.com.ar/2001/suple/Libros/01-03/01-03-18/nota.htm> consultado el 20 de enero de 2014.

CERRUTI, Pedro: Artículo digital "*Benjamin, Foucault y Agamben: arqueologías del poder*", en http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S0104-65782011000100014&script=sci_arttext Consultado octubre 13 de 2013.

COLOMBO MURÚA, Ignacio: "*EL PENSAMIENTO DE AGAMBen Y SU RELACION CON EL DERECHO PENAL*", Artículo digital publicado en el sitio web "Justiniano.Com" en: http://www.justiniano.com/revista_doctrina/Agamben_%20y_%20el_%20Derecho_Penal.htm consultado el 5 de octubre de 2013.

Diccionario abierto, en: <http://www.significadode.org/aleman/schutzhaft.htm> consultado enero 30 de 2014.

ECHEVERRÍA, Bolívar: "*Sobre el concepto de historia. Tesis y fragmentos*", Buenos Aires: Ed. Piedras de Papel, 2007, Traducción: Bolívar Echeverría.

ECHEVERRÍA, Bolívar: *Walter Benjamin Tesis sobre la historia y otros fragmentos*, artículo digital publicado en el sitio web bolivare.unam.mx traducciones sobre el concepto de historia, en: <http://www.bolivare.unam.mx/traduccion/Sobre%20el%20concepto%20de%20historia.pdf> consultado el 3 de febrero de 2014.

ECHEVERRÍA, Bolívar: "*Sobre el concepto de historia. Tesis y fragmentos*", Buenos Aires: Ed. Piedras de Papel, 2007, Traducción: Bolívar Echeverría, citado por TACCETA Natalia, en: "Recordando a Walter Benjamin, justicia, historia y verdad. Escrituras de la memoria. Violencia y derecho: Benjamin, Schmitt, Agamben y el estado de excepción". III Seminario Internacional Políticas de la memoria, Centro Cultural de la memoria Haroldo Conti, Buenos Aires Argentina.

Entrevista a Giorgio Agamben, en: <http://partidopirata.com.ar/2012/09/10/dios-no-murio-se-transformo-en-dinero-entrevista-a-giorgio-agamben/> consultado octubre 3 de 2013.

Entrevista a Giorgio Agamben, en: <http://www.lanacion.com.ar/1565417-giorgio-agamben-en-europa-asistimos-a-un-vaciamiento-de-la-democracia> consultado octubre 3 de 2013.

GARAVITO GOMEZ, María Clara: artículo digital “*Auschwitz como telos de la agresión y la guerra*”, en: <http://www.saga.unal.edu.co/etexts/PDF/Ponencias2010/MariaClaraGaravito.pdf> consultado 25 noviembre 2013.

LECHUGA SOLIS, Graciela: artículo digital: “*Comentarios a la noción de biopolítica de Foucault*”, en: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822012000400003&script=sci_arttext consultado octubre 5 de 2013.

Ley 599 de 2000.

LINK, Daniel: “*Retrato de un pesimista*”, artículo digital publicado en la publicado en el sitio web: “Página12.com”, en <http://www.pagina12.com.ar/2001/suple/Libros/01-03/01-03-18/nota.htm> consultado el 20 de enero de 2014.

LÖWY, Michael: “*Walter Benjamin. Aviso de incendio*”, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2005. Traducción: Horacio Pons, citado por TACCETA Natalia, en: “*Recordando a Walter Benjamin, justicia, historia y verdad. Escrituras de la memoria. Violencia y derecho: Benjamin, Schmitt, Agamben y el estado de excepción*” III Seminario Internacional Políticas de la memoria, Centro Cultural de la memoria Haroldo Conti, Buenos Aires Argentina.

MOLINER María: “*Diccionario de Uso del Español Edición Electrónica*” versión 3.0.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU (PUCP), artículo digital “*Agamben y la nuda vida*”, publicado en el sitio web: Filo Natural, en: <http://blog.pucp.edu.pe/item/33872/agamben-y-la-nuda-vida> consultado octubre 14 de 2013, blog administrado por Miko Cesar Rodríguez Arellano.

Programa radial: “*Las Voces del Secuestro*”, en: <http://www.lasvocesdelsecuestro.com/> consultado el 6 de febrero de 2014.

RUVITUSO, M, y D' MEZA, M, artículo digital: "*Agamben Giorgio. Desnudez*". http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0120-00622012000300012&script=sci_arttext consultado octubre 5 de 2013

SALVA, PEPPE: Artículo digital: "*El capitalismo es una religión irracional que jamás haya existido*": en: http://www.polodemocratico.net/index.php?option=com_content&view=article&id=3364:el-capitalismo-es-una-religion-irracional-que-jamas-haya-existido-giorgio-agamben&catid=45:en-profundidad&Itemid=113 consultado octubre 3 de 2013.

SATNE, Paula: "*G. AGAMBEN. Los musulmanes como testigos integrales, Lo que queda de Auschwitz*": artículo digital publicado en el sitio web webislam.com, en: http://www.webislam.com/articulos/61503-g-agamben_los_musulmanes_como_testigos_integrales.html consultado octubre 5 de 2013.

SOTO CARRASCO, David: artículo digital "*Políticas del exilio Giorgio Agamben*", en: <http://www.intersticios.es/article/view/5524/4356> consultado octubre 5 de 2013.

The Free Dictionary By Farlex, en <http://es.thefreedictionary.com/b%C3%B3ers>.

VÁSQUEZ ROCCA, Adolfo: artículo digital *SLOTTERDIJK, AGAMBEN Y NIETZSCHE: BIOPOLÍTICA, POSTHUMANISMO Y BIOPODER*, en: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/nomadas/23/avrocca.pdf> consultado octubre 3 de 2013.

LA IMPORTANCIA DE LAS COSTUMBRES EN EL DERECHO Y EN LA RELIGIÓN

*Simone Galli
Anai Mariani*

1 Introducción

El uso de las costumbres se dominó y se confundió durante mucho tiempo con el propio ordenamiento jurídico, una vez que el derecho era dictado por la propia familia. La religión, en la formación de su doctrina, estipula valores y principios para ser seguidos por el hombre, para así, ser obedecidos durante la vida, a fin de determinar conductas sociales y prohibiciones para el objetivo final: alcanzar el bien.

La obediencia a una conducta por parte de una colectividad configura un uso, siendo que la práctica de ese uso forma la costumbre, que pasa a ser una regla de conducta creada espontáneamente por la consciencia común del pueblo.

El empleo de una determinada regla, constituye una práctica, un uso, que a través del paso del tiempo, lleva a todos a la convicción de que se trata de una regla de Derecho. Esa tradición, hace con que los hombres tiendan a emplear siempre la misma regla, para que se repita la misma situación, pasando a seguirlas como legítima y obligatoria, constituyendo lo que llamamos de costumbre.

El uso diario de las costumbres en la sociedad tiene la fuerza de ser absorbido por el Derecho, poseyendo coercitividad e imposición de una ley escrita, y así, el Estado deberá garantizar que las costumbres sean observadas, integrando las fuentes del derecho.

En cuanto a las costumbres sobre el enfoque en la religión, se verifica que la Iglesia ofrece respuestas que tienen credibilidad por la fe,

mientras el Derecho, parte de los presupuestos concretos y ofrecen seguridad y protección al individuo en sus relaciones entre los semejantes y el Estado.

La necesidad de que se proceda a un análisis histórico y al rescate de apreciación de una relación de las costumbres con el Derecho, debe ser el punto de partida para mostrar la importancia conferida a la experiencia humana a lo largo de los tiempos, incluso por la constatación de una precedencia histórica del derecho espontáneo al poder normativo estatal.

Se sabe, que el Derecho hace referencia innumeradas veces a las buenas costumbres y a los usos y costumbres del lugar, con eso, costumbre y ley no son, ni pueden ser tratados sobre el mismo enfoque, una vez que se tratan de sus especies distintas de normas jurídicas. En las costumbres no hay proceso legislativo que lo denomine de ley consuetudinaria. Lo que hay, es práctica en general, constante y de hecho obligatorio de un hábito social. Con la ley, documento escrito, ocurre la publicación de determinado hábito social normado por una especie legislativa que le atribuye juridicidad.

De ahí, la importancia de rescatar la expresión usos y costumbres, una vez que se indaga en como describir, anticipadamente, lo que se torna esperado de la conducta humana en determinada situación de conflicto; en el sentido de verificar si esa conducta atiende lo que sea definido por fin económico o social, por buena fe o por buenas costumbres. Analizar la costumbre como el reflejo en el contexto fático-social de la voluntad popular, dicta soberana, busca verificar si la norma jurídica deriva de la simple voluntad del legislador, o si deriva de las propias condiciones creadas por la convivencia humana en sociedad.

Y por fin, averiguar las costumbres en la religión, una vez que las mismas estipulan valores y principios a seguirse por el hombre para ser obedecidos durante la vida. Esos valores que inducen a sus fieles a determinadas conductas sociales y prohibiciones para que el objetivo final, que es el bien, sea alcanzado.

2 Breve histórico

En los primeros tiempos de Roma, como del resto, de cualquier pueblo, la conducta humana era regulada por el comportamiento tradicional. No existían normas escritas, siendo que las primeras leyes fueron redacciones escritas de costumbres de los antepasados.

Entre los romanos, las costumbres tenían fuerza de ley, por tratarse de derecho constituido por el uso. Por otro lado, la costumbre debería ser observada como Derecho y como ley, desde que se tratase de materia sobre la cual no hubiese disposición escrita.

Así, el derecho pasaría a ser visto como un conjunto sistemático de conceptos y preposiciones jurídicas en íntima conexión donde no existían lagunas. La valorización de la costumbre ocurrida con el historicismo, concibe la manifestación espontánea del espíritu nacional y el conocimiento científico del derecho basado en una concepción histórica de la experiencia jurídica. Los estudios eran basados concibiendo el derecho como un objeto real, rebatiendo la causalidad y el determinismo característicos de las concepciones jurídicas metafísicas.

El siglo XIX representó al mismo tiempo la destrucción y el triunfo del pensamiento sistemático legado por el jusnaturalismo, el cual basaba toda su fuerza en la creencia ilimitada en la razón humana. Los teóricos del derecho racional no estaban presos a ninguna fuente positiva del derecho, aunque la temporalidad de la acción humana, creaba, modificaba a que el derecho no se olvidase. Al final, un dato importante de la experiencia jurídica entre los siglos XVI y XVIII es que el hecho del derecho se tornase cada vez más derecho escrito, lo que ocurrió por el rápido crecimiento de la cantidad de leyes emanadas del poder constituido, querer por la redacción oficial y decreto de la mayor parte de las reglas habituales.

El hecho de que el derecho se tornase escrito, contribuye para importantes transformaciones en la concepción del derecho y de su conocimiento. La fijación del derecho en la forma escrita, al mismo tiempo que aumenta la seguridad y la precisión de su entendimiento, agudiza la consciencia de los límites. La posibilidad de confronto de

los diversos conjuntos normativos crece, y con eso, aumenta la disponibilidad de las fuentes en el cual está la esencia del apareamiento de las jerarquías. Éstas, al principio, todavía afirman la relevancia de la costumbre, del derecho no escrito sobre el escrito.

Así, se verifica que en tiempos más antiguos, las costumbres, es decir, las prácticas sociales más frecuentes, influenciaban de manera concreta el Derecho, siendo, incluso, su mayor fuente. Entretanto, con el pasar de los tiempos, principalmente a partir del siglo XIX, el Derecho pasó por un proceso de intensa codificación, en el cual las leyes dejaron de ser presentadas apenas en los usos y costumbres sociales, para ser escritas en leyes, y organizadas en Códigos.

3 Las costumbres como fuente del Derecho

Se sabe, que la ley, por excelencia, es la fuente del Derecho, pero el Derecho, también nace de la costumbre, que nada más es, sino las prácticas y usos comunes del pueblo. En este sentido, las fuentes pueden ser clasificadas como fuente formal y material del derecho. La fuente formal se caracteriza por la conjugación del elemento material o sociológico, lo que corresponde a la práctica de la conducta como fue cualificada, el elemento psicológico que corresponde a la obligatoriedad y al elemento jurídico que está condicionado a la atribución de juridicidad de la norma.

Para Lima (1983, p. 03) “las fuentes formales del derecho, son exactamente aquellas a través de las cuales se exterioriza la idea de derecho generada por el convivio humano en sociedad.” Esa exteriorización según el Autor, puede ocurrir por un proceso mono genético consciente o inconsciente, conforme ya nos hemos referido anteriormente. Fuentes del derecho, en este sentido, serán todas las manifestaciones, formales o no, de la normatividad jurídica destinada a regular la conducta humana en sociedad.

Como fuente formal, Matías (2007, p.02) afirma que la costumbre “es el uso general, constante y notorio, observado en la convicción de corresponder a una necesidad jurídica. Regla de conducta habitual-

mente obedecida, en su fuerza coactiva acreditada como fuente formal del Derecho.”

Para Matías, la costumbre sólo gana fuerza como fuente del Derecho cuando es reconocido por los Tribunales. El Art. 4º de la Ley de Introducción al Código Civil Brasileño establece que: “Cuando la Ley fuera omisa, el Juez decidirá el caso de acuerdo con la analogía, las costumbres y los principios generales del derecho”.

Incluye el Art. 5º de la misma ley que dice: “en la aplicación de la ley, el juez atenderá a los fines sociales a la que ella se dirige y a las exigencias del bien común”.

Las costumbres pueden incluso ser clasificadas como *Secundo legem*, que significa aquello que está expreso en ley, según la ley. Es cuando la propia ley admite el uso de la costumbre local para la resolución de litigios. Puede ser incluso *Praeter legem*, que es la que completa las lagunas de la ley y *Contra legem*, contrario a la ley.

Ya las fuentes materiales son conceptuadas según Bozola ápuD Diniz (p. 01) como “no siendo derecho positivo, tan sólo de conjunto de valores y circunstancias sociales que, constituyendo el antecedente natural del derecho, contribuyen para la formación del contenido de las normas jurídicas.”

Esas fuentes son las responsables por la elaboración del Derecho. Si examinamos los contenidos, veremos que el Derecho se elabora ahí. Por eso, las fuentes materiales son también llamadas fuentes substanciales o de producción.

Las fuentes materiales son importantes sobre el punto de vista científico, ya que son emprendidos por la sociología del Derecho, filosofía jurídica y ciencia política. Su principal utilidad se verifica en el proceso de normas legislativas, transcurrido en las casas parlamentares. Diputados y Senadores son influenciados por las fuentes materiales. Muchas veces se crean comisiones para estudiar aspectos sociales, cuyos resultados determinan los términos de una nueva ley.

Fuentes materiales pueden definirse como hecho, materia de lo que dispone la ley, refiriéndose a la cuestión de orden social, económica, política, que proporcionan el Derecho, proporcionan la reglamenta-

ción. Como ejemplo, podemos citar la seca, que puede dar origen a una manifestación del Estado con el decreto de calamidad pública.

4 La influencia de las costumbres en el Derecho

A pesar de la prevalencia de la ley en nuestro sistema, la costumbre desempeña un papel importante, principalmente porque la ley no tiene condiciones de predeterminar todas las conductas. El uso se transforma en costumbre cuando la práctica reiterada se torna obligatoria en la consciencia social; aún así, no todo uso es costumbre, sólo cuando el uso se torna obligatorio, se convierte en costumbre. Es difícil dar una prueba concreta de su existencia, es costoso buscar la génesis de su elaboración y, en la gran mayoría de las veces, no es fácil probar su presencia, mayormente en los sistemas de derecho escrito.

Para Venosa (p.01) “la costumbre brota de la consciencia colectiva, de un grupo social más o menos amplio.”

El fundamento de la costumbre es controvertido. Para algunos, se trata de la voluntad tácita del legislador; para otros, es la consciencia popular, como sustentó la escuela histórica. Cuando la costumbre se propaga en la voluntad tácita del legislador, la mayor dificultad reside en el hecho de no distinguir si la costumbre deriva de un legislador democrático o totalitario.

Según Venosa (p.01) “se puede concluir que es la consciencia de la obligatoriedad la que da la fuerza a la costumbre.”

Cuando ese uso reiterado y consciente es aceptado por los tribunales, la costumbre estará solidificada como fuente del Derecho. La costumbre nace de su propia eficacia. En la repetición de la práctica es donde se percibe el aspecto material de la costumbre, su elemento externo objetivo, al lado del cual se coloca la consciencia de su obligatoriedad.

La influencia de los costumbres en los sistemas jurídicos de derecho escrito es reducida, pero su influencia no puede ser subestimada y ha crecido considerablemente, en la medida en que se percibe la profusión muy grande de las leyes, que confunden más de lo que esclarecen. El Código Civil brasileño de 2002, más de lo que el estatuto anterior,

hace varias referencias a los usos, que se colocan en la base de las costumbres. Esa ley novel, también acentúa la utilización de la costumbre como fuente subsidiaria de interpretación en varias oportunidades (art. 569, II, 596, 599, 615, 965, I, 1.297, § 1º). La costumbre, por veces, se torna instrumento precioso para rellenar las lagunas en el Derecho escrito.

A pesar de la costumbre ser considerada fuente sobre nuestro ordenamiento, de acuerdo con el art. 4º de la Ley de Introducción al Código Civil, es, sin duda, fuente formal, es decir, fuente subsidiaria; una vez que el legislador estatuye que en la omisión de la ley, será el juez quien decidirá de acuerdo con la analogía, las costumbres y los principios generales de Derecho.

La mayoría de los sistemas de derecho escrito tiene en las costumbres su principal fuente subsidiaria. La costumbre *contra legem* es lo que se opone, se muestra contrario a la ley. Cuando se torna una ley no utilizada, se denomina desuso. Se discute si es posible la prevalencia de una costumbre de ese jaez, ya que la supremacía de una costumbre sobre la ley, dejaría el sistema inestable.

Aunque existan opiniones divergentes, la doctrina se inclina por el rechazo de esa modalidad de costumbre. En principio, solamente una ley puede revocar otra. Esta posición, como todo en Derecho, no puede ser decisiva. Como se nota, la materia se revuelve en torno del llamado desuso de la ley.

Algunos autores, ven en el art. 5º de la LICC una válvula que permite al juez aplicar una costumbre contraria a la disposición de ley: *“En la aplicación de la ley, el juez atenderá a los fines sociales a la que ella se dirige y a las exigencias del bien común.”* Sobre cualquier premisa, la aceptación de la costumbre contra la ley es, de hecho, una cuestión seria de política, ya que la coloca en conflicto el poder normativo del Estado, con su poder jurisdiccional. Lo que ocurre en la práctica es la inercia de la autoridad estatal en la aplicación de determinadas leyes.

En el nivel actual de nuestro Derecho, no existe relevancia mayor para la posición de la costumbre como fuente del Derecho. El principio general por el cual los jueces deben conocer el Derecho, dispensa las

partes de probar la existencia de la ley o de derecho invocado, lo que no ocurre con las costumbres. El art. 337 del Código de Proceso Civil determina que la parte que alegar derecho consuetudinario deberá probar el sistema y la vigencia, si así fuera determinado por el juez. Esa inestabilidad es, de hecho, el mayor obstáculo para la costumbre imperar en nuestro sistema.

5 La ley y la costumbre

La costumbre y la ley son formas de expresión del Derecho. La ley sería la forma fundamental y las costumbres una de las formas complementares. A éste se le acostumbra a sumar la jurisprudencia, la doctrina, y los principios generales del derecho.

Podemos decir que la ley es aquello que el pueblo ordena y constituye, es una orden benéfica, ya que el bien común es la paz y la armonía que el pueblo quiere para sí. Para Lustosa apud Beviláquia (p. 01) “la ley es una orden general y obligatoria, que emanando de una autoridad competente reconocida, es impuesta coactivamente a la obediencia general.”

En cuanto las leyes, Rocha (p.01) entiende que:

La ley es la norma declarada por el estado, de forma expresa, de acuerdo con el proceso constitucionalmente previsto. La costumbre surge espontanea, independiente del proceso legislativo vigente en consecuencia, mientras le de asentimiento el propio Estado. Esa aprobación por el Estado es la que le da carácter normativo.

Como ya fue destacado, la ley sería la norma expresa y la costumbre de la norma tácita. Para Haddad (2007, p.01) “La realidad es que la costumbre es el verdadero derecho, ya que es la primera manifestación de la ética de un pueblo, una especie de ética natural. El derecho nada más es, la expresión genuina de la consciencia de una sociedad y no un producto del legislador.”

Como ejemplo de eso, puede ser el del cheque pos-datado, vulgarmente conocido como pre-datado. La costumbre, en este caso, el

cheque no se caracterizó como orden de pago a la vista, y el Poder Judicial no puede dejar de conocer este fenómeno impuesto por la gran mayoría de las personas en sus actos de comercio. Se puede decir que el uso y la costumbre de emitir cheque pos-datado se creó por el instituto del cheque como promesa de pago, diferente del reglamento legal, que es la orden de pago a la vista.

Otro ejemplo es la Ley de la Pareja de Hecho, que surgió de la observación de que en la sociedad brasileña existe un gran número de familias que se forman a partir de la unión del hombre y de la mujer, fuera del matrimonio. Y como el derecho estudia los fenómenos sociales ocurridos con frecuencia en la sociedad, obligó al legislador a elaborar la Ley del Concubinato.

Se observa, entonces, que la norma abarca la costumbre, poseyendo una función transformista. Partimos del presupuesto del derecho ser un permanente compromiso entre la libertad y seguridad, no considerándolo como la expresión de un valor absoluto o de un saber jurídico verificable en cada hipótesis concreta, sino como un producto de prudente combinación de factores socio científicos, fáticos y axiológicos, circunstanciales, de conveniencias y oportunidades, que no hacen de la norma jurídica un modelo definitivo.

Utilizando el silogismo de la norma para saber su designación, se verifica que los ciudadanos son sus genuinos destinatarios, en vista que la juridicidad de la norma deriva del hecho de pertenecer a un sistema jurídico y no la sanción. De esta forma, la costumbre se presenta como la norma constante no escrita y obligatoria, sólo diversa de la ley en su aspecto formal. Es necesario citar que la costumbre debe ser al mismo tiempo, lícita, justa y útil.

El problema es el de la aplicación de la costumbre en la justicia. ¿Cómo hacer sin que haya una ley que lo prescriba? La solución está en las manos de los juristas, ellos son los portavoces de la comunidad. En ellos se manifiesta una aguda capacidad para intuir las exigencias del desarrollo social. Son los primeros en adquirir conciencia del desajuste entre el derecho vigente y las nuevas circunstancias sociales. ¿Y qué hacen? Son esclavos de la ley, y aún así, necesitan tener en mente que

se acabó la neutralidad de hacer sólo lo que la ley manda. Así, se busca una formación humanística y no legalista, para que se sepa lo que es y lo que puede ser la presencia del derecho y de la justicia en el desarrollo de la persona humana y en las relaciones sociales. En otras palabras, el juez es destinado a proteger los derechos humanos.

Siendo así, la costumbre es más sabia que el propio legislador y que el propio aplicador del derecho juntos, ya que éstos, tendrán que llevar en consideración la costumbre de un pueblo, que son las prácticas usuales tornadas reglas en el medio social.

6 Las costumbres en la religión

La disociación entre el derecho y la religión fue el paso fundamental para el desarrollo de una cultura jurídica sin precedentes y de cuya tradición somos herederos y continuadores. La separación entre el temporal y lo divino, permitió el surgimiento de una forma de ordenación de la vida social fundada no más en lo sagrado, en lo sobrenatural, sino en la propia capacidad humana de establecer las reglas de actuar y de decidir los conflictos según sus propios criterios. Por otro lado, la religión nunca dejó de constituir para la tradición jurídica occidental una importante fuente de contenido. Aunque la autoridad de las normas jurídicas haya pasado a fundarse en la propia voluntad humana, los valores transmitidos por medio de las creencias religiosas predominantes no dejaron de componer la substancia del derecho.

Ramos (2010, p. 50-51) afirma que:

[...] en los siglos, la Ciencia del Derecho, en consonancia con el racionalismo kantiano y posteriormente con el positivismo, tanto filosófico como jurídico en la tentativa de conquistar su autonomía científica, pasó a aislarse artificialmente el derecho de su *locus* cultural, excluyendo de sus reflexiones las cuestiones de cuño político, moral y religioso. Aliado a eso, los principios iluminista, que promovieron la progresiva emancipación del Estado y del Derecho delante de la autoridad religiosa, hicieron con que la Ciencia Jurídica evitase las asociaciones entre contenido del derecho y de la religión.

Así, se verifica la necesidad de distinguir el Derecho de la Moral y la ciencia jurídica de la Ética, lo que significa desde el punto de vista de un conocimiento científico del Derecho positivo. La legitimación de éste por una orden moral distinta del orden jurídico es irrelevante, ya que la ciencia jurídica no tiene que aprobar o desaprobar su objeto, sino, apenas conocerlo y describirlo.

A pesar de haber distinción entre la religión y el derecho, no significa que tal separación sea evidente a cualquier tradición cultural, aunque en la historia del Occidente haya estado siempre presente.

En los comienzos de la civilización greco-romana, con base en la cual se desarrolló la civilización occidental, no se hacía cualquier distinción entre las normas sociales. En el ámbito privado, el hombre estaba sometido a las reglas establecidas por el jefe de la familia o del clan y, en el ámbito público, por las reglas comunes impuestas por el soberano. Los jefes de familia y soberano estaban, a su vez, sometidos a los principios de la tradición y del culto a los antepasados.

La vida pública y la privada estaban comprometidas con la religión de modo que las normas de ordenación social abarcaban todos los aspectos éticos que posteriormente pasamos a distinguir como jurídico, religioso, social, político, moral, etc.

Según Ramos (p.56) “en el antigüedad greco-romana el hombre retiraba toda su esencia ética y su valor de la vida social. La oposición entre lo individual y colectivo era fuertemente desestimulada.”

De esta forma, el formalismo litúrgico de los cultos religiosos fue absorbido por el derecho que se desarrolló en la antigua Roma, el cual, más tarde, constituyó las bases de la experiencia jurídica que se produjo en Occidente. Mismo que la transformación de las relaciones sociales y el vaciamiento de las viejas creencias hayan deslustrado el carácter sagrado de los ritos relacionados al culto, el formalismo técnico de esos ritos perpetuó sobre la forma de procesos de decisión legislativa y judicial.

Si de un lado la autoridad de los procesos normativos fue desplazada de lo sagrado para la manifestación de la voluntad popular, de otro, se mantiene el rigor ritual de aquellos. De ese modo, las normas sociales

que eran expresión de la voluntad divina, reveladas o confirmadas por medio de rituales religiosos extremadamente formales, aunque pasasen a fundarse gradualmente de la voluntad de los ciudadanos, reproducían los rigores de los procedimientos litúrgicos de los cultos.

Con eso, la norma, que tomaba cada vez más aspectos de lo que más tarde pasó a denominarse derecho, continuaba, conforme el espíritu de la tradición romana, a fundar su validez en las formalidades del proceso de su producción, aunque pasase a justificarse en la voluntad de los ciudadanos.

Respecto a eso, es probable que la manifestación popular en el establecimiento de las leyes haya sido, en los primeros tiempos, un acto puramente formal, respecto a las tradiciones de las familias romanas.

En este sentido, se entiende que:

En los primeros tiempos de Roma, se sometían a las asambleas de páter familias las decisiones de carácter religioso tomadas por el rey, en un acto simbólico que representaba el respeto y el reconocimiento por parte de este último a la religión privada de los romanos. Con el paso del tiempo, entretanto, esas asambleas pasaron a imponerse por la fuerza de su propia tradición secular, lo que les daba autoridad para, efectivamente, oponerse a las decisiones reales. Con el establecimiento definitivo de la República en 510 a.C., las asambleas continuaron reuniéndose, pero, partir de entonces, para aprobar las decisiones de los magistrados, cuyos métodos se alejaban gradualmente de las cuestiones religiosas para concentrarse en los problemas laicos de la organización política y de las relaciones privadas. (RAMOS ápuD BREToNE, 2010 p.59).

Es interesante notar que, además de la disociación de pensamiento racional y del pensamiento mítico haya promovido la emancipación gradualmente de lo político delante de lo religioso. Tal emancipación se resumía, en principio, a la justificación de la obligatoriedad de las normas sociales por la autonomía de la voluntad de la colectividad (las leyes se imponen a la medida que fueron admitidas por el juicio del pueblo).

No se trataba de un cambio en el contenido de esas normas, sino, en la ampliación de las cuestiones por ellas tuteladas, visto que pasaban

a tratar de materias referentes a la vida privada o pública que no estaban más necesariamente relacionadas al culto. No había incompatibilidad entre los valores de la tradición religiosa y aquellos albergados por las normas propiamente jurídicas, las cuales continuaban a servir al culto, aunque no sirviesen más del culto para justificar su imposición.

Aceptar la conexión entre el derecho y la religión cristiana no significa, separar el presupuesto de racionalidad como punto de partida de una ordenación propiamente jurídica. Al final, esa es la vocación principal e irrenunciable del derecho occidental, construido sobre el legado greco-romano. Además de eso, hay que observar que a pesar del sentimiento religioso individual que un occidental nutre por la fe cristiana, él es el producto de una tradición cultural de la cual el cristianismo es una parte substancial, habiendo, por lo tanto, recibido e incorporado creencias, símbolos y valores cristianos, que influyen su modo de percibir el mundo y su comportamiento social. Además, en lo referido entre mito (fe) y razón, que siempre permeó el pensamiento occidental, mismo en los momentos de radical racionalismo, se buscó muchas veces en las creencias los elementos sobre los cuales la razón se abundó para producir sus conocimientos.

El cristianismo, al contrario, proclamaba que todo bien emanaba de Dios y sólo en él podría ser encontrado. De ese modo, el hombre, delante de sus limitaciones, necesitaba creer en la verdad revelada por Dios, sometiéndose y obedeciendo ciegamente a ella. También se afirmaba, que sólo a Dios cabía el juzgamiento sobre todas las cosas, visto que delante de la incapacidad moral del hombre, él no debería juzgar a los otros. Con eso, la doctrina cristiana negaba la posibilidad de cualquier justicia humana, rebajando, así, la vida jurídica (y la política) a mero recurso de manutención de la orden, reservando a la Iglesia, guardiana de la revelación divina, el juicio sobre el bien y el mal.

Además de eso, la doctrina cristiana presentaba, como sustituto del derecho, la caridad y el perdón, los cuales, en principio, representaban su propia antítesis. Al final, lo que caracterizaba el derecho era justamente la atribución de prerrogativas (correspondientes a los deberes establecidos), las cuales conferían a sus destinatarios el poder de

exigir de los demás su cumplimiento, no quedando, por lo tanto, a la merced de la buena voluntad o de la caridad ajena. Además, al imponer el perdón y la resignación, se desestimulaban las demandas judiciales.

En los días de hoy, son muchos los hechos en los que la religión interfiere en las discusiones y decisiones de la sociedad. Podemos citar algunos ejemplos como: la legalización del aborto, transfusión de sangre, donación de órganos, casamiento homosexual, investigación con células-tronco, entre otros.

En las discusiones en las que están envueltos esos temas, la iglesia, con mayor destaque para la católica, basa sus argumentos calcados en citas bíblicas “Que Dios sea todo en usted” (I Cor. 15, 28). El Papa, autoridad máxima de la Iglesia Católica, dispone de la Suprema Autoridad religiosa en materia de fe y moral y mismo fuera de los dominios de la iglesia, y en los días actuales. El papel político del Papa, se traduce en el ejercicio de un cargo ceremonial y diplomático de gran importancia e influencia.

Se verifica que la conducta humana como base en relacionamientos directamente privados o cerrados de cuño interfacial, todavía subsiste, y son fundamentales. En ese caso, la religión nos sirve como ejemplo cabal, ya que las diversas instituciones religiosas, a través de reuniones y encuentros, crean y repasan padrones genéricos a partir de una moral casi siempre dogmática, capaz de persuadir a sus miembros, en la medida en la que el individuo se siente parte de una comunidad religiosa. Obviamente, tales ideas y preceptos comunes, compartidos por una comunidad religiosa, no raramente ultrapasan sus límites, llegando a influir en la formación y organización política/jurídica de un Estado. Por eso, mismo en los Estados oficialmente laicos, como Brasil, se evidencia una influencia religiosa sobre la constitución de sus leyes y principios, tal como nuestro actual preámbulo constitucional, cuando invoca la protección divina sobre nuestro Estado.

Sobre la influencia religiosa, algunas leyes encontradas en el orden jurídico brasileño pueden compararse con las reglas de la Biblia Sagrada, como es el caso de homicidio, punido desde la época de los derechos más antiguos.

En el Código Penal Brasileño, el homicidio simple es tratado en el artículo 121, caput, por fuerza de la ley 8.930, de 1994, que dice “Matar a alguien: Pena – reclusión, de seis a veinte años” (CPB- art.121, caput). Delante de esto, podemos analizar que a ley que Moisés recibió de Dios, ya atribuía una gran importancia a la vida.

Actualmente, la vida representa uno de los bienes jurídicos protegido por el Estado más importante. Protege también a nuestro texto constitucional en el encabezado del artículo 5°. También como ejemplo, se verifica que el falso testigo ya era considerado crimen, y poseía consecuencias caso fuese practicado, lo que también ocurre en los días de hoy.

Incluso las religiones, interfieren en los Poderes Públicos, en el sentido de hacer prevalecer sus verdades reveladas, absolutas, universales e inmutables en materia de sexualidad y reproducción; en fin, sus principios morales y religiosos, sobre los principios democráticos que deberían orientar los legisladores y los gestores públicos. De esta forma, se torna necesario entender con claridad y de forma estratégica, que los movimientos religiosos, en materia de derechos sexuales y derechos reproductivos, están emprendiendo todos los esfuerzos para hacer valer sus ideologías y sus intereses en la elaboración de las leyes y de las políticas públicas. En este sentido, tales movimientos, han interpretado los conceptos y los principios constitucionales con base en sus concepciones y doctrinas religiosas, lo que es algo demasiado peligroso desde el punto de vista de la garantía de tales derechos.

En este aspecto, Emmerick (2010, p. 172) afirma que:

[...] es necesario considerar que en Brasil la construcción del Estado-nación contó con una significativa aproximación entre la Iglesia Católica y el Estado y entre lo religioso y lo político. A su vez, se resalta que las creencias en nuestro país no se restringen a la esfera de la subjetividad, sino que son compartidas colectivamente, incluso en el campo de la política, independiente de la vigente regulación jurídico-constitucional de las relaciones Iglesia/Estado. De esta forma, tal vez sea el momento de los estudiosos y los especialistas de la religión comenzar a relativizar sus postulados teóricos clásicos y,

consecuentemente, sus puntos de partida para pensar en las religiones como importantes actores políticos de juego democrático. Solamente así, creemos, será posible entender de forma más clara la complejidad de las relaciones religiosas/políticas en la sociedad brasileña y avanzar en el proceso de consolidación de la democracia y en la garantía de los derechos fundamentales, principalmente de los derechos sexuales y de los derechos reproductivos.

Así, el Derecho propone una finalidad, que debe alcanzarse por la sociedad. Ésta pasa a obedecer las normas, adaptándose a ellas (actualmente el Derecho también debe adecuarse a la sociedad). Esa era la finalidad que Dios pretendía – Orientar la sociedad a seguir un camino, que estaba previsto en los Diez Mandamientos. Por lo tanto, no podemos contestar que el Decálogo es un importante “conjunto de preceptos dictados por Dios a Moisés y destinados a regir las relaciones de un aglomerado de personas de razas, culturas, lenguas y religiones diferentes, una “multitud mezclada”, como cualificaría el libro del Éxodo.

De ese modo, la religión, y en especial, el cristianismo, como se verificó, poseen fuerte influencia como mecanismo propulsor de acciones y agente condicionado de la conducta de modo general, actuando como un factor controlador y organizador de la sociedad.

7 Consideraciones finales

Se buscó con el presente trabajo, demostrar que a pesar de prevalecer la ley en nuestro

sistema, la costumbre desempeña un papel importante, principalmente porque la ley no tiene condiciones de predominar todas las conductas y todos los fenómenos.

La costumbre obliga cuando hay un sentimiento general de obligatoriedad. Una de las principales barreras de la costumbre, es justamente la dificultad de identificar la práctica reiterada, dependiendo del caso concreto, lo que traería incertidumbre e inseguridad. Aún así, la costumbre posee la gran ventaja de asimilar perfectamente las necesidades sociales, algo que no siempre el legislador logra conseguir.

La costumbre tiene su razón de ser justamente en su espontaneidad brotada de la sociedad, lo que no ocurre comúnmente en la ley. Es verídico que las sociedades actuales, conviviendo sobre Estados fuertemente organizados y jerarquizados, relegan poca margen creativa para las costumbres.

También se verificó, que ya en los tiempos de los romanos, las costumbres tenían fuerza de ley, y eran observados como derecho sin forma escrita. Así, el derecho era visto como un conjunto sistemático de conceptos y proposiciones jurídicas.

En el siglo XVI y XVIII, el derecho se tornó escrito, creando forma por las innúmeras leyes creadas. El hecho de que el derecho se torne escrito, contribuye para importantes transformaciones en la concepción del derecho y su conocimiento.

Con el paso del tiempo, el derecho influenció mucho en las costumbres, donde a pesar de la prevalencia de la ley en nuestro sistema, la costumbre desempeña un papel importante principalmente porque la ley tiene condiciones de predeterminar todas las conductas; ya la costumbre, brota de una consciencia colectiva de un grupo social más o menos amplio donde brota de la sociedad.

Por fin, se analizaron las costumbres sobre el punto de vista de la religión, con base en los valores inducidos por fieles a determinadas conductas y prohibiciones para que el objetivo fuese el bien de las personas. Así, en análisis comparativo entre religión y derecho, se puede observar que aunque hubiese la separación entre lo sagrado y la capacidad humana en establecer reglas de conducta, los valores transmitidos por medio de las creencias religiosas no dejaron de componer la sustancia del derecho.

8 Bibliografía

CACHAPUZ. Maria Claudia. *Usos e costumes: O papel da experiência e da tradição no Direito*. Disponible en: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/usos-e-costumes-o-papel-da-experiencia-e-da-tradicao-no-direito/4489>. Acceso en: 14 abr. 2014.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado. *Fontes do direito brasileiro: histórico, atualidades e transformações*. Disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7338>. Acceso en 13 abr. 2014.

FAVORETO, Selma Regina Dias. *A influência da religião no direito*. Disponible en: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2055/2112>. Acceso en 16 de abr. 2014.

HADDAD, Emanuel Gustavo. *O costume como parâmetro da aplicação da justiça da justiça e da criação da lei*. Disponible en: <http://jus.com.br/artigos/9468/o-costume-como-parametro-da-aplicacao-da-justica-e-da-criacao-da-lei>. Acceso en: 17 abr. 2014.

JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. *Introdução ao estudo do direito, técnica, decisão, dominação*. Disponible en: <http://seebook.com.br/uploads/1348620839.pdf>. Acceso en 10 abr. 2014.

LIMA, Fernando Machado da Silva. *As fontes do direito*. Disponible en: <http://www.profpito.com/asfontesdodireito.html>. Acceso en: 10 abr. 2014.

LUSTOSA, Oton. *A lei, o costume, o direito*. Disponible en: <http://jus.com.br/artigos/2113/a-lei-o-costume-o-direito>. Acceso en: 16 abr. 2014.

MONTEIRA, David de Oliveira. *Análise acerca da definição, importância, doutrinas e características que na visão do autor fazem do autor fazer do costume jurídico fonte material do direito*. Disponible en: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2381/Ensaio-sobre-o-costume-como-fonte-material-do-direito>. Acceso en: 12 abr. 2014.

MOURA, Regis Skarlett. *A relação entre direito e religião na origem das leis nos povos antigos*. Disponible en: http://www.pucrs.br/edipucrs/XSala0IC/Ciencias_Sociais_Aplicadas/Direito/71285-SKARLETTREGISDEMOURA.pdf. Acceso en: 12 abr. 2014.

RAMOS, Marcelo Maciel. *Direito e religião: reflexões acerca do conteúdo cultural das normas jurídicas*. Disponible en: <http://www.fumec.br/revistas/index.php/meritum/article/view/891>. Acceso en: 15 abr. 2014.

ROCHA. Olavio Acyr de Lima. *O costume no direito privado*. Disponible en: <http://www.justitia.com.br/revistas/d845xz.pdf>. Acceso en: 15 abr. 2014.

SANTOS. Tiago Freire. *Direito, religião e conduta humana*. Disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3342. Acceso en: 16 abr. 2014.

VENOSA, Silvo de Salvo. *Os Costumes*. Disponible en: [http:// http://www.silviovenosa.com.br/_libs/dwns/15.pdf](http://www.silviovenosa.com.br/_libs/dwns/15.pdf). Acceso en: 14 abr. 2014.

EL RIESGO INMINENTE DE LA ESENCIA FRENTE A LA DISMINUCIÓN DE VALORES

Tânia Mota de Oliveira

“La esencia de los Derechos Humanos es el derecho a tener derechos.”

HANNAH ARENDT

El escritor irlandés Oscar Wilde (1854-1900) afirmó en el siglo XIX que la sociedad “*conhece o preço de tudo e o valor de nada*”. En el siglo XXI podemos reafirmar esta premisa y apuntar hacia algunos protagonistas de esta falacia social.

Comencemos por la falta de ética. La ética claramente no es prioridad en las instituciones de educación y ocupa, cuando mucho, un segundo plano entre las preocupaciones familiares. Siendo esto así, es difícil esperar que profesionales en distintas áreas, muestren un comportamiento ejemplar, entonces ¿qué esperar de los políticos?

Como explica el profesor Chaves (2004) ¹:

Quando falta ética na política, – falta comida no prato de uma criança, falta saneamento básico, falta saúde e educação de qualidade, sobra suborno e miséria. O Poder Legislativo, tanto nas esferas federal, estadual e municipal é a mais alta expressão de soberania. É quem cria o direito, a obrigação e as penas, quem regula os outros poderes e os cidadãos, quem decreta as normas que devem reger a sociedade. Em suma, é quem faz, interpreta e desfaz a lei. A finalidade última do Estado (como instituição pública) é a realização das necessidades do homem em sociedade, sendo que o exercício da política e do político deve pautar-se pela ética. O político res-

¹ CHAVES, Natal. *Quando falta ética na política*. Disponible en: http://www.ufac.br/informativos/ufac_imprensa/2004/07jul_2004/artigo1277.html. Acceso el 09 nov 2014.

ponsável deve pautar-se pela moral, pela ética e pelo sentimento de justiça. Também significa dignidade, nobreza e honradez, entre outros sentidos que o termo empresta à conduta de tantos quantos se portam de forma conveniente.

Pero ¿cómo una sociedad, de la cual forman parte tanto ciudadanos como políticos, con valores compartidos, puede reaccionar ante esta realidad y exigir cambios que garanticen la dignidad y la honradez como principios vitales de la convivencia social? La ética no tiene matices, es una sola. No se gana nada con alardear seguir el manual de ética profesional, cuando se bota basura en las vías públicas o enseñándole a tu hijo que para alcanzar sus objetivos “vale todo”. No existen dos éticas. O será que irremediamente debemos coincidir con Bertrand Russell, cuando decía: “a humanidade tem dupla moral: uma que prega, mas não pratica, outra que pratica mas não prega”.

Quizás un primer indicio de cambio, sea la propuesta educativa del diputado federal y recién electo senador en las elecciones 2014, el ex-jugador de la Selección Brasileira de Fútbol, Romario. El proyecto presentado a la Cámara de Diputados propone enmendar la Ley de Directrices y Bases de la Educación (LDB) y reformar el currículo escolar de enseñanza fundamental y media, incluyendo la disciplina “constitucional”. El objetivo es que niños y adolescentes, entre 6 y 17 años, conozcan y aprendan en la escuela, los derechos y deberes ciudadanos inscritos en la Constitución Federal.

Para el diputado: “aulas de direito constitucional, noções do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e reforço dos valores morais e cívicos da sociedade. Esses assuntos devem ser obrigatoriamente tratados em sala de aula²”. Cabe acotar, que concordamos plenamente con estas ideas y por ende elogiamos la propuesta. Es preciso comprender que el cambio comienza en la escuela, o nunca ocurrirá.

Otra acción que consideramos digna de todo aprecio es la elección de concejales juveniles realizada en diferentes localidades de Brasil,

² Disponible en <http://noticias.r7.com/brasil/romario-quer-aulas-de-direito-constitucional-para-jovens-nas-escolas-16042014>. Acceso el 10 nov. 2014.

la cual tiene como objetivo contribuir a la formación de ciudadanos conscientes, conocedores de sus derechos y deberes, y capacitados para comprender, innovar y transformar políticamente su realidad. En las ciudades donde dicho proyecto es aplicado, estudiantes de enseñanza fundamental son seleccionados y electos por sus escuelas. Sus actividades implican, hacer propuestas, defender sus derechos y posiciones, elaborar discursos, polemizar sobre situaciones diversas, e incluso, sus proyectos son votados siguiendo las normas y reglas de una sesión ordinaria. De esta manera, niños y jóvenes ejercitan la ciudadanía y participan activamente en la elaboración, discusión y aprobación de leyes de interés comunitario. Durante su mandato, el concejal juvenil es el encargado de la comunicación entre la Cámara Municipal y su respectiva escuela, así como de la divulgación de los resultados legislativos que involucren a la comunidad donde tiene residencia.

Estas dos iniciativas se destacan por ser particularmente excepcionales y no reflejar esa situación general que infelizmente deja en evidencia la negligencia hacia la ética, y que demuestra más bien una pérdida de la esencia que capitula ante valores distorsionados e inexistentes.

Recientemente (noviembre de 2014) una investigación realizada por la Fundación Getulio Vargas para el Foro Brasileiro de Seguridad Pública³ reveló que aunque 32% de la población confía en el Poder Judicial, 57% piensa que “há poucos motivos para seguir as leis do Brasil”. Otro dato del mismo estudio indica que 81% de los brasileros concuerdan con la afirmación de que es “fácil” desobedecer las leyes, mientras que el mismo porcentaje comparte la percepción de que siempre que es posible, los brasileros escogen “dar um jeitinho” en lugar de cumplir cabalmente con las leyes.

Estos datos, claramente evidencian la ruptura que existe entre los ciudadanos y las instituciones públicas ligadas a la Justicia. Las causas de este quiebre se hacen visibles en hechos como el caso de José Dirceu. Tan sólo nueve días fueron suficientes para que el ex-ministro del entonces presidente Luiz Inácio Lula da Silva: José Dirceu –procesado

³ Disponible en <http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2014/11/10/desobedecer-as-leis-e-facil-para-81-dos-brasileiros.htm>. Acceso el 10 nov. 2014.

por el escándalo de corrupción conocido como “Mensalão” – obtuviese el derecho de pasar para régimen abierto. Esto no es proceso típico de la Justicia brasilera, cuando ésta puede demorar hasta seis meses para marcar una audiencia de pensión alimenticia. Y no es que se esté discor dando con la rapidez de la decisión, lo cuestionable es que tal agilidad no sea implementada en todos los procesos judiciales. En este caso, el poder político definió la prioridad del caso y de esa manera fue atendido.

Situaciones como éstas se reflejan en el ánimo de la población y el descontento sale a relucir en investigaciones como la mencionada anteriormente. Lo que hace más urgente internalizar la importancia de educar en ética y fomentar relaciones de respeto entre los seres humanos. Pero no se trata sólo de enseñar ética, sino también de adoptarla y practicarla cada día, pues el ejemplo tiene más fuerza que la palabra. En caso contrario la población no encontrará motivos para creer que vale la pena luchar por el mantenimiento de los valores éticos en todo momento, en todo lugar y en todos los aspectos de la vida y concebirá su incumplimiento como algo inherente a la misma sociedad.

Desde una perspectiva histórica, tenemos que la ética surgió en la antigua Grecia como parte de la doctrina de la virtud total. Para Sócrates –considerado el padre de la ética– bastaba conocer la bondad para ser bueno, mientras que para Platón la ética estaba más asociada a una vida simple, y se encontraba en una ciudad igualitaria gobernada por un poder central. Finalmente, para Aristóteles, la ética brotaba para contener las imperfecciones y limitaciones del ser humano, guiándolo por el camino del bien.

Para Friedrich Hegel (1770-1831), filósofo alemán y uno de los creadores del idealismo absoluto, la ética tiene origen en el mundo de los valores y los hábitos. Como explica Romano (2008)⁴:

Hegel parte da seguinte ideia: a ética não é de todo livre para os indivíduos de uma sociedade existente, histórica. Os indivíduos

⁴ ROMANO, Roberto. *Política e valores*. Disponible en <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:AXPgZvq8REcJ:www.sescsp.org.br/sesc/images/upload/conferencias/22.rtf+a+%C3%A9tica+de+hegel&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acceso el 11 nov. 2014.

nascem num tempo e num espaço definidos e num coletivo cujos valores se expressam em hábitos comuns, não pertencentes apenas a esta ou aquela pessoa singular. O ethos grego é traduzido por Hegel com a palavra *Gewohnheit*, hábito, que não se exerce na invível consciência individual mas numa sede (*Sitz*) comum a muitos indivíduos. A ética é o modo pelo qual muitos indivíduos agem em comum com os mesmos padrões de comportamento, desde os corporais até os espirituais.

Si admitimos como correcta la idea hegeliana de que *“ética é o modo pelo qual muitos indivíduos agem em comum com os mesmos padrões de comportamento, desde os corporais até os espirituais”*; se vuelve más imperativa la necesidad de transformar los valores y las prioridades que rigen a la sociedad contemporánea. De no ser así, el modelo actual, depredador e individualista, seguirá siendo reproducido por las generaciones venideras.

Invertir ese proceso es fundamental, siempre y cuando se apunte por una ética que tenga como bases la defensa de la vida y las relaciones solidarias y pacíficas. Esa nueva postura ante la vida debe partir de los valores de conciencia, libertad y responsabilidad. Esto nos lleva a reflexionar sobre las palabras del teólogo brasileiro Leonardo Boff, expadre de la Iglesia Católica y uno de los fundadores del ala progresista de la Iglesia en Brasil, quien estando a favor del *“nascimento de uma ética planetária”*, explicó⁵:

A ética surge a partir do modo como se estabelece a relação com estes diferentes tipos de outro. Pode fechar-se ou abrir-se ao outro, pode querer dominar o outro, pode entrar numa aliança com ele, pode negar o outro como alteridade, não o respeitando, mas incorporando-o, submetendo-o ou, simplesmente, destruindo-o. De todas as formas, o outro representa uma proposta que reclama uma resposta. Deste confronto entre proposta e resposta surge a responsabilidade. Ao assumir minha responsabilidade ou demitir-me dela, faço de mim um ser ético. Dou-me conta da consequência

⁵ BOFF, Leonardo. *O nascimento de uma ética planetária*. Rio de Janeiro: Editora Garamond, 2002.

de meus atos. Eles podem ser bons ou ruins para o outro e para mim. O outro é determinante. Sem passar pelo outro (que pode ser eu mesmo), toda ética é antiética.

Al final, como expresa el escritor francés: Anatole France (1844-1924) cuando se refiere a la miseria, y no sólo a la miseria de tipo material: *“Todas as nossas misérias verdadeiras são íntimas e causadas por nós mesmos. Acreditamos erradamente que elas vêm de fora, mas as formamos dentro de nós, da nossa própria substância”*⁶.

Esta contundente afirmación nos conduce nuevamente al marco inicial y punto de partida para la construcción de nuevas interrelaciones: la educación. En defensa de esta postura, conseguimos refuerzo en las palabras del educador brasileiro Paulo Freire (2006)⁷ quien traduce de forma brillante nuestro pensamiento:

Não é possível pensar os seres humanos longe, sequer, da ética, quanto mais fora dela. Estar longe ou pior, fora da ética, entre nós, mulheres e homens, é uma transgressão. É por isso que transformar a experiência educativa em puro treinamento técnico é amesquinhar o que há de fundamentalmente humano no exercício educativo: o seu caráter formador. Se se respeita a natureza do ser humano, o ensino dos conteúdos não pode dar-se alheio à formação moral do educando.

Sin embargo, esta transformación del enfoque educativo —no sólo en Brasil, sino en el mundo entero— sólo será posible a partir de otro cambio, mucho más amplio, que implica la renovación de la concepción que la humanidad tiene sobre la vida, sus valores y el otro. Conceptos que encontramos en la filosofía holística y que pueden fortalecer las bases para la construcción de sociedades transculturales y éticas. Es decir, una educación pautada en valores, construida a partir de relaciones más justas, democráticas y solidarias.

⁶ FRANCE, Anatole. *Anatole France*. Disponible en: http://www.pensador.info/autor/Anatole_France/. Acceso el 11 nov. 2014.

⁷ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. 43. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

El movimiento holístico quiebra muchos paradigmas y de acuerdo con el filósofo surafricano Jan Smuts⁸, una de las alteraciones más significativas es que: *“o conceito mecanicista da natureza tem o seu lugar e a sua justificação apenas na estrutura mais ampla do holismo”*. Es decir, al contrario de la visión fragmentada newtoniana-cartesiana del mundo, para el holismo el todo está siempre ligado a las partes, produciendo interacciones constantes. Y dicha fragmentación también puede ser entendida como fronteras del mundo material que separan y dividen, obligando a una visión más atomizada del universo. Esas fronteras son las nacionales, económicas, religiosas, de conocimiento, las que existen entre el humano y la naturaleza, las interpersonales, e incluso las que se materializan a partir de la visión sujeto-objeto.

El objetivo del holismo es ir más allá de estas dualidades que dividen y desagregan el ser humano e ir al encuentro (interior y después materializado) de una comprensión total de todas las manifestaciones de vida en la Tierra; comprensión que sólo será viable a partir del entendimiento de la sinergia existente entre el todo y todos. Así, el holismo actúa como un constructor de puentes (similar a la bioética) entre los fragmentos, intentando reunificar y reagrupar todo lo que fue separado de manera forzada por la sociedad a partir de creencias y paradigmas distorsionados sobre qué es la vida y la razón del surgimiento de este planeta. Hoy es el momento para este cambio, pues como sabiamente afirmó el filósofo dinamarqués Kierkegaard (1813-1855) *“a vida só pode ser compreendida olhando-se para trás; mas só pode ser vivida olhando-se para frente”*.

Debemos observar atentamente nuestras fallas y buscar, dentro de esta forma de concebir el mundo, las respuestas que nos guíen hacia nuevas concepciones que impacten y produzcan transformaciones profundas, no superficiales. Las nuevas generaciones resultan de las acciones presentes y si seguimos regidos por el individualismo y atados al “poseer” en vez de al “ser”, las perspectivas a futuro son trágicas, y no hay en esa afirmación ninguna exageración dramática, se trata sólo de una constatación obvia e inequívoca.

⁸ *Ideias iniciais da educação holística*. Disponible en: <http://www.uepg.br/corpo/texto01.htm>. Acceso el 11 nov. 2014.

La crisis moral y ética, tan propia del tiempo presente, exige la quiebra del tabú de la objetividad. La reducción del sujeto a objeto ha sido una inversión fatal que ha significado la pérdida de la noción del valor y del poder de la interioridad. Es preciso colocar el alma en las matriculas escolares para alejar la indiferencia en torno al otro y acabar con el preconceito hacia aquello que se muestre diferente a nosotros. Si el manto de la invisibilidad continúa cubriendo a nuestro prójimo será imposible revertir el proceso degenerativo de las relaciones humanas.

Como explica la profesora del Departamento de Educación de la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro (PUC-Rio) y miembro de la ONG Novamerica y de la Red Brasileira de Educación en Derechos Humano: Vera Lucia Candou, se deben tomar acciones fundamentales para educar a los niños y jóvenes dentro de una filosofía de educación para la paz. Para ella⁹:

A paz que se deve construir não é aquela que vai negar os conflitos, as tensões, os grandes desafios, mas é a que aposta sempre na negociação. É possível, sim, enfrentar todos os conflitos por outra via, que não seja a da guerra. Não construiremos a paz se não nos desarmarmos das nossas armas materiais, mas também se não desarmarmos nossos espíritos, nossos sentimentos, tudo o que há em nós de negação do outro, de não-reconhecimento, de prepotência, de exclusão dos “diferentes”. É isso que chamo de educar para a paz.

La paz es un proceso de construcción permanente. Nunca llegará el día en que sea innecesario cultivarla o intentar preservarla. Ella se mantiene por medio de las acciones cotidianas y de la consciencia del ser humano. La paz es consecuencia del compromiso que cada individuo tiene con la vida del planeta.

Cuando el patrimonio cultural de la humanidad es destruido, como viene ocurriendo de forma sistemática y permanente en países como Afganistán e Irak; cuando los gobernantes brasileiros no consiguen ser efectivos para detener la deforestación en la Amazonia; o

⁹ TAVARES, Marcus. *Em defesa da educação para a paz*. Disponible en <http://www.anj.org.br/jornaleeducacao/biblioteca/entrevistas/em-defesa-da-educacao-para-a-paz>. Acceso el 11 nov. 2014.

cuando en países como la India las mujeres y niñas continúan a merced de la violencia, en pleno siglo XXI, se tiene que reconocer que dicho compromiso no está siendo cumplido o, al menos, se encuentra lejos de las demandas sociales reales.

La beligerancia, al contrario de la paz, obstaculiza el crecimiento, limita las ideas, y castra los vuelos más plenos en busca del horizonte que todos tenemos derecho a disfrutar y el deber de garantizar. A diferencia de lo que puede parecer, el comportamiento bélico no es el camino más corto para conquistar lo que se desea. Esta premisa, usada para justificar hostilidades en todos los niveles y etapas de la vida, es uno de los mayores equívocos en los cuales el ser humano ha podido incurrir.

Reproducimos aquí una historia que parece muy conveniente para ilustrar las ideas defendidas en este artículo: Érase una vez tres amigos que pescaban en un río en el medio de un inmenso bosque. De repente, uno de ellos notó que un niño había caído dentro del río; inmediatamente paró de pescar y fue a socorrerlo. Después del rescate, continuó con su pesca. Pero en seguida notó que dos nuevos niños habían caído en el río. Una vez más dejó la pesca y gritó a sus otros dos amigos para que fueran a ayudarlo.

Sin embargo, sólo uno de ellos atendió a su llamado, mientras que el otro continuó con su pesca. Después de socorrer a los dos niños, los rescatistas regresaron para seguir pescando. Pero, al poco tiempo, observaron que seis niños habían caído dentro del río. Ahora los dos amigos llamaron al tercero para que les ayudara a rescatarlos, pero este nuevamente no vino.

Intrigados, los dos amigos preguntaron ¿por qué razón él no había ido a ayudarlos? A lo que éste contestó categóricamente: en cuanto ustedes dos se ocupaban de rescatar a los 6 niños, yo fui a investigar de dónde venían y por qué estaban cayendo. Así, mientras los dos amigos se encargaban de salvar la vida de los que cayeron, el tercero indagaba por los motivos. Al llegar a la fuente y erradicar las causas, éste podía evitar que otros niños siguieran cayendo¹⁰.

¹⁰ Fonte da história: <http://www.evirt.com.br/desafio/cap15.htm>. Acceso el 11 de nov. 2014..

Son inocuos los reclamos, lamentos, y revueltas con este o aquel sector de la sociedad. Evidentemente todos somos responsables por el cuadro general que se presenta. Por lo tanto, palabras de rebelión y amargura son tan inútiles como medidas paliativas, exceso de leyes y clamor por venganza. Todo esto sólo contribuye a consolidar ese círculo de desequilibrio y distancia; de incomprensión e invisibilidad con respecto al otro. Si es invisible para mí, simplemente no existe, y si él no existe ¿por qué necesitaría preocuparme por él?

La humanidad ansía la paz. Aunque ese sentimiento no pueda ser palpado con nitidez, existe un cansancio ante tanta belicosidad; en lo cotidiano, en las relaciones internacionales, en la política, la economía, en todas las esferas de la vida humana. Se trata de una cuestión de sobrevivencia; el ser humano consciente o inconscientemente siente que la paz es un estado esencial para su continuidad, el cual se pone en riesgo a medida que aumenta la sofisticación permanente y acelerada de las fábricas de armas.

Sin embargo, la paz no podrá ser vista como una posibilidad viable, mientras no se detenga este proceso de deterioro de valores y la pérdida consecuente de la esencia humana. Esto nos conduce a insistir en la importancia de enseñarles a nuestros niños a sentirse incomodados con la violencia cotidiana, evitando así, que carguen con ese modelo belicoso de convivencia social durante toda su vida. Las nuevas generaciones deben comprender que no es necesario estar “armado” y siempre a la “defensiva” para alcanzar sus objetivos. Por el contrario, deben concientizar que dicha elección tiene un alto precio y las pérdidas pueden llegar a ser incalculables. No vale la pena. Y no porque el profesor o los padres lo digan; sino porque ellos hayan desarrollado la capacidad de divisar la acción correcta a partir de los valores que le han sido inculcados. Estos elementos no llegaran a los niños y adolescente a través de los medios de comunicación social; los “mass media” más bien estimulan una erotización precoz, desvirtuando los valores éticos y morales necesarios para hacer crecer la conciencia en ciudadanía y sin ningún tipo de preparación para enfrentar este mundo de transformaciones constantes que exige una postura, cada vez, más activa y ética por parte de los individuos.

Finalmente, abogamos por multiplicar esfuerzos en favor de la distribución equitativa del conocimiento. Las investigaciones conducidas hacia el bien de la humanidad deben realizarse en conjunto y no ser un privilegio sólo de los países de mayor poder económico e intelectual, lo que ya, de por sí, representa una forma de exclusión. Los descubrimientos deben ser compartidos entre todos los países y ser colocados por encima de cualquier interés que no sea el de mejorar la calidad de vida de todos los individuos.

Es necesario iniciar hoy nuestro proceso de transformación hacia mejores individuos; más íntegros, más éticos y unidos en la lucha por una vida más adecuada para la humanidad. Sólo así los que vendrán podrán recibir de nuestras manos un mundo mejor.

Este artículo, en esencia refleja un intento por plantar “semillas” de inquietud, y promover acciones dirigidas a la transformación interior y concientización como una responsabilidad compartida por cada uno de nosotros. Concluimos con una fábula que nos puede ayudar a reflexionar sobre estos temas, e incluso reforzar la propuesta presentada en este estudio: la paz es posible si todos asumen este compromiso, comenzando por los educadores.

Los dones de Dios

Un día, un hombre entró a una tienda y, estupefacto, vio un ángel detrás del mostrador.

Maravillado con aquella visión, preguntó: “Ángel ¿qué vendes?”

El ángel respondió: “Todos los dones de Dios.”

El hombre preguntó: “¿y son caros?”

El ángel contestó: “No, son gratis. Sólo tienes que escoger”.

El hombre muy feliz comenzó a mirar toda la tienda; vio jarras de vidrio colmadas de fe, paquetes de sabiduría, cajas de felicidad... No conseguía creer que podía adquirir todo eso.

Por favor –le dice al ángel– empaque para mí, bastante amor de Dios, abundante felicidad, mucho perdón, amor al prójimo, paciencia, tolerancia...”

El ángel anotó el pedido y fue a separar los productos. Al regresar, le entregó unos pequeños paquetitos que apenas ocupaban la palma de su mano. Sorprendido el hombre preguntó:

¿Cómo puedes darme tan sólo esto? Yo quiero llevar una gran cantidad de dones Dios.

El ángel respondió: “Querido amigo, en la tienda de Dios no vendemos frutos, sólo semillas”.

Bibliografía

ALVES, José Augusto Lindgren, *A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Ftd., 1997.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2008.

BOBBIO, NORBERTO. *O Futuro da Democracia*. Trad.: Março Aurélio Nogueira. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOLADERAS y CUCURELLA, Margarida. *Libertad y tolerancia: éticas para sociedades abiertas*. Barcelona: Publicacions Universitat de Barcelona, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRANCO, Marcello Simão. *Democracia na América Latina: os desafios da construção*. São Paulo: FAPESP, 2007.

CANOTILHO, J.J.Gomes . *Manual de Direito Constitucional*. v. 4. Lisboa: 1987.

CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social*. São Paulo: Vozes, 1995.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

COVRE, Maria de Lourdes Manzini (org.). *A cidadania que não Temos*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

CUNHA, Paulo Ferreira da. (org.). *Teoria do Estado Contemporâneo*. Lisboa: Verbo, 2003.

DAHRENDORF, Ralf. *Sociedade e Liberdade*. Trad. de Vamireh Chacon. Brasília: Brasília Editora Universidade de Brasília, 1981.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

FLÓREZ-VALEZ, Joaquín Arce y. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. 43. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

FRIDMAN, George; NAVILLE, Pierre. *Tratado de Sociologia do Trabalho*. São Paulo: Cultrix, 1973.

FROM, John. *Cultural Studies and Cultural Value*. Inglaterra: Oxford, 1995.

GALLO, Silvio. *Modernidade/pós-modernidade: tensões e repercussões na produção de conhecimento em educação*. In: Revista Educação e Pesquisa, São Paulo: Ed. FEUSP, v.32, n.3, p. 551-565, set./dez. 2006.

GARCÍA OVIEDO, Carlos. *Tratado Elemental de derecho social*. Madrid: EISA, 2003.

GRANDOV, Balldomero; BASCARY, Miguel Carrillo. *Cicatrices. Dano estético y derecho a la integridad física*. Rosario: Editorial Faz, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

HERKENHOFF, João Baptista. *Cidadania Para Todos*. Rio de Janeiro: Thex Editora Ltda, 2002.

HOBSBAW, Eric. *A Era dos Extremos – O breve século XX – 1914 – 1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *El derecho internacional contemporáneo*. Madrid:Tecnos, 1980.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1985.

MONTESQUIEU, Charles de. *L'Esprit des lois*. Paris: European Libraries, 2000.

POZZOLI, Lafayette. *Cultura dos direitos humanos*. In Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal. a. 40. nº. 159. Jul/Set. 2003.

ROULAND, Norbert: *Nos Confins do Direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003.

SANCHES DE LA TORRE, Angel. *Los principios clásicos del derecho*. Madrid:Union Editorial, 1975.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1. ed. 1982.

SORJ, Bernardo. *A democracia inesperada: cidadania, direitos humanos e desigualdade social*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controlo jurídico do poder público*. Lisboa: Cosmos, 1996.

ZVIRBLIS, Alberto Antonio. *Democracia Participativa e Opinião Pública*. São Paulo: RCS Editora, 2006.

O DIREITO DE DEFENDER A POSSE SEM O DIREITO DE PROPRIEDADE¹

Vinicius Silva Lemos

1 Introdução

A sociedade é interligada ao direito de propriedade. O mundo na maneira em que conhecemos os indivíduos tem relação intrínseca com coisas, com objetos, com bens móveis e imóveis. Não há vida, individual ou coletiva, numa mundo social que não esteja interligada dessa forma.

Essa relação homem/coisa está presente em praticamente todas as espécies de sociedade e conseqüentemente também sobre os seus ordenamentos jurídicos. Se não há vida sem ter objetos para chamar de seu, necessário se faz uma regulamentação dessa relação, tornando-a positivada e realmente jurídica de todas as formas.

Para essa espécie de direito, o chamado Real, delimita-se a forma e regramentos da relação das pessoas, não mais entre si como nos direitos pessoais, mas com um objeto e com a forma jurídica e plena em que esse direito nasce e se perpetua. Não é uma relação fácil de externar, onde se visualiza a autonomia das vontades como em relações pessoais.

Os direitos reais de propriedade perfazem uma relação complexa onde de um lado uma pessoa e de outro um bem inanimado, desprovido de vontade ou de autonomia, a serviço do seu proprietário e concretizando a relação jurídica.

Porém, os direitos consagrados como reais são de forma *numerus clausus*, especificados de forma limitada em lei, não existe autonomia

¹ Artigo apresentado ao Professor Dr. Carlos Clerc referente à disciplina Derechos Reales.

pessoal para se criar novos direitos sem previsão e descrição legal. São direitos reais no ordenamento brasileiro: a propriedade; a superfície; as servidões; o usufruto; o uso; a habitação; o direito do promitente comprador do imóvel; o penhor; a hipoteca; a anticrese, a concessão de uso especial para fins de moradia; a concessão de direito real de uso

Quando um indivíduo tem um desses direitos reais, o direito de ter a coisa é pleno e evidente, entretanto é com a posse que se exterioriza a relação entre o homem/coisa. A posse não está determinada como direito real, mas faz parte da utilização, da comprovação deste direito e a ele está interligado.

Estudar a posse se torna necessário para se saiba qual a sua influência diante do direito da propriedade e ainda como a defesa do direito de propriedade pode se confundir com a defesa da posse.

2 Posse

A posse é um instituto com natureza jurídica indefinida, mas com total interligação com o direito de propriedade. Não representa o direito de propriedade, mas é intrínseco como forma de externar a relação entre a coisa e a pessoa, tornar público o “estar com a coisa”.

A sua disposição no texto legal passou por várias etapas até chegar ao ordenamento brasileiro a se estabelecer como no Artigo 1196 do Código Civil:

Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Pela descrição do artigo em questão, o possuidor se caracteriza pelo exercício pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade. Para se exercer a propriedade plena se faz necessária conjunção de 04 (quatro) direitos ou poderes: usar, gozar, dispor e reaver.

A definição legal da posse coloca que se uma pessoa está com um dos poderes inerentes à propriedade, possuidor se tornará.

Caio Mario da Silva Pereira conceitua o instituto da posse no mesmo sentido ao definir como a “*exteriorização da conduta de quem procede como normalmente age o dono*” (2003, pg. 17). A relação possuir/coisa estabelece para os demais um efeito de se confundir as características do possuidor com as características do proprietário justamente pela exteriorização da relação.

A conceituação de posse é uma definição de diversos direitos e fatos e que não encontra uma forma definida pela doutrina ou pelo próprio direito, necessitando ainda de se estabelecer qual seria sua natureza jurídica.

Com diversas posições e indefinições sobre posse, Silvio de Salvo Venosa admite que a Posse é “*o instituto mais controvertido de todo o direito, não apenas do direito civil*” (2002, pg. 41). Tamanha a necessidade de se definir e tamanha a dificuldade de se chegar numa conclusão.

2.1 Das teorias da natureza jurídica da posse

Não se consegue chegar a um consenso sobre a forma mais correta de se definir a natureza jurídica da Posse, qual o seu início dentro do direito, bem como a sua função desde o seu nascimento.

Para Savigny, a posse é encarada como um fato, que exterioriza a relação indivíduo com a coisa e por ter o *animus* passa a ter reflexos jurídicos, de forma posterior. A posse seria uma circunstância de fato, consolidando uma relação, para após dar efeitos jurídicos a esta. Uma sequência cronológica que colocaria uma

Para Ihering, a posse não seria um fato, seria sim, primordialmente um direito, nascendo em sua essência como algo já jurídico, não ganhando através do caminho esta capacidade. O fator jurídico da posse já nasce com a relação exterior do indivíduo com a coisa, com o bem.

Mesmo Ihering sendo uma oposição clara à ideia de posse realizada por Savigny, presta-lhe homenagens em colocar como evolução da forma de se pensar posse, ou seja, admite que não seria possível chegar aos seus estudos sem a brilhante obra de Savigny.

Explicando Savigny, Marcus Vinicius Rios Gonçalves expõe que *se a detenção é o fato físico correspondente ao fato jurídico da propriedade, o animus possidendi não pode ser outra coisa que a intenção de exercer o direito de propriedade.* (2008, p. 13.) Haveria necessariamente um animo de ser dono ou de se representar exteriormente como proprietário.

Realizando o contraponto, Maria Helena Diniz pondera sobre a “teoria objetiva, de Ihering, por sua vez, entende que para constituir a posse basta o corpus, dispensando assim o animus e sustentado que esse elemento está ínsito no poder de fato exercido sobre a coisa.” (2002, p.36)

Não haveria uma necessidade da posse se formar como um fato e somente após adquirir uma forma jurídica. Neste ponto, a posse é um direito, nasce como direito e se portar desde o primeiro momento dessa forma, garantindo desde o início da relação pessoa/coisa reflexos jurídicos relativos à posse.

2.2 Posse como direito real?

A forma com que a posse nasce juridicamente e estabelecem direitos e relações não somente entre o indivíduo e a coisa, bem como perante terceiros, cria a seguinte indagação: a posse se enquadra no direito como um direito real?

A doutrina claramente se divide nesta questão por uma razão bem clara, a estipulação de direitos reais de propriedade são de forma *numerus clausus*, em maneira taxativa que não comportaria interpretação sobre qual direito seria real de propriedade senão aqueles determinados pelo legislador civilista.

Para muitos a posse por representar uma relação ao exterior entre o indivíduo e a coisa seria parte dos direitos reais, por mais que o legislador não há tenha inserido como tal, seria um mero detalhe sobre a taxatividade e não sobreporia a própria existência da posse e seus efeitos.

O mais adequado dentro de uma posição ortodoxa seria imaginar uma relação da pessoa com a coisa, sem a forma de domínio como um direito pessoal onde a pessoa se relaciona com o bem.

Ainda há uma visão aglutinadora, conforme Clóvis Bevilacqua expõe em obra clássica:

Exercício de fato de um poder é o exercício que não se funda em um direito. A posse, considerada em si mesma, funda-se em um mero fato e se apresenta como estado de fato; mas uma vez firmada, nela a ordem jurídica, em atenção à paz social e à personalidade humana, respeita o que ela apresenta ser, reconhece o jus possessio-nis, o direito de posse, que os interditos defendem. Eis a explicação desta forma especial do direito. É um interesse, que a lei protege; portanto é um direito. (1956, p.39)

Uma conjunção de direitos sem uma definição exata, porém de extrema importância, não se podendo enquadrar com as formas normais dos direitos civis, como reais, pessoais etc. Dessa forma, o que importa seria a visão importante e imponente como um direito especial.

3 Ações possessórias

A posse como já vimos é a exteriorização da relação homem e coisa, e assim, a forma de visualização para os demais da sociedade. Não importa necessariamente que o possuidor tenha ou não relação de propriedade com a coisa.

A relação jurídica existente pela posse já cria vínculo suficiente entre o possuidor e a coisa, mesmo que esse vínculo seja frágil em relação ao proprietário, ele continua para o possuidor e ainda persistem em relação aos demais membros da sociedade.

Dessa forma, quando um possuidor tem a necessidade de defender a sua posse contra um terceiro, que atenta contra o seu direito de possuidor, este pode, via meios judiciais, se defender de maneira a garantir a continuidade da posse, seja por existir ameaça, esbulho ou turbacão.

Para isso, existem as ações possessórias previstas no Código de Processo Civil, que visam exatamente proteger e garantir a posse para o seu real possuidor. Visa discutir-se posse e tão somente posse.

3.1 Titular do direito de defesa possessória

Para se defender a posse é necessária a comprovação de existência da posse, não há como se falar em defesa da posse sem pensar que para isto, precisa-se que a pessoa não somente detenha a posse, mas que faça a sua devida comprovação.

Não há a necessidade de se comprovar propriedade para defesa possessória, justamente pelo fato de que a ação possessória não discute propriedade, a causa de pedir referente a esta espécie é somente e tão somente posse.

O direito de defesa da posse está disposto no próprio Código Civil de 2002, em seu artigo 1210, conforme abaixo:

Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

Assim, o titular da defesa da posse sempre será o possuidor e não necessariamente quem detém a propriedade. Claro que um proprietário que também detém posse, poderá reivindicar via ação possessória a manutenção ou reintegração de sua posse, porém, como a própria causa de pedir demonstra, há a necessidade de existência de posse para tanto.

A própria disposição legal sobre a posse se coloca em forma de defender a posse, não necessariamente uma relação petitória.

3.2 Das ações possessórias em espécie

O legislador processual brasileiro imaginou que a defesa da posse necessita não somente ações especiais e com ritos próprios, o que por si só já demonstra o ar de especialidade que a matéria necessita. As ações possessórias em geral perfazem esse sentimento e ainda, em caráter mais específico, houve a busca por delimitação clara para cada situação possessória diferente para se tenha uma ação correspondente de forma clara.

A positivação do direito processual sobre a posse buscou estabelecer que cada situação possessória terá uma ação correspondente. Caso haja uma possibilidade de ameaça, uma sapiência de uma iminência já abre a adequação ao Interdito Proibitório. Já uma turbação, uma ameaça real à sua posse, que traz intranquilidade ao possuidor traz a correspondência da Ação de Manutenção da Posse e a mais complexa ocorre quando já se sofreu a perda da posse, o esbulho e necessita de uma busca da Reintegração da Posse. Três formas diferentes para a proteção da posse, formas de se buscar a medida exata para cada situação, tendo o remédio jurídico exato para cada espécie de ameaça.

3.2.1 *Interdito proibitório*

O direito processual brasileiro inova ao pensar que a posse pode ser ameaçada, não necessariamente por uma tentativa real, mas por uma iminente possibilidade de que haja a tentativa real.

No artigo 932 do Código de Processo Civil, há a previsão de ação de cunho preventivo em se buscar de forma antecipada já assegura a defesa da posse. Vejamos:

Art. 932. O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito.

Aqui a busca é pela tutela inibitória, uma forma de defesa da posse em algo que ainda não teve o acontecimento, mas se tem uma possibilidade real de que se realize a turbação ou o esbulho.

Se há ciência da uma ameaça de tal porte, não haveria a necessidade de se esperar que uma possibilidade se torne uma realidade, com o interdito proibitório o possuidor antecipadamente já pode defender a sua posse de ameaça futura.

3.2.2 *Manutenção de posse*

A ação específica para quem sofre a turbação, a ameaça real, a moléstia que não logrou êxito em conseguir tomar a posse, mas foi tentada em acontecimento real, é a Manutenção de Posse.

Esta ação está delimitada no artigo 926, conjuntamente com a ação Reintegração de Posse. Vejamos:

Art. 926. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho.

A posse foi ameaçada neste caso, não de forma total, posto que o pedido é a forma de se manter legalmente com a posse do bem. A turbação segundo Orlando Gomes “*há de ser real, isto é concreta efetiva, consiste em fatos*”. (2002, p. 63). Não basta mera alegação de turbação e sim que ela de fato tenha acontecido, bem como se comprove a sua concretude.

3.2.3 *Reintegração de Posse*

Já a ação de Reintegração de Posse há a necessidade de que o possuidor tenha perdido a posse em si, que tenha ocorrido o Esbulho, que seria a perda total da posse por moléstia injusta.

O esbulho sempre terá como consequência a perda total da posse contra qualquer vontade do possuidor. Frisa-se que não há vontade de deixar a posse, mas há moléstia, contrariedade contra o possuidor, que é retirado da posse.

A ação em que se busca em que se discute esbulho é busca de ser reintegrado na posse. Por óbvio que este possuidor esbulhado terá que comprovar não somente que detinha a posse, bem como que por causa de um ato ilícito do esbulho perdeu a posse. Há de ter nexo de causalidade sobre o ato praticado e a perda da posse.

A previsão legal da ação de Reintegração de Posse é a mesma da ação de Manutenção na posse, o Artigo 926, do Código de Processo Civil.

3.2.4 *Da fungibilidade das ações possessórias*

O intuito primordial das ações possessórias recai justamente no direito de defesa da posse. A própria previsão legal de ações específicas sobre posse demonstra a preocupação do legislador processual com a matéria. Seja pela função social em que é inerente aos imóveis, seja pela própria relação jurídica existente pela posse.

Se o principal motivo da especificação de ações para cada situação da posse onde se diferencia por existência de ameaça, turbação ou esbulho, não há que se colocar óbice no recebimento inicial da ação se esta for enquadrada processualmente em situação diferente do que a realidade dos fatos.

Art. 920. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados.

Pela fungibilidade existente nas ações possessórias há sempre a possibilidade do Juízo, ao realizar a análise perfunctória da inicial poderá aceitar uma demanda por outra, adequando aos fatos e aos pedidos, independente do que se tenha de errado em relação à realidade e peça processual.

3.2.5 *Da natureza dúplice das ações possessórias*

Pelo Código de Processo Civil Brasileiro, as ações possessórias tem um caráter dúplice, não havendo a necessidade de uma resposta do réu como a Reconvenção para se tenha um pedido contraposto, no próprio corpo da peça contestatória.

O artigo 922 da referida codificação citada dispõe sobre essa possibilidade:

Art. 922. É lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização

pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor.

Não há a necessidade de se intentar uma resposta do réu somente para se propuser o pedido, exatamente pelo sentido de que ao se decidir a posse por um, claramente está se mantendo a posse pelo outro, podendo inclusive pelo pedido contraproposta pedir indenização ainda pelos prejuízos ali causados.

Diferentemente das ações normais que o efeito do pedido do autor é somente de forma positivo ou negativo, não transformando essa resposta em benefício inverso ao réu, à tutela jurisdicional buscada na ação possessória é a manutenção ou reintegração na posse, o que leva ao Juízo para que consiga prestar a tutela neste caso, ao decidir necessariamente determinar quem ficará com a posse, já atribuindo um caráter subjetivo que atinge ambas as partes da lide de forma a não somente se buscar a procedência ou improcedência em si, mas também o resultado da posse para uma das partes automaticamente já configura na perda da posse ou do direito deste à outra.

4 O direito de defender a posse mesmo sem o direito de propriedade

Posse não se confunde com propriedade. São direitos diferentes entre a relação homem e coisa. Apesar de poder ter a sobreposição da posse bem como da propriedade em relação a coisa e assim subsistirem ao mesmo tempo jurídico, não se pode confundir os dois direitos como somente um.

Mesmo sem a propriedade, o possuidor tem relação direta com a coisa, com o bem em questão e tem assim reflexos jurídicos parecidos com o direito proprietário, mas com alcance diferente. Há o direito de conservar e defender a posse, iminente de qualquer possuidor, conforme define Caio Mario da Silva Pereira ao dizer “que uma pessoa, independentemente de ser ou não ser proprietária, exerce sobre uma coisa poderes ostensivos, conservando-a e defendendo-a”. (2003, p. 13).

Orlando Gomes explica que apesar do possuir não necessitar ter a propriedade, a posse tem formas essenciais de propriedade como *“qualquer pessoa é capaz de reconhecer a posse pela destinação econômica da coisa. Sua existência se atesta por sinais exteriores”* (2002, p. 22.). Assim, o possuidor terá uma relação de posse com a coisa não somente em termos de possuí-la, bem como em destinar para atividades econômicas como usar e usufruir.

Isto demonstra que para se defender a posse e todos os direitos reflexos da detenção da posse, necessita somente comprovar a posse e a sua condição melhor sobre a pessoa sobre qual se quer defender.

O direito de defender a posse recai sobre quem a detiver, independente do que se determina como relação do indivíduo com a coisa. Não se busca o mérito sobre quem detém a propriedade e sim sobre quem detém a melhor posse, qual estava com a posse e que merece ou não permanecer, manter ou ser reintegrado na posse.

Existe até a previsão legal de autotutela sobre a defesa da posse, se realizada em momento propício, conforme o parágrafo 1º do artigo 1210 do Código Civil Brasileiro de 2002:

§ 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

Notório então, o direito do possuidor de defender a sua posse. Como não há discussão sobre propriedade e domínio, por mais que haja o animo ou não do possuidor sobre esta matéria, não há necessidade de comprovação de domínio, sobre título ou qualquer documento sobre esta matéria.

Inclusive o parágrafo 2º do mesmo artigo 1210, versa sobre a prioridade provisória para a pessoa que se disser possuidora. Há de ser mantido na posse, numa ação possessória em caráter liminar provisório, quem tiver a coisa.

Art. 1.211. Quando mais de uma pessoa se disser possuidora, manter-se-á provisoriamente a que tiver a coisa, se não estiver manifesto que a obteve de alguma das outras por modo vicioso.

O direito de quem tem a posse de buscar a sua manutenção é tão solidificado, que não há a possibilidade de se influenciar pela alegação de existência de domínio. Ou seja, não se discute domínio, o mérito das ações possessórias é realmente a melhor posse, quem é o titular do direito possessório, não importando sobre a comprovação ou alegação de título petitório.

5 Considerações finais

A posse no direito brasileiro acaba por conceber um viés à teoria objetiva de Ihering em sua conceituação e posituação, porém nos desdobramentos utiliza ainda do animus e da subjetividade de Savigny.

Há no direito possessório uma clara confusão com o direito real de propriedade, não em si uma confusão jurídica, porém certa confusão em se delimitar ambos, muito mais para o indivíduo comum. Com essa confusão sobre como a posse e o direito de propriedade são direitos complementares e por diversas vezes, direitos opostos.

O estudo buscou analisar e enfatizar que essa relação propriedade e posse existem e se sobrepõe em diversos momentos, porém para se defender a posse, não há se necessita ter a propriedade. Mesmo uma posse de má-fé, poderá se defender contra um terceiro, contra um novo indivíduo que não tem relação com a coisa.

Óbvio que num primeiro momento essa defesa do possuidor será somente contra terceiros e que não se poderá defender-se contra quem detém melhor posse do que o atual possuidor. Mas, resta evidente que para se defender a coisa, a relação de posse entre o indivíduo e a coisa, não precisa de domínio, não se necessita de propriedade.

A simples exteriorização da relação individual com a coisa, com o bem já permite a quem a exterioriza, defender-se, seja contra ameaça, turbacão ou esbulho, desde que seja contra agente novo da relação.

A posse ainda, se de boa-fé, ainda pode gerar modo de aquisição de propriedade pelo decurso do tempo e sua longevidade. Assim, a posse é um direito, que já cria formas entre o possuidor e a coisa e estabelece imediatamente o principal dos direitos inerentes a ela, o direito de se defender, de manter a mesma.

6 Bibliografia

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. 4. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1956, v.1

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1998.

_____. *Novo Código Civil. Lei nº 10.403 de 10 de janeiro de 2002*. Aprova o novo código civil brasileiro. Brasília, DF, 2002.

_____. *Código de Processo Civil. Lei No 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Brasília, DF, 1973.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil* – volume III. 18ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 18. ed. aum. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº. 10.406 de 10-1-2.002). São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Dos Vícios da Posse*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira Ltda, 2008.

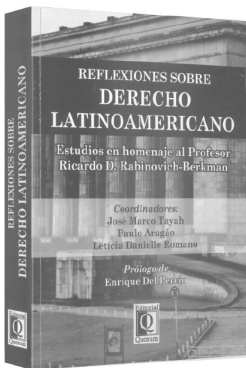
GOMES, Orlando. *Direito reais*. Forense, 2002., p. 22.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: direitos reais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 18ª Edição, 2003, p.13.

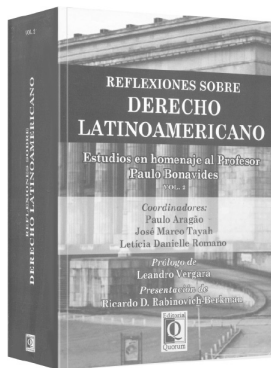
VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, vol. 5: direitos reais. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

LA COLECCIÓN

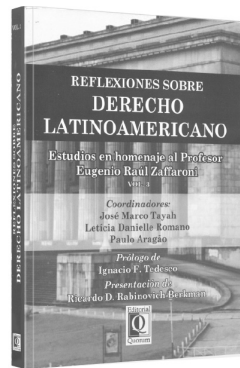
REFLEXIONES SOBRE
DERECHO
LATINOAMERICANO



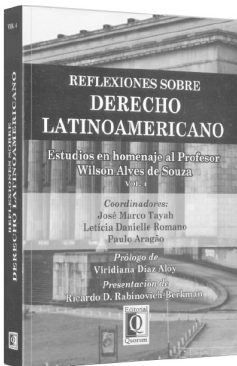
Volumen 1
Estudios en homenaje al Profesor Ricardo D. Rabinovich-Berkman
Prólogo de Enrique del Percio.



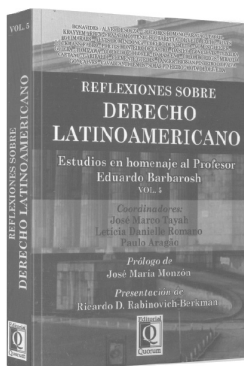
Volumen 2
Estudios en homenaje al Profesor Paulo Bonavides
Prólogo de Leandro Vergara.



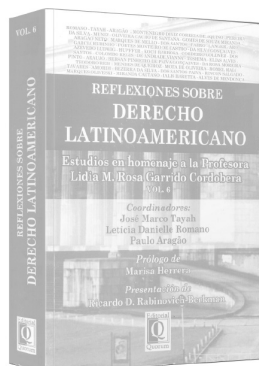
Volumen 3
Estudios en homenaje al Profesor Eugenio Raúl Zaffaroni
Prólogo de Ignacio F. Tedesco.



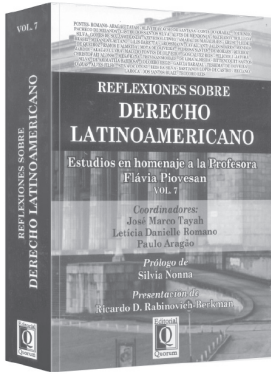
Volumen 4
Estudios en homenaje al Profesor Wilson Alves de Souza.
Prólogo de Viridiana Díaz Aloy.



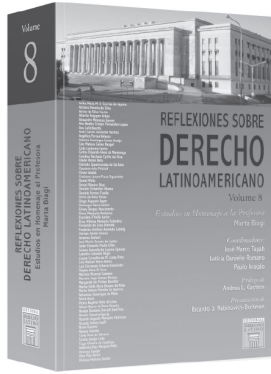
Volumen 5
Estudios en homenaje al Profesor Eduardo Barbarosh
Prólogo de José María Monzón



Volumen 6
Estudios en homenaje a la Profesora Lidia M. Rosa Garrido Cordobera
Prólogo de Marisa Herrera.



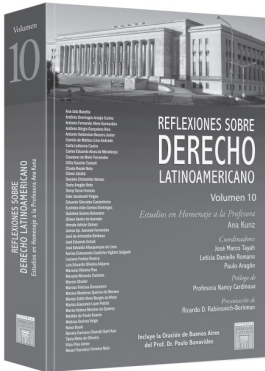
Volumen 7
Estudios en homenaje a la Profesora
Flávia Piovesan
Prólogo de
Silvia Nonna



Volumen 8
Estudios en homenaje a la Profesora
Marta Biagi.
Prólogo de
Andrea Gastron.



Volumen 9
Estudios en homenaje a la Profesora
Viridiana Díaz Aloy
Prólogo de
David Duarte



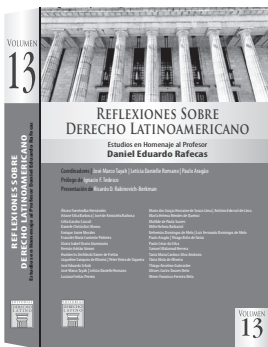
Volumen 10
Estudios en homenaje a la Profesora
Ana Kunz
Prólogo de
Nancy Cardinaux



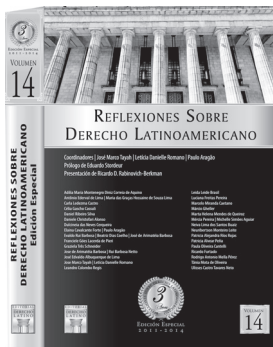
Volumen 11
Estudios en homenaje al Profesor
Ignacio Tedesco
Prólogo de
Gabriel Ignacio Anitua



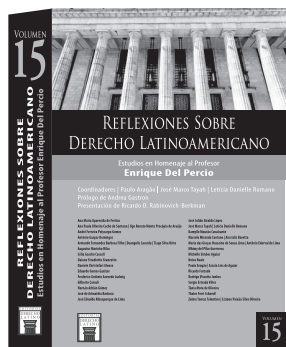
Volumen 12
Estudios en homenaje al Profesor
Raúl Gustavo Ferreyra
Prólogo de
Ricardo D. Rabinovich-Berkman



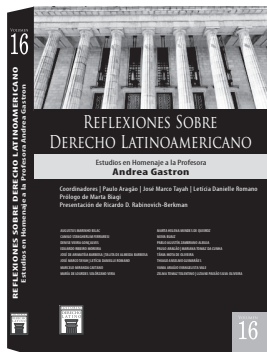
Volumen 13
Estudios en homenaje al Profesor
Daniel Eduardo Rafecas
Prólogo de
Ignacio F. Tedesco



Volumen 14
Edición Especial
Prólogo de
Eduardo Stordeur



Volumen 15
Estudios en homenaje al Profesor
Enrique Del Percio
Prólogo de
Andrea Gastron



Volumen 16
Estudios en homenaje a la Profesora
Andrea Gastron
Prólogo de
Marta Biagi



Este livro, com o formato final de 16cm x 23cm, contém 371 páginas.
O miolo foi impresso em papel Pólen Soft 80g/m² LD 66cm x 96cm.

Fonte utilizada no texto: Adobe Garamond Pro 11,5.

A capa foi impressa no papel Triplex 245g/m² LD 66cm x 96cm.

Tiragem: 500.

Impresso no mês de janeiro de 2015.

Fortaleza-Ceará