

Ano 11 - Nº 1
Jan./Jun. 2019

Publicação Semestral
ISSN 2176-7939

Revista Acadêmica

Escola Superior do Ministério
Público do Ceará



ESMP



MPCE
Ministério Público
do Estado do Ceará



ESMP
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará
Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará



MPCE
Ministério Público
do Estado do Ceará



ESMP
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará

Ano 11 nº 1
(Jan./Jun. 2019)

Tatiana Quirino Crisóstomo Melo – CRB3 1162

Revista Acadêmica [recurso eletrônico/físico] / Escola Superior do Ministério Público do Ceará – Ano 11, nº1 (Jan./Jun. 2019) - Fortaleza: PGJ/ESMP/CE, 2019.

Semestral
ISSN 2176-7939

Disponível também em versão eletrônica:
<http://www.mpce.mp.br/institucional/esmp/biblioteca/revista-eletronica/>

Resumo em português e inglês ou espanhol 1. Direito - Periódico. I
Ministério Público do Estado do Ceará (CE).

CDD 340

E-mail: revistaacademica.esmp@mpce.mp.br

Expediente

Procurador-Geral de Justiça

Plácido Barroso Rios

Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público

Flávia Soares Unneberg

Diretoria de Ensino

Marcela Márjore Olímpio Pereira
Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior

Diretoria Administrativo-Financeira

Lise Alcântara Castelo

Editor-Chefe

Enéas Romero de Vasconcelos

Conselho Editorial

Ângela Teresa Gondim C. Chaves
André Mauro Azevedo
Alfredo Ricardo de Holanda C. Machado
Ednéa Teixeira Magalhães
Emerson Garcia
Flávia Soares Unneberg
Luciana Aquino Vasconcelos Frota
Luciano Tonet
Luiz Antônio Abrantes Pequeno
Manuel Lima Soares Filho
Manuel Pinheiro Freitas
Mark Vlastic
Nicholas Cowdery
Rasmus Wandall
Sívio Marques
Vladimir Aras
Vladimir P. Zimin

Corpo de Pareceristas

Alexandre de Oliveira Alcântara
André Araújo Barbosa
André Luiz Tabosa de Oliveira

André Zech Sylvestre
Cassius Guimarães Chai

Claude Girard
Douglas Fscher

Hugo Vasconcelos Xerez
Landolfo Andrade

Luis Jorge Cevasco

Luiz Alexandre Cirilo P. M. Cogan
Marcelo Mendroni

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira

Maria Carolina Beraldo
Maria Valeria Massaglia
Mark Leyll

Marina Matic Boskovic

Nara Rúbia Silva Vasconcelos Guerra

Nestor Alexandre Souza Júnior
Sergiy Nizhynskyi

Apoio Técnico

Richardson Macedo de Carvalho

Secretaria

Kelviane Sombra Lima
Suziane Holanda Fernandes Vieira

Biblioteca

Josimar de Jesus Lemos
Tatiana Quirino Crisóstomo Melo
CRB3 – 1162

Projeto gráfico e diagramação

Everton Viana - CE 01799 DG

Periodicidade semestral

Resumo em português e inglês ou espanhol



Rua Assunção 1.200, José Bonifácio, Fortaleza-CE - CEP: 60.050-011

Fone: (85) 3452.4521 / 3433.7713

www.mpce.mp.br/institucional/esmp

Sumário

APRESENTAÇÃO.....	08
ARTIGOS NACIONAIS	
A AMÉRICA LATINA E OS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO	
<i>Paulo Bonavides.....</i>	<i>11</i>
ANTIGUIDADE NO MPAM: DA NOMEAÇÃO À PROMOÇÃO, UM DESENHO CONSTITUCIONAL	
<i>Alessandro Samartin de Gouveia.....</i>	<i>21</i>
DIREITOS DE NATUREZA: CONFLITO ENTRE A PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO PARA FAZENDAS DE CAÇA E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO MEIO AMBIENTE	
<i>Ana Luisa Schiavo Leite</i>	
<i>Ana Maria Bonfim Bezerra</i>	
<i>Mariana Dionísio de Andrade.....</i>	<i>39</i>
AS OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAIIS POSITIVAS SEGUNDO OS PRECEDENTES DAS CORTES EUROPEIA E INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	
<i>Frederico Valdez Pereira</i>	
<i>Douglas Fischer.....</i>	<i>59</i>
UMA REFLEXÃO SOBRE AS NOVAS CONFIGURAÇÕES DO DIREITO E DO ESTADO NA PREVENÇÃO DOS DESASTRES AMBIENTAIS	
<i>Guilherme H. M. de Souza.....</i>	<i>89</i>
CORRUPÇÃO E VIOLAÇÃO A DIREITOS HUMANOS: OBSTÁCULOS AO DESENVOLVIMENTO BRASILEIRO NO SÉCULO XXI	
<i>João Marcelo Negreiros Fernandes.....</i>	<i>107</i>
BRASIL E SUAS RAÍZES: EVIDÊNCIAS DE CONTROLE SOCIAL NO INTERIOR DE SUA FORMAÇÃO	
<i>Mariana da Silva Gomes.....</i>	<i>129</i>
CRIMINOLOGIA DAS SEXUALIDADES E VITIMOLOGIA DO ESQUECIMEN-	

TO: UMA REVISÃO DE LITERATURA SOBRE AS LEIS SEXUAIS ANTI-LSBTI
NOS TEMPOS DO NACIONAL SOCIALISMO (1933-1945)

Miguel Melo Ifadireó

Antoniél dos Santos Gomes Filho.....145

A PSICOPATIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: RESPOSTAS JUDICIAIS,
PROTEÇÃO DA SOCIEDADE E TRATAMENTO ADEQUADO AOS PSICO-
PATAS – UMA ANÁLISE INTERDISCIPLINAR

Rafaela Pacheco Nunes

Roberta Christie P. da Silva

Érica Fontenele Costa Lima

Filipe de Menezes Jesuino.....173

HISTÓRIA DA TRADIÇÃO DA *CIVIL LAW* E A QUESTÃO DO DIREITO
PROCESSUAL BRASILEIRO: UM BREVE ENSAIO SOBRE A NOSSA PRO-
XIMIDADE COM A *COMMON LAW*

Ricardo Evandro Santos Martins.....195

OS EFEITOS DO FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO DE CLAUS ROXIN SO-
BRE A DOGMÁTICA PENAL: DA CULPABILIDADE À RESPONSABILIDADE

Thiago Castro Praxedes.....213

ARTIGOS INTERNACIONAIS

LA NECESIDAD DE OPTIMIZAR LA NORMATIVA RELATIVA AL RECUPER-
RO DE LOS BIENES EN LA REPÚBLICA ARGENTINA, COMO MEDIO MÁS
EFICAZ PARA COMBATIR LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Gonzalo Martín Serrano Guillot.....227

EL POR QUÉ DE LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA EN LA EXPERIENCIA
JURÍDICA NACIONAL E INTERNACIONAL - TENSIÓN ENTRE LA POLÍTICA
Y EL DERECHO: ¿QUÉ HACER?

Miguel Angel Villalobos Caballero.....241

EL ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL EN MATERIA DE DERECHO
DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA REPUBLICA ARGENTINA

Patricio Jorge Torti Cerquetti.....261

Apresentação

Apresentamos a você, leitor(a) da Revista Acadêmica, mais uma publicação, na expectativa de contribuir para a construção de uma seleta, sólida e qualificada fonte de debate jurídico e um espaço de democratização de ideias.

Esta edição segue seu padrão de excelência, com as contribuições dos articulistas selecionados, garantindo ao(à) leitor(a) referências qualificadas de pesquisa para aprimorar conhecimentos, e temos a subida honra de receber nesta edição valioso artigo do Professor Paulo Bonavides, referência mundial em Direito Constitucional, Professor Honoris causa nesta Escola Superior, sobre os 30 anos da Constituição Federal de 1988.

A contribuição do nosso querido e prestigiado Professor Paulo Bonavides não pode vir em melhor momento, visto que a Escola Superior do Ministério Público do Ceará celebra em julho 30 anos de existência. Meses mais nova que a Constituição Cidadã, a ESMP foi palco de grandes debates jurídicos, encontros, seminários, oficinas, capacitações, além de ter formado centenas de especialistas em diversas áreas do saber, contando com parceiros especiais que foram determinantes para o sucesso nesta caminhada, além da Rede de Escolas de Governo do Ceará, com quem mantemos estreitos laços de cooperação.

Demais disso, esta edição conta com contribuições da Argentina e Peru; no Brasil, além da relevante produção acadêmica local, contamos com articulistas do Amazonas, Pará e Rio Grande do Sul.

Nossa Revista Acadêmica conta com duas versões: eletrônica e impressa, no que se viabiliza o acesso ao seu conteúdo.

Nossos agradecimentos ao Conselho Editorial da ESMP, pelo trabalho realizado, bem assim ao diminuto mas competente time que constitui a mola propulsora das atividades da ESMP. Esta Revista Acadêmica é fruto de um trabalho árduo e zeloso de muitas mãos e mentes envolvidas na tarefa de educar.

Nossa Revista aguarda sua contribuição para nossas próximas edições.
Tenha uma ótima leitura!

Fortaleza, julho de 2019

Flávia Soares Unneberg

*Promotora de Justiça
Diretora-Geral da ESMP*

Presentation

We present to you, dear reader of the Academic Journal, yet another publication in the hope of contributing to the construction of a selected, solid and qualified source of juridical debate and a place for sharing and exchange of ideas.

This edition follows its standard of excellence with the contribution of selected qualified authors. Among them, we have the great honor of receiving the valuable contribution of Professor Paulo Bonavides, a global reference in Constitutional Law and Professor Honoris causa at our Superior School, about the 30 years of the Federal Constitution of 1988.

Given that the Superior School for Public Prosecutors (SSPP) in Ceará also celebrates 30 years of existence in July, the contribution of the prestigious Professor Bonavides could not have come at a better time. Just months younger than our Constitution, our schools have been the stage for great juridical debates, meetings, seminars and workshops and have educated hundreds of specialists in different areas of knowledge, working with special partners that were decisive for the success along the way, like the Government of Ceará's Network of Schools with which we maintain close ties of cooperation.

In addition to this, the current edition has contributions from Argentina and Peru. As for Brazil, not only relevant local academic work is represented but also writers from Amazonas, Pará, and Rio Grande do Sul.

Our Academic Journal comes in two versions; electronic and print and our gratitude goes to the Editorial Council of SSPP for the great work done, as well as the diminutive but competent team that is the driving force behind the activities of the SSPP. This journal is the fruit of many arduous and zealous hands and minds involved in the work of educating.

We look forward to your contribution to our coming editions.

Enjoy!

Fortaleza, July 2019

Flávia Soares Unneberg

Public Prosecutor

General Director of SSPP

Presentación

Presentamos a usted, lector de la Revista Académica, más una edición, esperando contribuir para la construcción de una selecta, sólida y calificada fuente de debate jurídico y un espacio para la democratización de ideas.

Este volumen sigue su modelo de excelencia, con las contribuciones de los articulistas seleccionados, garantizando al lector referencias de calidad para la búsqueda de mayores conocimientos. Tenemos el honor de recibir valeroso artículo de nuestro Profesor Honoris Causa Paulo Bonavides, referencia mundial en el Derecho Constitucional, sobre los 30 años de la Constitución Federal de Brasil de 1988.

Tal trabajo de nuestro prestigioso profesor no puede haber llegado en mejor momento, pues la Escuela Superior del Ministerio Público de Ceará conmemora en julio los 30 años de su fundación. Siendo solamente meses más joven que la 'Constitución Ciudadana', la ESMP fue parte de grandes encuentros y capacitaciones, además de haber graduado centenas de especialistas en diversas áreas del saber, teniendo aliados especiales que fueron esenciales para el éxito de esta jornada, como por ejemplo la Red de Escuelas de Gobierno de Ceará, con quién tenemos estrechos lazos de cooperación.

Esta Revista cuenta con artículos de autores de Argentina y Perú. En Brasil, además de la producción académico local, tenemos trabajos de autores de los estados de Amazonas, Pará y Rio Grande del Sur.

Usted puede disfrutar de esta publicación en dos versiones: electrónica e impresa, permitiendo un amplio acceso a su contenido.

Queremos dar nuestras gracias al Consejo Editorial por su trabajo, y también al pequeño pero competente equipo que impulsa las actividades de la ESMP. Esta Revista Académica es el resultado de un trabajo cuidadoso de muchas manos y mentes involucradas en la tarea de educar.

Esperamos su contribución para las ediciones cercanas.

¡Tenga una buena lectura!

Fortaleza, CE, Julio de 2019

Flávia Soares Unneberg

Fiscal Pública

*Directora General da la Escuela Superior
del Ministerio Público de Ceará*

A América Latina e os 30 anos da Constituição¹

Paulo Bonavides²

RESUMO

A democracia representativa se baseia na renovação dos mandatos presidenciais. No entanto, o modelo presidencial de governo na América Latina é vitimizante das sociedades locais e propicia terreno fértil para a ditadura e o enfraquecimento das instituições do Estado. A Constituição se apresenta como caminho para escapar da crise que desestabiliza os sistemas de governo e somente a partir dela se poderá vencer a crise do poder constituinte, diversa que é da crise constitucional.

Palavras-chave: *América Latina. Constituição Federal brasileira de 1988. Presidencialismo. Democracia. Corrupção. Estado Social.*

¹ Data de Recebimento: 18/10/2018. Data de Aceite: 10/05/2019.

² Paulo Bonavides é Doutor honoris causa da Universidade de Lisboa, da Universidade de Buenos Aires, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), e da Universidade Inca Garcilaso de la Vega (Lima, no Peru); Professor Distinguido da Universidade de San Marcos, Decana da América (Lima, Peru); Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e da Faculdade de Direito da Universidade Metropolitana de Santos/SP; Membro Correspondente da Academia de Ciências da Renânia do Norte-Westfália (Alemanha); Membro do Comitê de Iniciativa que fundou a Associação Internacional de Direito Constitucional (Belgrado); Presidente Emérito do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC); Fundador e Diretor da Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais (2003); Nieman Fellow Associate da Universidade de Harvard (1944-1945); Prêmio Carlos de Laet da Academia Brasileira de Letras (1948); Prêmio Medalha Rui Barbosa da OAB (1996); Prêmio Medalha Teixeira de Freitas do Instituto dos Advogados Brasileiros (1999). Dentre suas obras, cabe destacar: Teoria do Estado (10ª edição, 2008); Ciência Política (23ª ed., 2016); Curso de Direito Constitucional (31ª ed., 2016); Do Estado Liberal ao Estado Social (11ª ed., 2013); História Constitucional do Brasil (9ª ed., OAB, 2008) e Textos Políticos da História do Brasil (3ª ed., Senado Federal, 2003) – os dois últimos publicados em colaboração com o Embaixador Paes de Andrade e o ex. Ministro da Tecnologia do Brasil Roberto Amaral, respectivamente. E-mail: paulobonavides@candidoalbuquerque.adv.br

A renovação periódica dos mandatos presidenciais figura entre os traços que formam a efigie republicana da democracia representativa e constitucional de nosso tempo.

Nos países da periferia, os riscos de abalo e instabilidade de governo são frequentes e de cunho institucional. Procedem grandemente da indigência moral e cívica do corpo político, da fraca cidadania, da desigualdade social, do analfabetismo, da miséria, do baixo influxo da classe média em seu teor participativo, de fatores históricos adversos, de golpes de Estado, de ditaduras, de toda uma conjunção de elementos de agitação e turbulência, que contribuem para as oscilações do sistema e aparelham a crise da ingovernabilidade e da queda do regime.

Haja vista, a esse respeito, as instituições republicanas da América Latina, vazadas num constitucionalismo teoricamente avançado, mas adormecido no formalismo que não consente possam elas galgar os degraus da realidade e seguirem na escala do tempo os aperfeiçoamentos qualitativos do sistema.

O modelo presidencial de governo rege as repúblicas meridionais do continente, em nome, pois, de um constitucionalismo programático, de pureza meramente doutrinária, submisso na verdade à ação de governos que, sob o manto da legitimidade aparente, arruinam a democracia, confiscam a liberdade, apodrecem o sistema representativo e fazem da soberania da nação e da soberania popular duas ficções do contrato social.

Vítima perpétua do subdesenvolvimento político, a América Latina tem sido o ventre de ditaduras que predispõem as nações ao flagelo da ingovernabilidade.

Daí deriva a fraqueza das instituições em estabelecer, com base no pacto social, as garantias formais de estabilidade e legitimidade do regime.

Em verdade, as instituições do continente, sob inspiração do modelo presidencial de governo, regem já dois séculos de cons-

titucionalismo nominalmente republicano, ancorado apenas, do ponto de vista teórico, no princípio da soberania popular. Mas esse princípio não vinga, portanto, em termos de realidade e concretização constitucional.

O Executivo dirige a máquina de governo, mas costuma desvirtuar-lhe a aplicação ao cobri-la com o véu da vocação autoritária, e a inclinação de perpetuar ditaduras dissimuladas em vestes constitucionais.

Essas ditaduras, em geral, condenam ao abandono as formas representativas clássicas de pureza tão somente teórica, ao mesmo passo que se servem, porém, do sistema legal para minar, destruir ou atraiçoar a legitimidade e levar a cabo a pior modalidade de assalto ao poder democrático que é aquela proveniente do golpe de Estado institucional.

O primeiro golpe desse gênero, a nosso parecer, ocorreu quando Hitler na Alemanha, sem quebra aparente da legalidade, lavrou os decretos que puseram fim à república de Weimar. Exemplo esse seguido, três décadas depois no Brasil, pelos autores da ditadura de 1964, ao dissolverem por atos institucionais duas Constituições: a de 1946, promulgada por via legítima, e a de 1967, outorgada por uma Casa Congressual, com a democracia desmaiada, o parlamento mutilado, a federação combatida.

A partir do presidencialismo da ditadura de 1964 já não havia república no Brasil; havia unicamente uma espécie funesta de governo imperial, consubstanciado no poder absoluto e despótico de presidentes fardados, que em vão forcejavam por manter a imagem e o paradoxo dum Estado de Direito erguido sobre as ruínas da Constituição.

Em verdade, naquele período, triste havia Congresso, mas não havia legitimidade representativa; havia partidos políticos, mas não havia pluralismo partidário; havia lei, mas não havia Constituição; havia eleições, mas não havia autenticidade do sufrágio; havia im-

prensa, mas não havia periodismo livre; havia tribunas, mas não havia tribunos; havia universidades abertas, mas não havia liberdade de cátedra; havia oposição, mas era oposição consentida, humilhada, censurada, recolhida ao silêncio, contida nos limites da indulgência; havia diretórios acadêmicos, mas o movimento estudantil reprimido não chegava às ruas, nem às praças, nem aos logradouros públicos para o discurso, o comício, a passeata e o congresso de estudantes.

Época aquela de passividade, abstenção e medo, que mostrava a face dura e repressiva do regime.

As pressões do poder absoluto na mão do Executivo e dos inimigos da Constituição anulavam e sufocavam a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, onde a oratória política dos parlamentares de oposição emudecera, debaixo do temor de perderem seus mandatos na guilhotina da ditadura.

Tudo isso passava a certidão daquela vil tristeza que Camões, o poeta das navegações e das glórias lusitanas, sentia no seu Portugal decadente e perdido, prestes a cair sob o domínio espanhol, depois do desastre de Alcácer-Quibir nas areias africanas, onde D. Sebastião enterrava a independência do reino.

Com efeito, Camões morria com a pátria cuja aristocracia, Filipe II, a “onça do Escorial”, corrompera escandalosamente ao comprar-lhe a usurpação do trono imperial, que um monarca célebre e venturoso, como D. Manuel, ocupara no auge da expansão portuguesa pela África e pelo Oriente.

Durante duas décadas, o Brasil chorou a perda de sua democracia constitucional golpeada de morte pelo braço de ferro da ditadura. Mas restituída a nação à legitimidade da forma representativa de governo, faz-se mister assinalar que a restauração de 1988, em grande parte fruto da perseverança de Ulysses Guimarães, atravessou triunfante as crises da Constituinte, fundando a Nova República e restabelecendo a ordem constitucional no Brasil.

Promulgada a Carta em 5 de outubro de 1988, Ulysses Guimarães

fê-la publicar acompanhada de um Prefácio, oficialmente estampado na primeira edição saída dos prelos da democracia.

Foi a única Lei Magna do mundo que teve um prólogo em sua versão oficial.

Posto que excêntrico, o Prefácio honra todavia quem o escreveu, porquanto espelhou a alma da nação soberana.

O texto de Ulysses, mais que um poema, é a melodia do patriotismo constitucional, a música da resistência bem sucedida, o hino dos entes constitucionais restauradores, a marselhesa das liberdades, a voz da nação cujos filhos a ditadura tanto humilhara e perseguira, aprisionando os rebeldes nos calabouços da repressão.

Impresso na madrugada da Nova República, o prefácio da edição original da Carta Magna logo sumiu das edições subsequentes; mas nem por isso sumirá jamais da nossa história como episódio singular da crônica constitucional deste País.

Expurgado do texto constitucional, entrará porém na história por síntese das esperanças e aspirações de um povo que soube guardar vivo o sentimento patriótico, o espírito de nacionalidade, o idealismo de justiça, a repulsa ao confisco das liberdades.

O povo brasileiro é bom e generoso. A virtude lhe move a alma e impulsiona o coração, inalcançável aos ardis da classe política fistulada de podridão e sequestradora da verdade representativa.

Das misérias morais na vida dos povos, a mais devastadora é a miséria política associada à corrupção. Ela arruína repúblicas, arrasa reinos, corrompe governos, instaura ditaduras, leva regimes e instituições ao despreparo e ao patíbulo, veste de luto uma nação, derrama sangue inocente, sacrifica gerações, opera os piores retrocessos da história, acende as chamas do ódio, da guerra civil, do rancor e da desunião mortal. Faz prevalecer no poder os governos de opressão porquanto nunca estende a mão à concórdia nem ao respeito das liberdades públicas.

Esse o clima criado no Brasil pela maldição de um presidencia-

lismo, desafeto contumaz e histórico da Constituição, o qual, numa sequência funesta de golpes de Estado fez o país cair na agonia e na morte de três repúblicas.

O vulcão político da crise brasileira nos coloca diante de duas forças, que se nos afiguram, no momento, as mais capacitadas a removerem a crise e restituírem o país à normalidade representativa: a Constituição e o cidadão.

Com elas se formará uma consciência pública de constitucionalidade e de cidadania, a melhor fórmula indubitavelmente de lograr a paz social, estancar a crise e fazer o regime estável, menos sujeito a comoções políticas desestabilizadoras do sistema de governo.

A Constituição desponta, assim, como a porta aberta à nação brasileira para sair duma crise veloz e ameaçadora, prestes a tomar a feição de crise constituinte.

Os perigos da crise se mostram, assim, suscetíveis de abalar as instituições e precipitar o Brasil no despenhadeiro das soluções autocráticas, estas que a história demonstrou, de maneira cabal, impotentes para imprimir nas instituições a indispensável reconciliação social, alicerce da virtude, da ordem, do progresso, da justiça e da liberdade.

Se persistir, porém, a corrupção, se a política da inépcia, e do assalto aos cofres públicos e ao contribuinte perdurar, nunca teremos o Brasil de Stefan Zweig, mas o de Alberdi. O austríaco prognosticava o paraíso, o argentino profetizava o inferno. Alberdi via com apreensão o futuro da nação brasileira regida pela coroa de um monarca. Manifestava, portanto, o temor dum Brasil imperial numa América republicana.

Em verdade, se os erros da classe política e dos governantes despedaçarem a constituição, derradeiro baluarte da sobrevivência do regime, quem se enganou com o Brasil foi Stefan Zweig e não Alberdi.

Quanta melancolia, quanta dor, quanto peso no coração, se a história corroborar a crítica atroz do jurista de Buenos Aires, estrela

do constitucionalismo liberal e republicano da nação irmã; crítica exarada há mais de um século, quando havia menos corrupção e mais seriedade no reinado constitucional de D. Pedro II, o consolidador da unidade nacional na América Portuguesa, que é o Brasil.

Vivemos época distinta daquela retratada no livro de Alberdi, e se ainda houver sentimento patriótico, devoção ao direito e à justiça, liberdade de expressar o pensamento, o Brasil jamais será palco de ditadores desafetos da lei e da ordem constitucional, autores de crimes contra a humanidade.

O Estado Moderno, em seu primeiro período pós-feudal e pós-absolutista foi o Estado Constitucional da democracia representativa, dos direitos individuais, da separação de poderes, do juscivilismo de inspiração romanista, da hegemonia jusprivatista, do positivismo jurídico e, ao cabo da era liberal, no século passado, do formalismo inerente à teoria pura do direito de Kelsen e ao procedimentalismo jurídico de Luhman.

Nesse período, os teóricos do Estado se empenhavam, de preferência, em dar curso à noção de Estado e Sociedade como duas entidades distintas, tanto do ponto de vista axiológico (valores) como teleológico (fins). Ambas, porém, autônomas, ambas votadas em suas relações de reciprocidade a sustentar a doutrina individualista e subjetivista, que fundamentava o liberalismo do século passado, até perder este a superioridade no campo do direito, e acabar se tornando em sua versão primordial uma ideia morta.

Só as correntes ideológicas da Reação, correntes antissociais, antidemocráticas e anti-humanistas, forcejam ainda, animadas do espírito de retrogradação, por ressuscitar aquela dualidade, e estarão travando, a nosso ver, uma batalha perdida. A escravidão pertence ao passado, a civilização, ao futuro.

O primeiro período alcança o auge quando o direito natural, secularizado por obra da razão, empresta legitimidade e amparo ao constitucionalismo francês da Revolução e, ao começo do século

XIX, legitima, por igual, o direito positivo, que assume o primado da ordem jurídica individualista, assentada nos códigos da época.

Tocante ao direito público, faz-se mister assinalar que as Constituições daquele instante histórico se acercavam mais da metafísica filosófica que da ciência propriamente dita, e haviam já desempenhado seu papel revolucionário e ideológico de conferir legitimidade à supremacia política, jurídica e social do “terceiro estado”. Este se levantava sobre os destroços do sistema feudal, tomando as rédeas do poder, para constitucionalizar monarquias e fundar repúblicas.

O segundo período do Estado moderno se associa à democracia dos direitos sociais em substituição da democracia dos direitos individuais, que caiu numa irremissível decadência.

A democracia da segunda fase foi elaborada de forma precursora, em termos doutrinários e constitucionais, no século passado, pelas constituintes do México e da Alemanha, respectivamente em Querátaro (1917) e Weimar (1919).

Deixou de ser, por ação revolucionária dos batalhadores do progresso e das liberdades humanas, o santuário duma utopia, para se tornar realidade geradora do Estado em que preponderam as forças normativas da Constituição.

Estado de feição jurídica consistente e sólida veio a ser, portanto, aquele que mais aprofundou o constitucionalismo contemporâneo com a força normativa e superlativa dos princípios constitucionais.

A crise que ronda a forma republicana de governo no Brasil já foi objeto de um artigo nosso publicado em 23 de julho de 1989, no “Correio Brasiliense”, do qual destacamos o seguinte lugar, pertinente ao problema de concretização do Estado social em nosso país; Estado que, a nosso ver, representa o único caminho para tirar a nação da depravação política e institucional do sistema.

A crise da estatalidade social, no Brasil, não é a crise de uma Constituição, mas da Sociedade, do Estado e do Governo: em suma, das próprias instituições por todos os ângulos possíveis. É a mesma

crise política da Constituinte dissolvida em 1823 e soprada, de último, cento e cinquenta anos depois (1973), pelo seu agente mais ativo e gerador de instabilidade, desequilíbrios e comoções: o social, que mina as estruturas normativas vigentes, proclama a injustiça das relações humanas, e subverte todo o quadro dos comportamentos políticos, em virtude da inadequação do instrumento constitucional à realidade circunjacente.

Urge restabelecer, pois, a esta altura uma distinção de suma importância: aquela que separa claramente a crise constitucional da crise constituinte.

Com relação à crise constituinte, esta, ao contrário da crise constitucional, costuma ferir mortalmente as instituições, compelindo à cirurgia dos tecidos sociais, ou fazendo até mesmo inevitável a revolução. Entende não raro com a necessidade de substituir a forma de Governo ou a forma de Estado, pois, em nome da legitimidade, há sempre aí um poder, ou uma organização social contestada desde os seus fundamentos.

A crise constituinte não é, por conseguinte, crise de uma Constituição, senão crise do próprio poder constituinte: um poder que quando reforma, ou elabora a Constituição, mostra-se, nesse ato, de todo impotente para extirpar a raiz dos males políticos e sociais que afligem o Estado, o regime, as instituições e a Sociedade mesma no seu conjunto.

A crise constituinte tem sido, aliás, desde as origens do Estado brasileiro, a crise que ainda não se resolveu.

LATIN AMERICA AND THE 30 YEARS OF THE BRAZILIAN CONSTITUTION

ABSTRACT

Representative democracy is based on the renewal of presidential mandates. However, the presidential model of government in Latin America victimizes local societies and provides fertile ground for dictatorship and weakening of state institutions. The Constitution presents itself as a way to escape the crisis that destabilizes the systems of government and only from it can the crisis of constituent power, different from the constitutional crisis, be overcome.

Keywords: *Latin America. Brazilian Federal Constitution of 1988. Presidentialism. Democracy. Corruption. Welfare State.*

REFERÊNCIAS

ALBERDI, Juan Bautista. **El Brasil ante la Democracia de América, las disensiones de las repúblicas del Plata y las maquinaciones del Brasil.** Buenos Aires: ELE, 1946.

Antiguidade no MPAM: da nomeação à promoção, um desenho constitucional¹

Alessandro Samartin de Gouveia²

RESUMO

Este artigo tem por objetivo estudar a formação de lista de antiguidade no Ministério Público do Estado do Amazonas. Para tanto, pretende examinar as hipóteses em que são formadas as listas de antiguidade no provimento inicial, e nos provimentos derivados da carreira a partir dos critérios legais definidos na Constituição Federal, na Lei Orgânica Nacional e na Lei Orgânica Amazonense. O objetivo geral do artigo é apresentar, de maneira clara, conceitos que permitam uma melhor compreensão do tema, sobretudo em razão de aparentes conflitos entre os dispositivos que fixam critérios de desempate de antiguidade para fins de promoção. Assim, de modo específico, examina-se a antiguidade conceitualmente nas legislações federal e estadual, indica-se a constitucionalidade da adoção de determinados critérios de desempate pela legislação estadual; e, por fim, investiga-se quando se formam as listas de antiguidade e até quando permanecem imutáveis. A metodologia empregada é de pesquisa bibliográfica e documental, uma vez que se examinam conceitos doutrinários e legais. Ao final, pretende-se apresentar respostas que auxiliem a compreensão do tema em toda a sua extensão, e permita o debate técnico da matéria, contribuindo para a sua evolução, uma vez que é um assunto que tem reflexos direto na vida funcional de vários membros da carreira ministerial amazonense.

¹Data de Recebimento: 12/03/2019. Data de Aceite: 10/05/2019.

²Mestrando em direito constitucional pela UNIFOR/CIESA, promotor de justiça no Estado do Amazonas; e-mail: alessandro.samartin@edu.unifor.br; orcid: <http://orcid.org/0000-0003-2127-4935>

Palavras-chave: *Antiguidade. Formação de lista. Promoção. Ministério Público do Amazonas.*

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo estudar a formação de lista de antiguidade no Ministério Público do Estado do Amazonas. Para tanto, pretende examinar as hipóteses em que são formadas as listas de antiguidade no provimento inicial, e nos provimentos derivados da carreira a partir dos critérios legais definidos na Constituição Federal, na Lei Orgânica Nacional e na Lei Orgânica Amazonense.

O objetivo geral do artigo é apresentar, de maneira clara, conceitos que permitam uma melhor compreensão do tema, sobretudo em razão de aparentes conflitos entre os dispositivos que fixam critérios de desempate de antiguidade para fins de promoção. Assim, de modo específico, examina-se a antiguidade conceitualmente nas legislações federal e estadual; investiga-se a constitucionalidade da adoção de determinados critérios de desempate pela legislação estadual; e, por fim, indica-se quando se formam as listas de antiguidade e até quando permanecem imutáveis. A metodologia empregada é de pesquisa bibliográfica e documental, uma vez que se examinam conceitos doutrinários e legais.

Na primeira seção, são apresentados conceitos acerca da antiguidade na carreira do Ministério Público desde a nomeação (provimento originário) até à promoção (provimento derivado), para isso são examinados os dispositivos constitucionais e legais que disciplinam a matéria, conceituando-se a antiguidade doutrinariamente. Na segunda seção, estudam-se os critérios definidos pela legislação estadual para o desempate da antiguidade, examinando a constitucionalidade de alguns critérios escolhidos pelo legislador que introduzem a possibilidade de uso de tempo de serviço público estranho à carreira como critério de formação de nova lista após a

promoção. Na terceira seção, são apresentadas as hipóteses de formação da lista de antiguidade e suas possibilidades de modificação.

Assim, as respostas apresentadas pretendem auxiliar a compreensão do tema em toda a sua extensão, e permitir o debate técnico da matéria, contribuindo para a sua evolução, uma vez que é um assunto que tem reflexos direto na vida funcional de vários membros da carreira ministerial amazonense.

2 A ANTIGUIDADE NA CARREIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO: DA NOMEAÇÃO À PROMOÇÃO

A Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, nos parágrafos 3º e 4º do Art. 129, determina, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, que o ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica, e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação e que se aplica ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93 da Constituição Federal.

O Art. 93 da Constituição Federal, nos incisos I a XV, estabelece um rol de regras que se aplicam aos magistrados e aos membros ministeriais. A forma de ingresso é a mesma, concurso público cuja nomeação deverá observar a ordem de classificação no concurso. Tanto magistratura quanto ministérios públicos têm sua organização e funcionamento constitucionalmente remetidos a leis infraconstitucionais que deverão observar os parâmetros fixados pelo constituinte. O Ministério Público, entretanto, possui duas leis regentes: uma lei ordinária nacional (a Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993), que fixa a sua organização e funcionamento geral; e Leis Complementares que definem a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público. Nesse cenário, portanto, o Ministério Público do

Amazonas possui a Lei Complementar nº 11, de 17 de dezembro de 1993, como sua Lei Orgânica Estadual.

Portanto, o estudo da antiguidade na carreira ministerial nesta seção perpassa pela análise conjugada de todos esses diplomas constitucionais e legais, como forma de permitir a compreensão de sua definição jurídica, permitindo que nesta seção se possa apresentar um conceito teórico base a ser aplicado e desenvolvido no decorrer deste trabalho.

A antiguidade não é prevista expressamente nos dispositivos constitucionais que cuidam do Ministério Público, mas com a remissão feita pelo § 4º do Art. 129 ao Art. 93, ambos da mesma Constituição, tem-se que o seu estudo começa a partir do regramento da magistratura. Assim, quando se examina o Art. 93 da Constituição, observa-se que a primeira vez que o texto faz referência à antiguidade é no inciso II, quando trata da promoção de entrância a entrância, pois define que a promoção observa os critérios de antiguidade e de merecimento alternadamente. Nesse aspecto, colhem-se os seguintes apontamentos de Emerson Garcia:

Enquanto o provimento dos cargos iniciais da carreira é necessariamente antecedido pela aprovação em concurso público de provas e títulos, cada uma das classes subseqüentes é acessada por provimento derivado, baseando-se o critério de decisão, alternadamente, na antiguidade ou no merecimento. (2017, p. 856).

Em 2004, por meio da Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, foi incluído no Art. 93 o inciso VIII A, que permitiu a utilização dos critérios estabelecidos para a promoção por antiguidade e por merecimento também para fins de remoção na carreira³.

A doutrina administrativista faz uma diferenciação importante sobre o provimento dos cargos públicos, qual seja, classificam-no em

³ Vale a pena relembrar que antes da inclusão desse dispositivo na Constituição, a doutrina divergia acerca da possibilidade de as remoções serem feitas utilizando-se o critério de merecimento, já que não consistem em movimentações verticais e sim horizontais na carreira.

originário e derivado, lembrando que o constituinte vedou o acesso a cargo público diverso do da carreira por outro meio que não seja o concurso público de provas e provas e títulos. Assim, o provimento originário se dá sempre depois que há um cargo ou emprego público que está vago e cujo preenchimento da vaga se dará pelo ingresso inicial de um agente selecionado em um concurso público, e nesse mesmo sentido leciona Odete Medauar (2016, p. 329). Evidentemente que no caso em estudo não se está tratando dos comissionados. Já os provimentos derivados acontecem pela ascensão em carreiras, de modo que nessa hipótese o provimento no cargo será derivado, mas também será provido a partir de concurso de promoção ou como José dos Santos Carvalho Filho esclarece: “o cargo é preenchido por alguém que já tenha vínculo com outro cargo, sujeito ao mesmo regime.” (2012, p. 613).

A remoção, por se tratar de movimentação horizontal, não é hipótese de provimento nem inicial e nem derivado, já que não há mudança de cargo, mas apenas modificação da lotação territorial do agente público que ocupará o mesmo cargo público. É importante ter esse conceito em mente, pois a sua compreensão é necessária para se enxergar que remoções não geram modificações em listas de antiguidade.

Logo, a antiguidade apenas se constitui ou se modifica em dois momentos: no provimento originário e no provimento derivado. Mas, saber que ela possui relevo nesses momentos ainda explica pouco sobre a sua natureza. Assim, é preciso enxergar que a antiguidade é um critério constitucional de definição de posição de agentes públicos em carreiras que preveem ascensão vertical, já que sem essa condição não faz sentido se imaginar a antiguidade como critério posicional. Ao se definir a antiguidade como um critério de definição posicional do agente público em carreira com promoção vertical a ser preenchida mediante provimento derivado decorrente de concurso público de promoção, chega-se à conclusão de que sua finalidade

é garantir a supremacia do princípio da impessoalidade, pois a antiguidade se baseia na ocupação de uma posição em uma lista que segue evoluindo na medida em que os agentes nela inseridos vão ascendendo na carreira.

A antiguidade, portanto, é um critério estabelecido pela Constituição que tem por termo inicial o provimento originário decorrente do concurso público de provas e de provas e títulos, cuja regra elementar de nomeação é o respeito à lista de classificação no concurso. Vê-se, então, que a definição da antiguidade como critério posicional não tem, necessariamente, relação com o fator tempo, em que pese, após o ingresso na carreira, o tempo seja agregado como mais um fato determinante da antiguidade como critério posicional.

Uma vez definida a lista de classificação no concurso de provimento inicial, essa lista deve ser respeitada para fins de nomeação, conforme determinam tanto o Art. 129, § 3º, quanto o Art. 93, I, todos da Constituição Federal. Essa regra, então, foi repetida na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/1993), em seu Art. 59, § 2º, e também no Art. 219 da Lei Complementar Estadual nº 11/1993 – Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Amazonas. Ambas as normas definem que ao candidato do concurso será assegurada a nomeação observada a ordem de classificação na lista do concurso público, tendo a Lei Orgânica Amazonense esclarecido, ainda, que essa lista de classificação define também a ordem de antiguidade na entrância.

Vale refletir que o constituinte lança a antiguidade como critério de escolha para fins de promoção e determina que a nomeação, isto é, o provimento inicial, será feito com base na ordem de classificação do concurso público, de sorte que se pode inferir desses dois dados que restou definido ser a lista de classificação do concurso o primeiro critério posicional para a formação da lista de antiguidade. Assim, ao determinar que a lista de classificação do concurso público será adotada para fins de antiguidade na entrância, o legislador amazonense

definiu, em consonância com o critério constitucional, como será formada a lista de antiguidade, objeto de estudo da seção seguinte.

3 CRITÉRIOS DE DESEMPATE FIXADOS PELA LEI ORGÂNICA ESTADUAL E VIOLAÇÕES ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Quando o legislador nacional remete à lei orgânica local a definição do regime de remoção e promoção dos membros e fixa os princípios elementares⁴, ela autoriza que o legislador local tenha liberdade de definir suas regras a partir de suas peculiaridades, de modo que quando o legislador amazonense fixou no capítulo VII as regras para a promoção (provimento derivado), seja por merecimento ou antiguidade. Nessa ótica, portanto, as regras contidas no referido capítulo, por óbvio, cuidam da forma de acesso à nova entrância ou instância.

Então, quando a Lei Complementar Estadual nº 11/1993 determina, no art. 247, que ocorrendo empate na classificação por antiguidade, terá preferência sucessivamente o mais antigo na carreira do MP, o de maior tempo de serviço público estadual, o que tiver maior número de filhos ou o mais idoso, obviamente que esse empate somente pode ser referente à formação da lista de antiguidade na nova entrância ou instância, já que na entrância inicial a lista de antiguidade já foi estabelecida pelo Art. 219 da mesma lei.

Desta forma, tentar usar o critério de desempate da antiguidade em nova entrância ou instância para burlar o critério estabelecido de forma clara pelo legislador para a antiguidade em consequência do provimento inicial, parece ser de um equívoco lógico insuperável. Ademais, vale a pena também questionar a legitimidade constitucional do inciso II do Art. 247, pois ao definir como critério de desempate o tempo de serviço público estadual, faz discriminação

4 Art. 61. A Lei Orgânica regulamentará o regime de remoção e promoção dos membros do Ministério Público, observados os seguintes princípios:

indevida em relação a outras categorias de servidores públicos, a exemplo dos municipais e federais, pois alguém que tenha sido servidor público estadual no Rio Grande do Sul terá preferência sobre um servidor que tenha até mais tempo de serviço, mas que o exerceu no município de Manaus, por exemplo. Observa-se, então, que esse fator de discriminação, nesse caso, viola o Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) quando define que todos são iguais perante a lei. Mas há outras inconstitucionalidades na escolha desse critério como definidor de desempate, conforme se demonstrará adiante.

A tentativa de subversão dessa lógica viola ainda o que determina o inciso II⁵ do Art. 61 da Lei Orgânica Nacional, pois o legislador determinou que se apurará a antiguidade na entrância e o merecimento pela atuação do membro do MP em toda a carreira, de modo que a adoção de critério estranho ao exercício da atividade como servidor público externo à atividade viola a lógica estabelecida pelo legislador e pelo constituinte. Em caso interessante, inclusive da magistratura amazonense, no PCA nº 0006156-77.2013.2.00.0000⁶, o CNJ decidiu

5 II - apurar-se-á a antiguidade na entrância e o merecimento pela atuação do membro do Ministério Público em toda a carreira, com prevalência de critérios de ordem objetiva levando-se inclusive em conta sua conduta, operosidade e dedicação no exercício do cargo, presteza e segurança nas suas manifestações processuais, o número de vezes que já tenha participado de listas, bem como a frequência e o aproveitamento em cursos oficiais, ou reconhecidos, de aperfeiçoamento;

6 PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. MAGISTRADOS PROMOVIDOS PARA COMARCAS INTERMEDIÁRIAS POSTERIORMENTE EXTINTAS. ALTERAÇÃO DA ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO EM FACE DAS PROMOÇÕES TEREM OCORRIDO NO MESMO DIA E EM RAZÃO DO TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO ANTERIOR AO INGRESSO NA MAGISTRATURA. PEDIDOS DE ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO DE ALTERAÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO, ANULAÇÃO DO EDITAL DE CONCURSO DE REMOÇÃO QUE A REQUERENTE DEIXOU DE PARTICIPAR POR TER SUA CLASSIFICAÇÃO ALTERADA E MUDANÇA DA APLICAÇÃO DA LEI. ALTERAÇÃO DE CLASSIFICAÇÃO BASEADA EM ATO DE PROMOÇÕES ANULADO. AINDA QUE CONSIDERADO EVENTUAL EMPATE NÃO SE PODE UTILIZAR TEMPO DE SERVIÇO DISTINTO DA MAGISTRATURA COMO CRITÉRIO DE DESEMPATE. PRECEDENTES STF. PROCEDÊNCIA PARCIAL DOS PEDIDOS. 1. A Requerente tomou posse no cargo de juíza de direito em 06/07/2006, juntamente com outros magistrados. 2. Na sessão plenária do dia 1º de agosto de 2007, a Requerente foi promovida, pelo critério de antiguidade, para a 3ª Vara da Comarca de Parintins, então comarca de entrância intermediária. Na mesma sessão, foram promovidos para comarcas de entrância intermediária mais cinco magistrados. 3 Na sessão plenária de 19/11/2011, o Tribunal de Justiça do Amazonas, por maioria de votos, deferiu pleito dos magistrados JORSENILDO DOURADO DO NASCIMENTO e GEORGE HAMILTON LINS BARROSO, para determinar a alteração da lista de antiguidade decorrente da promoção ocorrida na sessão plenária de 1º de agosto de 2007 e, considerando que houve empate na antiguidade, utilizou os critérios previstos no art. 193 da Lei Complementar 17/97, notadamente o tempo de serviço público. 4. Por ter sido alterada sua colocação na lista de antiguidade, a Requerente deixou de figurar no segundo quinto constitucional deixando, desse modo a concorrer à determinada

que a lista de classificação do concurso deve ser o critério para fins de desempate, uma vez que a utilização do tempo de serviço público estranho à atividade da magistratura seria inconstitucional e inadmissível.

Assim, mas do que apresentar o resultado do julgamento do caso pelo CNJ, envolvendo magistrados amazonenses, cuja isonomia se estende ao MP, importa analisar os fundamentos da decisão sobre o ponto em questão. No item 2 do voto vencedor da Relatora foi tratada a impossibilidade de adoção de tempo de serviço público externo como critério de desempate após o ingresso na magistratura. Nesse caso, a Relatora analisou que o Art. 193 da Lei Orgânica da Magistratura Amazonense definia como critérios de desempate da antiguidade o tempo de serviço público e que essa previsão conflitava com a Lei Orgânica Nacional. Na construção de seu raciocínio, a Relatora cita precedentes do STF em que o critério adotado pela lei amazonense para desempate é afastado. Destaca-se, ainda, que as decisões citadas pela Relatora sempre remetem à formação da lista de antiguidade à classificação no concurso público.

Com isso, o CNJ, no referido PCA, incidentalmente, declarou inconstitucional a norma do Art. 193 da Lei Orgânica da Magistratura Amazonense, e determinou a restauração da lista de antiguidade com base na ordem de classificação do concurso público, o que, transportando para o caso em estudo do MPAM, parece guardar o mesmo sentido técnico e lógico. Ademais, é de se compreender que

vaga de concurso de remoção. 5. Faz necessária a elaboração lista de antiguidade nos moldes daquela publicada em janeiro de 2008, retornando a Requerente ao status quo ante, utilizando-se como critério de desempate apenas o tempo na magistratura (art. 193, I, da Lei de Organização Judiciária e art. 80, parágrafo primeiro, LOMAN), e persistindo o empate por ter a posse ocorrido na mesma data, que se utilize o critério da classificação no concurso (art. 185, da Lei de Organização Judiciária), respeitando-se a ordem de investidura na magistratura estadual. 6. Isso porque, com a anulação das promoções para as comarcas intermediárias, em razão da edição da LC nº 68/2009-AM, eventual marco temporal não deveria ter sido adotado. 7. Ainda que fosse utilizado o marco temporal da data das promoções para as extintas comarcas intermediárias, não se deve adotar o tempo de serviço público, como critério de desempate entre magistrados, pois tal regra vai de encontro a precedentes do STF, que dispõem em sentido contrário, MS 28494/MT (Rel. Min Luiz Fux, Dje 18/04/2012), ADI nº 2.494 (Rel. Min. Eros Grau, DJ 13/10/2006) e na ADI 1422 (Rel. Min. Ilmar Galvão, 12/11/1999). 8. Procedência parcial dos pedidos, nos termos do voto ((BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA., 2015)).

com as vagas para promoção e remoção sendo preenchidas a partir de editais individuais com ordem cronológica de expedição, pouco sentido faz a ideia de desempate na antiguidade, já que a promoção acaba atrelada ao edital e, portanto, apresenta uma lógica similar à classificação da lista do concurso.

A lógica similar à classificação da lista de concurso se dá pela seguinte razão, como a promoção é uma espécie de concurso interno em que se formam listas a partir de classificações alternadas de merecimento e antiguidade ou de antiguidade e merecimento, cada edital publicado em ordem cronológica resulta na escolha de um membro a ocupar uma lista cronológica para ingresso derivado no cargo da entrância superior, de modo que aquele que vence o concurso de promoção para o edital 1 parece preceder aquele que vença o edital 2 na formação da lista, acaso promovidos no mesmo dia. Obviamente, que se houve problemas que impeçam a proclamação do resultado do concurso do edital 1 e a promoção do edital 2 ocorra e o promovido entre em exercício na entrância, parece que o tempo de exercício na entrância, nesta hipótese, deve ter prevalência na definição da posição de antiguidade.

4 FORMAÇÃO DE LISTAS DE ANTIGUIDADE E AS HIPÓTESES DE MODIFICAÇÃO

A formação da lista de antiguidade no MPAM tem razão de ser a partir do momento em que a Constituição estabelece que as movimentações na carreira⁷, seja horizontal ou verticalmente, dá-se a partir de critérios de antiguidade e de merecimento. Da mesma forma, a antiguidade encontra justificativa, quando o constituinte também estabelece que para essas movimentações terão preferência aqueles que se encontrarem no primeiro quinto. Portanto, o estudo

⁷ Emerson Garcia observa que “as duas principais características da carreira são a mobilidade e a verticalidade. Não há carreira estática, ao menos no plano idealístico-formal, e muito menos carreira sem escalonamento orgânico-funcional.” (2017, p. 856).

acerca da formação da lista de antiguidade é relevante e, por isso, o legislador nacional e local se preocuparam com o tema.

Apesar do relevo do tema da antiguidade, é importante compreender, antes, que a formação dessas listas de antiguidade apenas apresenta razão jurídica de ser, quando há provimento inicial ou derivado no cargo público e, portanto, as suas discussões têm núcleos factuais no provimento inicial originária da carreira (nomeação), e nos provimentos derivados (promoções). Fora dessas hipóteses, não há relevo na discussão da antiguidade, pois uma vez definida nesses atos, ela se consolida como ato jurídico perfeito e acabado constitutivo do estado de direito à colocação na lista de antiguidade formada.

Então, uma vez definidas as posições a serem ocupadas pelos membros integrantes da lista, na nomeação ou na promoção, não existem causas ou situações que determinem a sua modificação após a sua consolidação, especialmente porque as movimentações horizontais e as confirmações nos cargos por vitaliciamento não implicam mudanças posicionais. Mesmo sendo possível a impugnação à lista de antiguidade anualmente com sua publicação pela instituição, de fato os marcos jurídicos que podem ser discutidos quanto à sua formação apenas são concernentes à sua formação na nomeação (provimento originário), ou na promoção (provimento derivado). Importante salientar ainda que a formação da lista é um fato jurídico a posteriori e não a priori, isto é, primeiro se dá o provimento originário ou derivado e apenas em seguida se forma a lista.

Portanto, a formação da lista de antiguidade se dá no momento posterior à nomeação e no momento posterior à promoção, de modo que é contra a lógica natural do ordenamento legal desse instituto qualquer tentativa de trazer para os critérios de formação da lista decorrente da nomeação (provimento originário) outros critérios estabelecidos para a promoção (provimento derivado). Isso se dá por questão de lógica, a situação jurídica de quem ingressa

inicialmente na carreira é completamente diferente da situação jurídica daquele que ascende verticalmente com a promoção, pois na nomeação os candidatos foram aprovados no concurso público e todos não possuem tempo de exercício no cargo provido; enquanto que na promoção, os candidatos que são providos derivadamente na nova entrância ou instância já são membros e possuem tempo de carreira na instituição.

Côncio dessa vital diferença, o legislador nacional definiu, no Art. 59⁸, § 2º, da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, (BRASIL, 1993), que se assegurarão ao candidato aprovado a nomeação e a escolha do cargo de acordo com a ordem de classificação no concurso. No mesmo sentido, mas com maior clareza no critério, o legislador estadual amazonense, no Art. 219⁹ da Lei Complementar Estadual nº 11, de 17 de dezembro de 1993 (AMAZONAS, 1993), alterado pela Lei Complementar nº 25/2000, definiu que o cargo inicial da carreira será provido observada a ordem de classificação final do concurso que também será adotada para efeito de antiguidade.

Assim, o legislador definiu de modo muito claro que a lista de antiguidade para as hipóteses de provimento inicial da carreira (nomeação) será formada a partir da lista de classificação do concurso, pouco importando o tempo de exercício de qualquer outra atividade, inclusive ministerial, em outros cargos. Uma vez formada essa lista, com base nesse critério, não haverá modificação na sua definição até que sobrevenha um provimento derivado (promoção), quando a ordem de antiguidade pode ser modificada, pois ela será refeita na entrância ou instância seguinte.

8 Art. 59. O ingresso nos cargos iniciais da carreira dependerá da aprovação prévia em concurso público de provas e títulos, organizado e realizado pela Procuradoria-Geral de Justiça, com participação da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 1º É obrigatória a abertura do concurso de ingresso quando o número de vagas atingir a um quinto dos cargos iniciais da carreira.

§ 2º Assegurar-se-ão ao candidato aprovado a nomeação e a escolha do cargo, de acordo com a ordem de classificação no concurso.

9 Art. 219 - O cargo inicial da carreira do Ministério Público, Promotor de Justiça Substituto, será provido por Ato do Procurador-Geral de Justiça, observada a ordem de classificação final dos candidatos aprovados em Concurso Público de Provas e Títulos, que será adotada, também, para efeito de antiguidade na Entrância.

Do mesmo modo, é igualmente claro que a confirmação no cargo ou o vitaliciamento do membro do ministério público não implica mudança da lista de antiguidade, pois esse requisito, tal qual a estabilidade do servidor público, não implica mudança de cargo, mas apenas a estabilização no cargo já ocupado, sendo inconcebível a ideia de que haja uma “promoção”, quando o promotor de justiça é confirmado no cargo e adquire a vitaliciedade após os dois anos de exercício da atividade. Acaso se imaginasse verdadeira essa hipótese, estaria criada uma nova forma de promoção diversa da prevista na constituição e na lei, pois ela se daria exclusivamente pelo critério da antiguidade e, ainda assim, respeitaria a antiguidade anterior. Logo, uma vez nomeados os promotores de justiça, definem-se suas antiguidades por meio da lista de classificação no concurso de ingresso.

A lógica dessa sistemática é evidente e traz conexão com as formas de provimentos derivados existentes, isto é, promoções por merecimento e por antiguidade. Assim, a lista formada a partir da nomeação, fundada na lista de classificação do concurso, poderá ser diferente na entrância, ou instância seguinte, porque levará em conta os méritos desenvolvidos pelos membros no exercício da carreira, de modo que um membro que tiver uma posição na lista de antiguidade na entrância inicial poderá tê-la modificada na entrância ou instância seguinte pela promoção em razão do merecimento.

5 CONCLUSÃO

Diante do que foi apresentado no desenvolvimento deste trabalho, consegue-se compreender a formação de lista de antiguidade no Ministério Público do Estado do Amazonas, pois foram examinadas as hipóteses em que são formadas as listas de antiguidade no provimento inicial, e nos provimentos derivados da carreira a

partir dos critérios legais definidos na Constituição Federal, na Lei Orgânica Nacional e na Lei Orgânica Amazonense. Assim, durante a construção teórica do tema, foram apresentados os conceitos jurídicos que permeiam a antiguidade e os provimentos dos cargos públicos de carreiras.

A antiguidade, portanto, revela-se como um critério jurídico de ocupação posicional em lista de carreiras com possibilidade de ascensão vertical, sendo constituída em dois momentos: um, no ingresso originário na carreira, mediante a nomeação para ocupação do cargo público de promotor de justiça, e outra vez, quando acontece a promoção para a entrância seguinte, ou para a instância subsequente, por meio de provimento derivado. Portanto, uma vez definida a posição ocupada pelo integrante da carreira nesses dois momentos, inexistem na legislação hipóteses de modificação, de modo que as movimentações horizontais, ou mesmo o vitaliciamento, são incapazes de alterar a posição na lista de antiguidade.

De posse desse conceito, enfrenta-se o problema dos critérios fixados pelo legislador estadual para fins de eventuais desempates na antiguidade para fins de promoção, já que parece evidente a preponderância da atividade na própria carreira para aferição da antiguidade. Então, já que a Constituição e as Leis Orgânicas determinam a formação da lista da antiguidade no momento do ingresso originário a partir da lista de classificação do concurso, salientando que nenhum dos candidatos ao cargo de promotor de justiça substituto sequer possui um dia de exercício no cargo a ser ocupado, parece evidente que a utilização de outros critérios temporais externos é inconstitucional ou mesmo imprestável, pois ainda que os candidatos tenham tomado posse no cargo por provimento originário no mesmo dia, a lista de classificação no concurso define quem é o mais antigo na carreira e, por isso, a ideia de empate por tempo de exercício na atividade é ilógica, pois com a definição da antiguidade pela lista de classificação do concurso, o empate

inexiste, mesmo que todos tenham o mesmo tempo de exercício na atividade. Isso demonstra, portanto, que a antiguidade não é um conceito jurídico definido pelo fator tempo, mas pelo fator posicional fixado no momento do provimento para o qual pode se agregar o fator tempo como acessório.

Desta forma, fica bastante clara a correção da decisão tomada pelo CNJ no julgamento de caso similar, envolvendo magistrados amazonenses, quando reconheceu a impropriedade e a inconstitucionalidade de se admitir o tempo de serviço público externo ao exercício do cargo como critério de desempate em caso de promoção. Vale lembrar que a lei da magistratura amazonense era menos seletiva do que a lei orgânica do MPAM, pois naquela o critério é o tempo de exercício em cargo público, enquanto nessa é o tempo de serviço público estadual. Logo, a inconstitucionalidade é visível e inegável. Além, evidentemente, da imprestabilidade do conceito, já que não há empate após o ingresso na carreira.

Por fim, compreende-se que a formação de lista de antiguidade se dá em dois momentos apenas: provimento originário e derivado, não havendo hipóteses de sua modificação após a sua formação, já que as movimentações horizontais, ou as confirmações, não podem ser conceituadas como provimentos em cargos públicos, seja porque, na primeira situação, apenas se tem uma mudança na lotação do agente ocupante do cargo, seja porque, na segunda, somente se confere ao agente o vitaliciedade.

SENIORITY IN MPAM: FROM INGRESS TO PROMOTION, A CONSTITUCIONAL DESIGN

ABSTRACT

This article aims to study the seniority list of career in the Public Ministry of the State of Amazonas, therefore want to examine the assumptions on which are formed seniority lists the initial provision and derived career provisionses from defined legal criteria in Federal Constitution, National Organic Law and Amazonas Organic Law. The general objective of the article is to clearly present concepts that allow a better understanding of the theme, mainly due to apparent conflicts between the devices that establish criteria of seniority for promotional purposes. Thus, specifically examining the conceptually seniority in federal and state law, the constitutionality is indicated the adoption of certain tiebreakers by state law; and finally, when investigating form seniority lists and when to remain unchanged. The methodology used is one of bibliographical and documentary research, once one examines doctrinal and legal concepts. At the end, it intend to provide answers to help understanding of the subject in all its extension and allow the technical discussion of the matter, contributing to its evolution, since it is a subject that has direct effects on the functional life of several members of career ministerial.

Keywords: *Seniority. List of career. Promotion. Public Ministry of Amazonas.*

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. **Lei Complementar n. 011, de 17 de dezembro de 1993**Manaus/AM, Brasil, 1993. Disponível em: <[http://www.mpam.mp.br/attachments/article/10417/Lei Orgânica do Ministério Público - LC N.º 011 - ATUALIZADA ate LC 186.2017 \(1\).pdf](http://www.mpam.mp.br/attachments/article/10417/Lei%20Org%C3%A2nica%20do%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%BAblico%20-%20LC%20N.%20011%20-%20ATUALIZADA%20ate%20LC%20186.2017%20(1).pdf)>. Acesso em: 8 set. 2018.

- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **PCA - 0006156-77.2013.2.00.0000. Relatora LUIZA CRISTINA FRISCHEISEN**, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/downloadDocumento.seam;jsessionid=72A708E2727CF7C65508444902A2887F?fileName=0006156-77.2013.2.00.0000&numProcesso=0006156-77.2013.2.00.0000&numSessao=203&idJurisprudencia=47609&decisao=false>>. Acesso em: 16 fev. 2019.
- BRASIL. **Constituição, de 05 de outubro de 1988**. Brasília/DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 ago. 2018.
- BRASIL. **Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993** Brasília/DF, Brasil, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 6 out. 2018.
- CARVALHO FILHO, J. DOS S. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris Ltda., 2012.
- GARCIA, E. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. 20. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2016.

Direitos de natureza: conflito entre a proposta de regulamentação para fazendas de caça e a proteção constitucional ao meio ambiente¹

Ana Luisa Schiavo Leite²

Ana Maria Bonfim Bezerra³

Mariana Dionísio de Andrade⁴

RESUMO

O presente estudo se propõe a responder ao seguinte problema de pesquisa: seria o Projeto de Lei nº 6.268/2016 incompatível com as disposições constitucionais que determinam a proteção ao meio ambiente? Para responder ao problema de pesquisa, é necessário abordar questões que envolvam a criação e desenvolvimento do referido Projeto de Lei, identificar quais são as possíveis consequências ambientais e jurídicas quanto à regulamentação da caça no Brasil e, finalmente, verificar se há incompatibilidade entre a proteção constitucional ao meio ambiente e a Política Nacional de Fauna. O estudo foi realizado com base em abordagem qualitativa, a partir da interpretação de literatura sobre o tema, análise acerca da legislação e destaque para argumentos favoráveis e desfavoráveis. É possível concluir que o texto atual do PL não encontra consonância com

1 Data de recebimento: 14/01/2019. Data de aceite: 10/05/2019.

2 Acadêmica do Curso de Graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

3 Acadêmica do Curso de Graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

4 Doutora em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito Processual Civil pela UNIFOR. Professora do Curso de Graduação em Direito e Pós-Graduação lato sensu em Direito Processual Civil na Universidade de Fortaleza. Formação em Leadership and Conflict Management pela Stanford University. Formação em Métodos de Pesquisa Quantitativa pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro – IESP/ UERJ. Pesquisadora do Grupo Epistemologia e Método na Ciência Política Comparada (Cnpq/UFPE). Pesquisadora do Multidoor Courthouse System. Advogada. Endereço eletrônico: mariana.dionisio@unifor.br

determinações constitucionais específicas, sendo necessária a sua revisão para que não haja afronta nem ameaça ao direito fundamental ao meio ambiente.

Palavras-chave: *Direitos de natureza. Fazendas de caça. Proteção constitucional ao meio ambiente.*

1 INTRODUÇÃO

A proteção ambiental se constitui em tema de ímpar relevância para o Direito, não apenas pelo amparo constitucional que recebe como norma fundamental, mas também pela importância social sobre a manutenção de um equilíbrio entre o desenvolvimento, o progresso econômico, a salvaguarda da fauna e flora nativas.

Essa proteção constitucional conferida ao meio ambiente foi posta em questão indiretamente no Projeto de Lei nº 6.268/2016, pois ao longo de sua redação, pode-se perceber diversos dispositivos que, se aprovados, serão incompatíveis com o disposto na Constituição Federal de 1988.

A pesquisa é dividida em três tópicos. O primeiro, evidencia a relevância sobre a manutenção de um Sustentabilidade e direito ao meio ambiente equilibrado, em que a convivência entre o desenvolvimento social e urbano e a proteção ambiental se estima como possível e absolutamente viável, desde que haja atenção às normas regulamentadoras e às determinações de ordem constitucional.

O tópico consequente aborda o contexto de criação e desenvolvimento do Projeto de Lei nº 6.268/2016, além de identificar as possíveis consequências ambientais a partir de sua implementação. Analisa-se o conceito de supremacia constitucional, a necessária proteção ao meio ambiente equilibrado como direito fundamental, considerando-se a fauna como bem difuso. Ainda, o tópico revela o confronto entre diretrizes específicas do PL nº 6.268/2016 e o

disposto pela Constituição Federativa do Brasil de 1988.

O tópico seguinte se propõe a identificar quais são as fazendas de caça autorizadas no Brasil, explicando como ocorre a atividade comercial, evidenciando argumentos de incentivo à cultura da caça recreacional, e investigando o impacto ambiental que pode ser gerado a partir da autorização para a caça de animais nativos. O tópico também destaca a judicialização da caça em uma análise no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Para responder ao problema de pesquisa formulado, desenvolver a pesquisa e construir inferências válidas, é necessário realizar uma abordagem metodológica adequada ao objeto e que seja capaz de correlacionar perguntas com resultados, o que supõe uma análise baseada em uma análise interpretativa dos conceitos expostos.

Ademais, o tema é social e juridicamente relevante, na medida em que pretende contribuir para a literatura já desenvolvida sobre a matéria, além de ser consideravelmente importante a contínua discussão sobre os caminhos e mecanismos de proteção ambiental adotados pela legislação pátria.

2 SUSTENTABILIDADE E DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

Quando o direito ao meio ambiente equilibrado é violado, os direitos humanos acabam sendo violados também. Parte-se do suposto que o Direito Ambiental possui uma visão antropocêntrica, ou seja, possui forte relação com a ocupação humana e, se infringido, pode vir a prejudicar toda uma coletividade dele dependente.

Sob essa perspectiva, o artigo 225 da Constituição Federal de 1988 positiva que o direito ao meio ambiente equilibrado é direito de todos, e que é essencial à qualidade de vida da população. Ao interpretar o caput da norma constitucional, pode-se afirmar que direitos individuais e coletivos (v.g. saúde, segurança, direito de ir e

vir, moradia) são garantidos por um meio ambiente que proporcione uma vida digna aos cidadãos, restando evidente a correlação entre Direito Ambiental, normas protetivas e interação humana.

Desse modo, é possível considerar o direito ao meio ambiente equilibrado como um Direito Fundamental, constatando que apesar de não estar positivado no rol de garantias do artigo 5º da Constituição de 1988, encontra-se difundido no texto da Lei Maior, ampliando a perspectiva de proteção.

Portanto, a sustentabilidade a cada dia é mais trabalhada na cultura do brasileiro, seja pela propaganda privada, seja por campanhas de políticas públicas ou, até mesmo, certificações internacionais de desempenho para construções civis, na medida que um estudo feito pelo escritório Cushman & Wakefield (2018) de consultoria sustentável, constatou que os impactos das construções ao meio ambiente são responsáveis pelo consumo de, aproximadamente, 60% da geração de resíduos, 60% da energia produzida, 12% de água potável consumida e 30% das emissões de gases estufa.

Além disso, o município tem um papel de destaque na promoção da cultura do desenvolvimento sustentável, pois a sua competência fiscalizadora e legisladora o permite criar meios e prerrogativas que influenciem empresas de grande e médio porte a tomarem decisões não tão somente visando ao lucro, mas pregando a valorização e a redução dos impactos ambientais.

A preocupação com o meio ambiente vem-se tornando cada vez mais evidente no âmbito de comércio, consumo e, principalmente, na esfera da construção civil, na medida em que as construtoras estão procurando certificações e selos que titulem suas obras como sustentáveis e amistosas à preservação do meio ambiente como um todo. Não é possível considerar um sistema equilibrado em que não se destaque a ambiência saudável entre estruturas urbanas e a proteção à fauna e flora locais.

Apesar do desenvolvimento sustentável da construção civil estar

ascendendo, para o Estado do Ceará esta ainda é uma realidade um pouco desconhecida, pois em outros Estados brasileiros, como São Paulo, por exemplo, algumas certificações já são numerosas em empresas de todos os portes. Além disso, o pensamento ecológico já é uma cultura no sul e sudeste do país, partindo do pressuposto da coleta seletiva e do uso dos materiais recicláveis que são muito maiores que no Ceará.

Sob essa perspectiva de causar menos impactos ao ambiente a partir de uma adequação ao novo modelo de construir e visando a se tornar um Green Building, o grande empreendimento Bs Design, da construtora BSPAR, localizado na cidade de Fortaleza, no Estado do Ceará, está se submetendo a diversas consultorias que obedecem a padrões internacionais, na tentativa de receber a certificação LEED (Leadership in Energy and Environmental Design), elaborada pelo USGBC (United States Green Building Council.), que atesta se a construção possui práticas sustentáveis para a preservação do ambiente, no tocante, principalmente, ao uso racional da água, a economia de energia, o destino de resíduos e o incentivo atitudes cotidianas que visem a diminuição dos impactos ambientais. No Brasil, segundo o Green Building Council, há somente 158 certificações LEED. (GBC Brasil, 2018, on line).

3 O PROJETO DE LEI Nº 6.268/16 E AS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS AMBIENTAIS

Em 2016, o Deputado Federal Valdir Colatto (PMDB/SC) propôs o Projeto de Lei 6.268/2016, que dispõe sobre a Política Nacional de Fauna. No texto do projeto, há a regulamentação do manejo in situ (que visa apanhar, capturar, monitorar, resgatar, translocar e destinar animais silvestres da natureza buscando a conservação da biodiversidade, e evitando riscos à saúde pública e prejuízos à agropecuária.), do manejo ex situ (é a intervenção humana da

mesma maneira do manejo in situ, porém com os animais sendo mantidos fora do habitat natural, em cativeiro), e também da caça e da eutanásia de animais silvestres.

Além disso, nas disposições finais, o PL prevê a revogação do artigo 29 da Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), transcrito a seguir:

Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:

Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas:

I - quem impede a procriação da fauna, sem licença, autorização ou em desacordo com a obtida;

II - quem modifica, danifica ou destrói ninho, abrigo ou criadouro natural;

III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente.

§ 2º No caso de guarda doméstica de espécie silvestre não considerada ameaçada de extinção, pode o juiz, considerando as circunstâncias, deixar de aplicar a pena.

§ 3º São espécimes da fauna silvestre todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras.

§ 4º A pena é aumentada de metade, se o crime é praticado:

I - contra espécie rara ou considerada ameaçada de extinção, ainda que somente no local da infração;

II - em período proibido à caça;

III - durante a noite;

IV - com abuso de licença;

V - em unidade de conservação;

VI - com emprego de métodos ou instrumentos capazes de provocar destruição em massa.

§ 5º A pena é aumentada até o triplo, se o crime decorre do exercício de caça profissional.

§ 6º As disposições deste artigo não se aplicam aos atos de pesca.

Uma questão que gerou bastante discussão a respeito do PL é o fato de, por meio dele, caso seja aprovado, haver a autorização para a caça e venda de animais silvestres, conforme o positivado nos capítulos V e VIII do referido projeto. Isso poderia significar um retrocesso no que tange à conquista dos direitos dos animais, como se pode observar em um trecho do manifesto de repúdio redigido pela Hachi ONG - Proteção Animal e assinado por 128 ONGS de todo o Brasil: “As nações lutam pela preservação da fauna e da flora, que muito sofrem com a invasão desenfreada do homem em seus ambientes naturais. Mas com esse projeto de lei o Brasil marcha em sentido contrário.”

Contudo, é importante frisar que a caça, a manutenção em cativeiro e a venda de animais silvestres ocorrem independentemente de previsão legal. Logo, existir algum tipo de regulamentação à prática dessa conduta pode ser um meio viável de lidar com a questão, e evitar que o prejuízo à fauna brasileira seja ainda maior. Marc Dourojeanni, alega que o PL “cobre um vazio da legislação ambiental brasileira e que achei bem feita (a proposta), tecnicamente balanceada, e realista, portanto, aplicável.” (ONG O Eco, 2017, *on line*).

É possível constatar, em um primeiro momento, que o Projeto de Lei 6.268/2016 provocou bastante discussões na sociedade, tanto a favor quanto contra o PL. Atualmente, ele se encontra na Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (CMADS) para ser discutido.

3.1 O papel da Constituição Federal de 1988 na proteção ambiental

A Constituição Federal de 1988 foi a pioneira na disposição do tema na ordem constitucional, conforme observa-se o capítulo VI do Título VIII da Lei Maior.

Todavia, é importante salientar que mesmo antes disso, havia

dispositivos regulamentando a matéria, como o Decreto Lei nº 24.645, editado em 1934, no governo provisório de Getúlio Vargas, que instituiu os animais como sujeitos de direito e sinalizou a possibilidade de o Ministério Público assisti-los em juízo, na qualidade de substituto legal. Atualmente, o decreto está parcialmente em vigor, possuindo, inclusive, algumas definições não previstas na Lei de Crimes Ambientais. Além do referido Decreto, também é possível utilizar como exemplo a Lei 7173/83, que disciplina os jardins zoológicos.

Ressalte-se ainda a edição do Código Florestal, pela Lei nº 4.771/1965 e dos Códigos de Caça, identificados pela Lei nº 5.197/1967. Além do referido Decreto, também é possível utilizar, como exemplo, a Lei nº 7.173/1983, que disciplina os jardins zoológicos.

Observando a importância do meio ambiente e a necessidade de preservá-lo, o constituinte de 1988 o consagrou como direito fundamental. O direito ao meio ambiente é considerado um direito difuso pela doutrina, segundo Bernardo Gonçalves Fernandes (2014) “[...] não obstante seja definido constitucionalmente como direito da ordem social, é também um direito difuso por excelência - já que é um direito pertencente não apenas às gerações do presente, como ainda das gerações futuras.” Ainda nesse sentido, nos termos de Bulos (2014) “[...] o meio ambiente não é um direito subjetivo típico, divisível, particularizável, que pode ser usufruído individualmente. Ao contrário, é um direito exigível a quem tem o dever jurídico de prestá-lo: o Poder Público.” É importante ressaltar, porém, que segundo a previsão constitucional, também incumbe à coletividade o dever de preservação do meio ambiente para esta geração e as futuras.

A postura adotada pelo constituinte é reconhecida de maneira positiva, como se pode perceber nas palavras de Tagore Trajano

de Almeida, em seu artigo Fundamentos do Direito Animal Constitucional (2009):

A Constituição Federal de 1988 é o marco para o pensamento sobre a dignidade animal, uma vez que ao proibir que o animal seja tratado de forma cruel, reconhece ao animal não-humano o direito de ter respeitado o seu valor intrínseco, sua integridade, vida e liberdade.

Além disso, atualmente, o Brasil possui uma das legislações mais avançadas do mundo no que tange aos direitos dos animais, apesar de carecer de meios para efetivá-la, como afirma Luciana Stocco Betiol (2010): “O País possui um conjunto de leis ambientais consideradas excelentes, mas que nem sempre são adequadamente aplicadas, por inexistirem recursos e capacidades técnicas para executar a lei plenamente em todas as unidades federativas.”

A Constituição de 1988 também demonstrou a necessidade de a legislação infraconstitucional se adequar a essa nova perspectiva de maior proteção ambiental. A partir disso, foi sancionada a Lei nº 9605/1998 (Lei de Crimes Ambientais). Enquanto a Constituição Federal de 1988 assegura o direito ao meio ambiente e dispõe os meios para efetivá-lo (artigo 225, CF/88), a Lei nº 9605/98 sanciona àqueles que transgridem, de alguma maneira, esse direito. Uma importante inovação dessa lei, inclusive, foi a possibilidade de responsabilizar pessoas jurídicas pelos danos causados ao meio ambiente, sem excluir a responsabilidade das pessoas naturais autoras ou coautoras da infração.

Portanto, pode-se constatar que a Constituição Federal de 1988 possui papel importantíssimo no que diz respeito ao meio ambiente, pois além de ter positivado o direito a ele como direito fundamental previsto expressamente em seu texto, promoveu a promulgação de outros dispositivos normativos - a exemplo da Lei de Crimes Ambientais - que visem a resguardar esse direito, e também harmonizou a legislação infraconstitucional, por meio de

sua supremacia, revogando as disposições que vão de encontro a essa nova perspectiva de proteção e promoção ao direito ambiental.

3.2 Proteção constitucional ao meio ambiente ou Política Nacional de Fauna?

A Política Nacional de Fauna, proposta no Projeto de Lei de autoria do Deputado Valdir Colatto e explicada em tópico anterior, contraria o ordenamento jurídico brasileiro.

Ao propor a revogação do artigo 29 da Lei de Crimes Ambientais, fica claro que um dos objetivos do PL é conferir um tratamento mais brando àqueles que praticam atividades nocivas ao meio ambiente, nesse caso específico, aos animais. Ademais, o §5º do artigo 29 da referida lei, prevê o aumento de pena até o triplo, se um dos crimes citados no rol do artigo for praticado durante caça profissional. Logo, o que se pode extrair desse parágrafo é que um dos objetivos da lei é coibir a atividade venatória, já que ela é capaz de causar danos ao meio ambiente. Entretanto, o PL objetiva permiti-la, o que é uma clara contradição ao que está disposto na legislação infraconstitucional que confere garantias de preservação ambiental.

Além disso, o PL 6268/2016 afronta a Constituição Federal. O artigo 10 do PL permite a introdução de espécies, reintrodução ou incremento populacional de espécies da fauna silvestre na natureza mesmo sem autorização caso o animal capturado tenha comprovação específica do local da captura. Isto vai claramente contra ao disposto no art 225, §1º, II e VII, CF/88, pois essa prática pode prejudicar a preservação do patrimônio genético da espécie capturada, além colocá-la, potencialmente, em risco de extinção, já que a fiscalização seria dispensável na situação especificada acima.

Ainda nesse sentido, o PL autoriza reservas cinegéticas em propriedade privada (artigos 15 e 16). Cinegética é, segundo o dicionário eletrônico Dicio, a arte da caça. Ou seja, o projeto permite,

expressamente, a caça de animais. Apesar de o PL vedar a caça de animais em risco de extinção, a atividade venatória, por si só, é capaz de colocar novas espécies em risco. Ademais, permitir que haja propriedades privadas visando à caça de animais é algo absurdo, pois além de ter como consequência a possível ocorrência de um desequilíbrio ambiental, prioriza o lazer e o lucro, ao invés de um bem constitucionalmente protegido, qual seja o meio ambiente.

Logo, por mais que o Projeto apresente uma proposta que merece ser discutida tanto no âmbito político quanto no âmbito social, é preciso ressaltar que nenhuma lei pode ir contra o que está disposto na Constituição Federal, pois esta é o fundamento de todo o ordenamento jurídico. Todos os dispositivos normativos devem estar em harmonia entre si, e também com a Constituição. Inclusive, caso o PL fosse aprovado com a redação atual, ele seria inconstitucional, porque põe em ameaça um direito fundamental. Sendo o direito ao meio ambiente também de suma importância para a garantia de outros direitos fundamentais, como o direito à saúde e o direito à vida, pois sem um meio ambiente equilibrado, a concretização de direitos como os citados anteriormente estaria prejudicada.

4 FAZENDAS DE CAÇA NO BRASIL

A caça é considerada ilegal em todo o território brasileiro segundo a Lei Federal nº 5.197/1967, mais conhecida como Código de Caça, sendo permitida somente em casos específicos, como o do Javali Europeu, que se tornou uma praga, por não possuir nenhum predador, e causar impactos exorbitantes nos ecossistemas, e por isso o IBAMA autorizou a sua caça. Vale ressaltar que a prática não é feita de qualquer maneira, o caçador deve ter autorização e ser cadastrado, tanto ele como sua arma.

Nesse contexto, as fazendas de caça, ou reservas cinegéticas, possuem importância, na medida em que controlam pragas e ajudam

na preservação do meio ambiente, estando legalmente fundamentadas na Lei nº 5.197/1967. A primeira reserva de caça do Brasil foi a de Jorge Schweitzer, a fazenda Marimbondo, localizada ao norte do Paraná. A referida fazenda possuía como atividade a criação e o abate de faisões, funcionando apenas para convidados e aguardando a regulamentação federal, porém, operava com a autorização do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF).

Países como Estados Unidos, Uruguai e Argentina possuem experiências bastante relevantes nas suas economias. Nessa perspectiva, o país norte americano teve grande crescimento no número de fazendas; em 1954 havia apenas 746 fazendas de caça, e dez anos depois, esse número aumentou para 2.211 estabelecimentos. Segundo a revista *The Economist*, de 2002, a caça movimentava 25 bilhões de dólares por ano. Já na América do Sul, as diárias nas reservas de caça são de aproximadamente 410 dólares, e possuem um viés mais esportivo, na medida em que os troféus são a finalidade dos caçadores. (2012, *on line*).

4.1 Argumentos de incentivo à cultura da caça recreacional

Os argumentos que sustentam a liberação da caça estão baseados na preservação ambiental. Destacam os defensores dessa prática que a ameaça à fauna silvestre está na expansão das fronteiras agrícolas e não na caça ilegal, e que esta além de benéfica para os ecossistemas ajudaria a própria proteção dos animais. Esse argumento é tão forte, que possui embasamento na decisão em 2013 do IBAMA de permitir a caça do Javali Europeu, considerado uma praga, que se reproduziu e se espalhou muito rápido pelo território nacional e, por não possuir predadores naturais, acaba não sendo controlado, prejudicando ecossistemas. Outro fator relevante é a constatação de que o caçador amador conhece mais a natureza diante do contexto urbano e êxodo rural. (Revista Super

Interessante, *on line*). Os empresários, pecuaristas e os amantes da caça amadora atestam o Rio Grande do Sul como o modelo a ser seguido no resto do Brasil em relação à caça, pois arrendou as áreas dos solos de várzea para caçadores e eles têm ajudado a diminuir o ritmo da devastação, além da criação do Batalhão de Polícia Ambiental as unidades municipais, as Patrulhas Ambientais, que garantem que a fauna não será ameaçada.

Porém, o Projeto de Lei nº 6.268/2016 o “PL da caça”, de autoria do Deputado Federal Valdir Colatto (PMDB, Santa Catarina) gera controvérsias em relação à preservação ambiental, na medida em que possui pontos polêmicos, como a regulamentação da caça, permissão para a criação de reservas de caça, liberação de abates de animais que ameacem a produção pecuária, tornar mais flexíveis as penas para quem caça ilegalmente, e torna possível a possibilidade de vender animais de áreas de preservação ambiental.

A perspectiva de como serão os reflexos, a longo e médio prazo, da situação da fauna nacional, se for aprovado o Projeto de Lei segundo a análise da Organização Não Governamental Freeland Brasil e do Ministério Público de São Paulo (MASP), são preocupantes.

As notas técnicas da Freeland Brasil e do MASP analisam o projeto com um todo, criticando alguns artigos que chamam mais atenção. O relatório geral apresenta um viés negativo sobre a possível aprovação do projeto, pois as disposições são genéricas, utópicas e consideradas privilegiadoras da caça de animais, conflitando com o artigo 225, § 1º, inciso VII, da Constituição Federal. Destaca-se o artigo 6º, o qual se refere a animais domesticados e os assemelha a animais domésticos, ocasionando uma confusão de limites entre animais silvestres e animais domésticos.

Ademais, o artigo 7º não faz menção aos animais exóticos silvestres, deixando-os desprotegidos no Ordenamento Jurídico. Também há no § 2º do artigo 7º a possibilidade de caças serem feitas fora das reservas cinegéticas, se isso trouxer um benefício ao

meio ambiente. Logo, o artigo 8º, juntamente com o artigo 7º, abre a possibilidade de animais capturados serem comercializados, ou seja, carne, chifres, troféus e produtos derivados.

Com efeito, a maior crítica em relação à proposta do Deputado são os artigos 15 e 16, no qual ele usa o termo “fazendas cinegéticas” para se referir a fazendas de caça, nas quais as pessoas efetuam pagamento para poder caçar animais silvestres. Porém, esse artigo confronta o artigo 32 da Lei nº 9.605/98, a Lei de Crimes Ambientais, que proíbe maus tratos a animais, porque se nota que caçadores amadores não possuem técnicas para matar, acarretando sofrimento ao animal que, não raro, é deixado para morrer sangrando.

Além disso, as reservas serão feitas em propriedades privadas e se tratam de atividades comerciais privadas, logo, sem a necessária aplicação da verba pública, o que torna difícil o controle do rendimento das fazendas. Nesse viés, o controle de estadias, alugueis de equipamentos e serviços tendem a ficar a cargo do proprietário, ou de quem administra a fazenda de caça.

Outro fator relevante diz respeito à segurança pública devido ao fato de as armas usadas para caça serem mais potentes, e se seria possível ocorrer um problema na fiscalização das armas de caça. Atualmente, a utilização de armas com a finalidade predatória exige cadastramento e autorização do Exército brasileiro, assim positivado no artigo 30 do Decreto nº 5.123/2004.

A problemática surge, quando o PL da caça abrirá brechas para a discussão sobre a legitimidade do Estatuto do Desarmamento, pois um caçador terá de portar sua arma para se locomover pela cidade.

Logo, o aumento da circulação de armas de grande potencial ofensivo só tende a piorar a situação do Brasil no Mapa da violência, que em 2016, constatou que lugares em guerra civil, como a Síria, matam menos que a República brasileira. Ademais, grande parte da apreensão de armas de fogo que circulam de maneira ilegal no meio rural, vem de denúncias da prática ilegal de caça (ONG O Eco, *on line*).

4.2 A judicialização da caça: análise no âmbito do Supremo Tribunal Federal

O Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 408, no dia dezessete de dezembro de dois mil e dezessete. A ADPF foi levada ao STF pela Sociedade Brasileira para Conservação da Fauna (SBCF), e pedia que o artigo primeiro da Lei de Proteção a Fauna fosse interpretado conforme a Constituição brasileira, pois o artigo 1º da Lei nº 5.917/1967 positiva:

Art. 1º. Os animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais são propriedades do Estado, sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha.

§ 1º Se peculiaridades regionais comportarem o exercício da caça, a permissão será estabelecida em ato regulamentador do Poder Público Federal.

E o artigo 225 da Constituição Federal tipifica:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Diante disso, os argumentos apresentados pela SBCF foram de que, primeiramente, ela era uma entidade de classe nacional, e apre-

sentou diversas decisões judiciais que tinham limitado o exercício da caça e, por isso, elas estariam confrontando a Constituição pela atividade cinegética trazer benefícios ao meio ambiente, ou seja, tornando vulnerável o meio ambiente equilibrável e sustentável disposto no artigo 225. Além disso, a Sociedade afirma que caçar é um recurso natural renovável para a preservação ambiental, e acompanhada de estudo e laudos técnicos conseguiria aproveitar e empregar os recursos corretos para o controle da população de animais. Também foi apresentada a concessão de atividade de caça para o controle de caças, caso do Javali Europeu e das capivaras em alguns estados. A entidade, por fim, pediu a concessão de medida liminar que determinasse a suspensão de decisões judiciais contrárias à atividade cinegética.

Já o Ministro Fux argumentou que a SBCF não possuía o caráter de entidade de classe de âmbito nacional, necessário para ajuizar a ação, segundo o inciso IX do artigo 103 da Constituição Federal, solicitando que fosse apresentada uma lista completa de associados e provasse sua representação em, pelo menos, nove estados da federação, conforme jurisprudência. A Sociedade protocolou em petição que não possui esses requisitos. Portanto, a ação foi negada por falta de legitimidade.

Outra atuação importante do Supremo Tribunal foi na Reclamação 6451 do Rio Grande do Sul. A ação foi ajuizada pela Federação Gaúcha de Caça e Tiro (FGCT) e a Ministra Carmen Lucia foi encarregada de julgar o processo. A Federação deu entrada para reclamar contra o acórdão proferido nos Embargos Infringentes da Ação Civil Pública nº 2004.71.00.021481-2/RS pela 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, alegando usurpação da competência do STF e pedindo uma liminar. Esta Ação Civil foi movida pela Associação Civil União contra o IBAMA, sustentando que o parágrafo 1º do art. 1º da Lei federal nº 5.197/67 estabelece: “se peculiaridades regionais comportarem o exercício da caça, a permissão será estabelecida em ato regulamentador do Poder Público Federal.”

Logo, segundo a Associação Civil estaria incompatível com a Constituição de 1988, e por isso, foi pedida a proibição definitiva da atividade de caça. Destaca-se que o Estado do Rio Grande do Sul é mais flexível em relação à caça, possuindo um rol maior de animais permitidos pelo IBAMA para o abate, como capivaras, faisões, javalis. Nesse contexto, o Juízo de Direito da 9ª Vara Cível da Justiça Federal de Porto Alegre/RS julgou parcialmente procedente a Ação Civil Pública, reconhecendo que o IBAMA do RS não possui competência socialmente relevante para liberar nem licenciar a caça amadorista, a caça esportiva e a caça recreacional, além do mais, determinava que o IBAMA fiscalizasse e proibisse essa prática, e determinou que o réu só poderia permitir a caça científica e de controle, sendo a última mediante estudos e laudos técnicos. Porém, no dia dezesseis de maio de dois mil e seis, o TRF da 4ª região deu provimento às apelações da FGCT e do IBAMA, afirmando que não possuía proibição, pois a competência legislativa disposta no artigo 24 da Constituição Federal autorizava a Lei estadual nº 10.056/94 editada pelo Rio Grande do Sul e a Instrução Normativa nº 30/2004. Diante dos autos, a Ministra Carmem Lucia concedeu a liminar para o IBAMA e Federação Gaúcha de Caça e Tiro.

5 CONCLUSÃO

O Projeto de Lei nº 6268/2016 suscitou uma importante discussão sobre o necessário respeito ao meio ambiente, pois a caça de animais e a facilitação de seu transporte, comércio ou confinamento em cativeiro não só é capaz de afetá-los como seres vivos, como afeta o meio ambiente como um todo. Um possível desequilíbrio ambiental refletiria diretamente na vida do ser humano. Oportuno ressaltar que a Constituição Federal de 1988 resguarda o direito ao meio ambiente como um direito fundamental, sendo de extrema importância, como já foi dito anteriormente, para a concretização de outros direitos.

Nesse sentido, ao longo do artigo, desenvolveu-se uma discussão sobre como é possível conciliar o desenvolvimento e o direito ao meio ambiente equilibrado, sobre as propostas do PL, sobre como o Judiciário brasileiro está tratando as questões envolvendo a caça e sobre como o PL, com sua redação atual, está em desarmonia com o ordenamento jurídico brasileiro.

Após a análise dessas questões - que não são o suficiente para esgotar o tema, mas que puderam oferecer uma base para que se construísse um posicionamento a respeito do assunto - o que se pode concluir foi que caso o PL, que prevê a Política Nacional de Fauna, não seja rediscutido e reformulado, ele estará incompatível com as disposições constitucionais, não podendo, assim, ser aprovado, pois, nessas condições, porque a supremacia constitucional e a proteção aos direitos fundamentais devem ser priorizados quando postos em confronto com dispositivos infraconstitucionais.

ENVIRONMENTAL LAWS: THE CONFLICT BETWEEN THE PROPOSED REGULATION FOR HUNTING FARMS AND THE CONSTITUTIONAL PROTECTION TO THE ENVIRONMENT

ABSTRACT

The purpose of this research is to answer the following question: is the PL 6.268/2016 incompatible with the constitutional provisions about environmental protection? To answer this it is necessary to analyze questions that involve the creation and development of the referred PL, identify which are the possible juridical and environmental consequences if hunting becomes regulated in Brazil and, finally, verify if there is compatibility between the constitutional protection of the environment and the “Política Nacional de Fauna”. This research was made using qualitative approach based on interpretation of literature about the theme, analysis of the laws and positive and negative

arguments. It was possible to conclude that the PL 6.268/2016 is not in harmony with the Brazilian legal order needing, because of that, to be made a review so it does not threat a fundamental right: the right of an ecologically healthy and balanced environment.

Keywords: *Environmental rights. Hunting fields. Constitutional protection of environment.*

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Adpf nº 408. **Adpf 408 / Df - Distrito Federal Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Brasília, 2017. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADPF\\$.SCLA.+E+408.NUME.\)+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/jshpp3e](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADPF$.SCLA.+E+408.NUME.)+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/jshpp3e)>. Acesso em: 15 jun. 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 6451. **Supremo Tribunal Federal Stf - Reclamação: Rcl 6451 Rs**. Brasília, . Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22496811/reclamacao-rcl-6451-rs-stf>>. Acesso em: 15 jun. 2018.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DOUROJEANNI, Marc. **Política Nacional de Fauna: uma análise dos argumentos contrários**. 2017. Disponível em: <<http://www.oeco.org.br/colunas/marc-dourojeanni/politica-nacional-de-fauna-uma-analise-dos-argumentos-contrarios/>>. Acesso em: 10 jun. 2018.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2014.
- FELTRAN-BARBIERI, Rafael. **Liberar a caça é também problema de segurança pública**. 2017. Disponível em: <<http://www.oeco.org.br/colunas/columnistas-convidados/liberar-a-caca-e-tambem-problema-de-seguranca-publica/>>. Acesso em: 12 jun. 2018.
- GBC Brasil. **Green Building Council**. Disponível em: <<http://www.gbcbrazil.org.br/faq.php>>. Acesso em: 20 jun. 2018.
- Governo do Brasil. **Legislação ambiental no Brasil é uma das mais completas do mundo**. 2017. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/editoria/>>

meio-ambiente/2010/10/legislacao>. Acesso em: 12 jun. 2018.

HACHI ONG - PROTEÇÃO ANIMAL. **Manifesto das Organizações da Sociedade Civil contra o Projeto de Lei nº 6.268/2016**. 2017. Disponível em: <<http://www.apremavi.org.br/wp-content/uploads/2017/09/Manifesto-Contra-o-PL-6268-2016.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

III SIMPÓSIO SOBRE RECURSOS NATURAIS E SOCIOECONÔMICOS DO PANTANAL, 2000, Corumbá. **FAZENDAS DE CAÇA: ESTRATÉGIA VÁLIDA PARA USO SUSTENTADO DA FAUNA DO PANTANAL?** Corumbá: Embrapa, 2000. 31 p. Disponível em: <<http://www.cpap.embrapa.br/agencia/congresso/Bioticos/MENEGHETI-084.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

INSTITUTO NINA ROSA. **Exploração Animal**. 2006. Disponível em: <<http://www.institutoninarosa.org.br/exploracao-animal/caca/>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm>. Acesso em: 19 jun. 2018.

Projeto de Lei nº 6.268 de 10 de outubro de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Fauna e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2113552>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

SUPER INTERESSANTE. **Caçar para proteger: como a prática pode ajudar o meio ambiente**. 2002. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/opiniao/cacar-para-protetger/>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

Supremo Tribunal Federal. **Extinta ADPF sobre caça amadora por falta de representação nacional da autora da ação**. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=361928>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2016: homicídios por armas de fogo no Brasil**. 2015. Disponível em: <https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2018.

XVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2009, São Paulo. **Fundamentos do Direito Animal Constitucional**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. 11182 p. Disponível em: <[https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVIII+Congresso+Nacional+-+FMU-São+Paulo+\(04,+05,+06+e+07+de+novembro+de+2009\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVIII+Congresso+Nacional+-+FMU-São+Paulo+(04,+05,+06+e+07+de+novembro+de+2009).pdf)>. Acesso em: 12 jun. 2018.

As obrigações processuais penais positivas segundo os precedentes das cortes europeia e interamericana de direitos humanos¹

*Frederico Valdez Pereira*²

*Douglas Fischer*³

RESUMO

Procurar-se-á demonstrar que há inúmeros precedentes das Cortes supranacionais de direitos humanos que, por interpretação das respectivas convenções (e como decorrência também das próprias previsões constitucionais internas), reconhecem a existência de expressas obrigações processuais penais positivas que consistem, em verdade, no dever de os Estados partes de adotar todas as providências necessárias e adequadas para a apuração dos fatos ilícitos cometidos (obrigação de meio), sempre respeitando-se (busca do equilíbrio) os direitos fundamentais dos investigados/processados (obrigações de resultado). A finalidade é demonstrar que os precedentes reconhecem de forma muito clara e unânime que, no âmbito da proteção dos direitos humanos (com repercussões obviamente no âmbito das investigações e processamento penal dos eventuais infratores), é fundamental considerar também o plexo de garantias protegidos das vítimas e da coletividade em geral.

¹ Data de recebimento: 17/02/2018. Data de aceite: 10/05/2019.

² Juiz Federal, Doutorando em Processo Penal na Università degli Studi de Pavia/Itália, Mestre em Direito pena Universidade de Lisboa/Portugal, Especialista em Direito Penal Econômico pela Unisinos/RS, Professor de Direito Processual Penal.

³ Procurador Regional da República na 4ª Região, Mestre em Instituições de Direito e do Estado pela PUCRS, Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal. E-mail: douglas@mpf.mp.br

Palavras-chave: *Obrigações processuais penais positivas. Cortes supranacionais de direitos humanos. Direitos fundamentais.*

1 INTRODUÇÃO

O presente texto tem sua origem na obra *As Obrigações Processuais Penais Positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*,⁴ publicada em março de 2018. A finalidade é apresentar uma síntese das principais ideias desenvolvidas na referida obra, daí a razão de muitas expressas citações no corpo do texto, procurando-se manter a originalidade do que defendido.

Em resumo, procurar-se-á demonstrar que há inúmeros precedentes das Cortes supranacionais de direitos humanos que, por interpretação das respectivas convenções (e como decorrência também das próprias previsões constitucionais internas), reconhecem a existência de expressas obrigações processuais penais positivas que consistem, em verdade, no dever de os Estados partes de adotar todas as providências necessárias e adequadas para a apuração dos fatos ilícitos cometidos (obrigação de meio), sempre respeitando-se (busca do equilíbrio) os direitos fundamentais dos investigados/processados (obrigações de resultado). A finalidade é demonstrar que os precedentes reconhecem de forma muito clara e unânime que, no âmbito da proteção dos direitos humanos (com repercussões obviamente no âmbito das investigações e processamento penal dos eventuais infratores), é fundamental considerar também o plexo de garantias protegidos das vítimas e da coletividade em geral.

⁴ Pereira, Frederico Valdez; Fischer, Douglas. *As Obrigações Processuais Penais Positivas Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

2 O GARANTISMO PENAL INTEGRAL

Antes de adentrar na compreensão do tema central das obrigações processuais penais positivas, fundamental uma breve incursão no tema do garantismo penal integral⁵. Conforme destacamos na obra, o tema do garantismo ainda traz muitas discussões, especialmente porque, compreendemos, de um modo geral na América Latina (mas especialmente no Brasil), que o pensamento atrelado às ideias filosóficas do Professor Luigi Ferrajoli merece uma devida análise crítica e, sobretudo, uma contextualização histórica. Reafirmamos incondicionalmente que aderimos a muitas de suas ideias, mas, como se verá mais adiante, o garantismo é dinâmico, uma “obra inacabada”, que está, em verdade, em constante aperfeiçoamento. Exatamente por isso é que se defende que o garantismo deva ser compreendido de forma integral, não apenas pelo prisma originário de defesa exclusiva de direitos fundamentais de primeira geração, de imposição de limites de atuação do Estado.

A compreensão de que o garantismo deveria proteger exclusivamente direitos fundamentais de primeira geração tem gerado, em nossa compreensão, verdadeira desproteção sistêmica. É dizer: sem racionalidade (para não dizer sem fundamentação), protegem-se exclusivamente direitos individuais fundamentais, sem que se note uma consideração dos demais direitos fundamentais que formam a complexa teia de bens e valores que possuem proteção constitucional.

5 Sintetizando, [...] embora construídos por premissas e prismas um pouco diversos, o princípio da proporcionalidade (em seus dois parâmetros: o que não ultrapassar as balizas do excesso e da deficiência é proporcional) e a teoria do garantismo penal integral (em nossa compreensão) expressam a mesma preocupação: o equilíbrio na proteção de todos (individuais ou coletivos) direitos e deveres fundamentais expressos na Carta Maior. Quer-se dizer com isso que, em nossa compreensão (integral) dos postulados garantistas, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e segurança, evitando-se a impunidade. O dever de garantir a segurança não está em apenas evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também (segundo pensamos) na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito, e, em sendo o caso, da punição do responsável. Fischer, Douglas. Garantismo penal integral [] e o Princípio da Proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Revista de Doutrina 4. Região, v. 28, p. 1, 2009. Também em Revista do Núcleo Criminal da PRR 1ª Região - Brasília, v. Ano 2, p. 16-17, 2009. Também em Revista de Doutrina 4. Região, v. 28, p. 1, 2009.

Como salienta Prieto Sanchís, Ferrajoli sempre insistiu que o paradigma garantista

es uno y el mismo que el actual Estado constitucional de derecho, o en que representa la outra cara del constitucionalismo, concretamente aquella que se encarga de formular las técnicas de garantías idoneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos [...] [todos os direitos, explicitamos] [...] reconocidos constitucionalmente. Prieto Sanchís (2005).

Desde já é importante destacar que existem

garantías positivas y garantías negativas; las primeras obligarían a abstenciones por parte del Estado y de los particulares en respeto de algun derecho fundamental, mientras que las segundas generarían obligaciones de actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algun derecho. Carbonell (2005, p. 182).

A equação pode parecer complexa, mas na raiz é bastante simples: para a (e na) proteção dos direitos e das garantias fundamentais (individuais e coletivos) e na exigibilidade do cumprimento dos deveres fundamentais, há se observar que os princípios elencados funcionam como guias na dinâmica e harmônica configuração (na melhor medida possível) de todos os bens e valores protegidos constitucionalmente.

Adolfo Bidart (2006) é preciso quando sustenta que

'la mera formulación de los derechos humanos' (...) revela la necesidad de su complementación con los deberes humanos, que tienen igual significación y trascendencia que aquellos con los que mutuamente se deslindan y garantizan en su ejercicio o realización. Los derechos humanos en cada hombre requieren, para su efectiva existencia, igual fundamento o base, de deberes de igual jerarquía e significación.

A Constituição Federal brasileira é (integralmente, segundo nossa expressão) garantista, e assenta seus pilares nos princípios

ordenadores de um Estado Social e Democrático de Direito, mas insistimos no sentido de que a teoria garantista não existe apenas para proteção exclusivamente de interesses e direitos fundamentais individuais.

Se a Constituição é o ponto de partida para (também) a análise (vertical) do influxo dos princípios fundamentais de natureza penal e processual penal, decorre daí que o processo hermenêutico não poderá assentar-se sobre fórmulas rígidas e pela simples análise pura (muito menos literal) dos textos dos dispositivos legais (inclusive da própria Constituição).

A compreensão e a defesa dos ordenamentos penal e processual penal também reclamam uma interpretação sistemática (por isso integral) dos princípios, das regras e dos valores constitucionais para tentar justificar que, a partir da Constituição Federal de 1988 (o novo marco teórico que referimos inicialmente), há também novos paradigmas influentes também (ao que interesse precipuamente aqui) em matéria penal e processual penal. Diante de uma Constituição que preveja, explícita ou implicitamente, a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados, incumbe o dever de se visualizar os contornos integrais do sistema garantista.

De relevo o que diz Perfecto Andrés Ibáñez, para quem se deve analisar a existência atualmente de um “garantismo dinâmico, que es el que trasciende el marco de o proceso penal y también el de la mera garantía individual de carácter reactivo para ampliarse al aseguramiento de otros derechos e de los correspondientes espacios hábiles para su ejercicio”.

Bastante incisiva e objetiva, a advertência de Miguel Carbonell (2005, p. 171) é no sentido de que a teoria garantista de Luigi Ferrajoli apresenta-se como um paradigma inacabado, como uma obra no meio do caminho, carente de complementação e devida

compreensão (*Ibid.*, p.171). E realmente é inacabado, pois seria impossível conceber-se ideais desse jaez estanques no tempo e no espaço, sem a devida contextualização na realidade atual, que gera um constante (re)ajuste de todos os valores protegidos constitucionalmente. A sua base “sobretudo por razões históricas” é fundamental. Mas demanda a devida adaptação.

De certa, forma Ferrajoli parece aceitar a crítica construtiva de Carbonell, ao admitir expressamente que “el paradigma garantista puede expandirse (y en el plano normativo ha ido efectivamente expandiéndose) en tres direcciones: hacia la tutela de los derechos sociales y no solo de los derechos de libertad, frente a los poderes privados y no solo a los poderes públicos y en ámbito internacional y nó solo estatal” (FERRAJOLI, 2006, p. 113).

Compreendemos que todos os direitos fundamentais equivalham a vínculos de substância, que, por sua vez, condicionam a validade da essência das normas produzidas (e também nas suas aplicações), expressando, ao mesmo tempo, os fins aos quais está orientado o denominado Estado Constitucional de Direito (FERRAJOLI, 2004, p. 152).

Assim, se todos os Poderes estão vinculados a esses paradigmas “como de fato estão”, especialmente é o Poder Judiciário quem tem o dever de dar garantia também aos cidadãos (sem descurar da necessária proteção dos interesses sociais e coletivos) diante das eventuais violações que eles vierem a sofrer. É exatamente por isso que Miguel Carbonell refere que “en el modelo del Estado social los poderes públicos dejan de ser percibidos como enemigos de los derechos fundamentales y comienzan a tomar, por el contrario, el papel de promotores de esos derechos, sobre todo de los de caracter social”. Carbonell (2005, p. 179).

Em nossa compreensão (integral) dos postulados garantistas, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir

também ao cidadão a eficiência e segurança.

Como mais um imperativo constitucional (art. 144, *caput*, CF), o dever de garantir segurança (que se desdobra em direitos subjetivos individuais e coletivos) não está em apenas evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, da punição do responsável. Nesse diapasão, calham ao caso novamente as considerações de Miguel Carbonell, quando assenta que

la obligación de proteger significa que el Estado debe adoptar medidas destinadas a evitar que otros agentes o sujetos violen los derechos sociales, lo que incluye mecanismos no solamente reactivos frente a las violaciones [...], sino también esquemas de carácter preventivo que eviten que agentes privados puedan hacerse con el control de los recursos necesarios para la realización de un derecho. Carbonell (2005, p. 194).

Especialmente em terras brasileiras, é preciso reafirmar a premissa de que os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção, possuindo também o denominado postulado de proteção. Como reconhece Canaris, não existe unicamente uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbot*). Enquanto a Proibição de Excesso (*übermaBverbot*) depende da aferição de estar sendo restringido excessivamente um direito fundamental (especialmente os de primeira geração), a Proibição de Proteção Deficiente (*untermaBverbot*) está em se apurar quando direitos fundamentais – em face de condutas (notadamente criminais) que os atinjam – não estão sendo suficientemente protegidos, ou ainda, quando se está afastando indevidamente o cumprimento dos deveres fundamentais.

Em complementação, é exatamente o que diz Carlos Bernal Pulido, quando destaca que

la cláusula del Estado social de derecho modifica el contenido que los derechos fundamentales tenían en el Estado liberal. [] De este modo, junto a la tradicional dimensión de derechos de defensa, que impone al Estado el deber de no lesionar la esfera de libertad constitucionalmente protegida, se genera un nuevo tipo de vinculación, la vinculación positiva. En esta segunda dimensión, los derechos fundamentales imponen al Estado un conjunto de “deberes de protección” [dizemos nós: de proteção ótima] que encarnan en conjunto el deber de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan. Bernal Pulido (2005, p.126).

Na sequência de sua doutrina⁶, destacando que “el efecto disuasorio o preventivo de la pena es una de las estrategias más efectivas para proteger los derechos fundamentales de ataques provenientes de terceros”, enfatiza que

el principio de proporcionalidad supone también interpretar los derechos fundamentales de protección como principios y aceptar que de ellos se deriva la pretensión prima facie de que el legislador los garantice en la mayor medida posible, habida cuenta de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto quiere decir que estos derechos imponen prima facie al legislador el desarrollo de todas las acciones (no redundantes) que favorezcan la protección de su objeto normativo, y que no impliquen la vulneración de otros derechos e principios que juegan en sentido contrario. [] La versión del principio de proporcionalidad que se aplica frente a los derechos de protección se llama prohibición de protección deficiente (*el Untermassverbot*) de la doctrina alemana. Este principio se aplica para determinar si las omisiones legislativas, que no ofrecen un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección, constituyen violaciones de estos derechos. Cuando se interpretan como principios, los derechos de protección implican que el legislador les otorgue prima facie la máxima protección. Si éste no es el caso, y, por el contrario, el legislador protege un derecho sólo de manera parcial o elude brindarle toda protección, la falta de protección óptima debe enjuiciarse entonces desde el punto de vista constitucional mediante la prohibición de protección deficiente. [...] Bernal Pulido (*Ibid.*, pp. 139-142).

⁶ Aplicável integralmente não só ao controle das ações do legislador, mas a todos os Poderes.

De igual modo, complementamos, é dever de todos os Poderes vinculados à existência de um Estado Social e Democrático de Direito a adoção de todos os meios que, sem despreteger direitos fundamentais de primeira geração (garantismo negativo), maximizem a proteção dos demais direitos e deveres impostos constitucionalmente como essenciais, equilibrando-se a balança do sistema por intermédio do denominado garantismo positivo. Noutras palavras, o garantismo positivo se caracteriza como um dever de proteção (de ação) que implica a obrigação de o Estado, nos casos em que for necessário, adequado e proporcional em sentido estrito, restringir direitos fundamentais individuais dos cidadãos (embora, repise-se, a teoria garantista na ideia de Ferrajoli não se pauta por análise dos subprincípios da “proporcionalidade”). Portanto, é fundamental compreender que o conteúdo objetivo dos direitos fundamentais permitiu também a elaboração dos deveres de proteção, justificando a obrigação de o Estado assegurar a proteção de bens jurídicos por meio de medidas legislativas e operacionais, portanto, exigindo uma ação positiva estatal (PREREIRA; FISCHER, 2018, p.33).

Já dissemos anteriormente que

quando se defende que sejam aplicados na íntegra e de forma concatenada os postulados constitucionais, está-se procurando demonstrar que o garantismo nada mais é do que a visão atual do constitucionalismo (exatamente como reconhece Ferrajoli): há se considerar na hermenêutica constitucional (sobretudo com reflexos nas searas penal e processual penal) a valoração de todos os direitos e deveres existentes no corpo da Carta Maior, e não apenas os direitos fundamentais individuais (e de primeira geração) dos investigados e/ou processados criminalmente.⁷

Assim, complementamos, “o que se pretende é buscar a com-

7 No dia 16 de outubro de 2013, em evento organizado e realizado no Ministério da Justiça em Brasília, ao final de sua exposição, Ferrajoli foi indagado como poderia ser conformada ao garantismo a pretensão de punir agentes de repressão política por crimes cometidos no período da ditadura brasileira em razão do período já transcorrido até os dias atuais pela fluência da prescrição. De forma muito objetiva (mas sem surpresa para quem conhece a ideia central do garantismo em sua essência original), respondeu que seria perfeitamente possível a conformação (utilizando a expressão da indagação que lhe foi feita), pois o garantismo defendido por ele traz em seu bojo, à luz de (todos) princípios constitucionais vigentes e do Direito Internacional, a obrigação de o Estado agir (denominadas obrigações positivas) para punir, eficazmente, os autores dos crimes dessa natureza, não podendo serem invocadas regras de prescrição como forma a pretender afastar eventuais ações penais. Nessa linha, inclusive, em capítulo adiante visto será destacado o tema da prescrição à luz de cortes internacionais.

preensão do garantismo penal que se considera mais adequada (e de algum modo recepcionada pelas Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos) pois, na senda de Larenz, a alternativa verdadeiro/falso é estranha ao Direito, em que existe apenas o aceitável (justificável)” (*Ibid.*, 2018, p.29) e portando-se a Jorge Reis Novais (2003, p. 57), enfatizamos nossa compreensão de que

processo criminal e a respectiva imposição de pena aos infratores é uma forma de, mediante as irradiações dos efeitos da prevenção geral positiva, garantir a segurança e convivência entre os pares que não infringiram o ordenamento jurídico. Analisando o tema relacionado aos deveres de proteção e os direitos fundamentais, é possível inserir entre as mais relevantes elaborações nos Estados Sociais e Democráticos de Direito do pós-guerra a noção de que, para além de sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais constituem um sistema objetivo de valores que legitima a ordem jurídico-constitucional do Estado. (PREREIRA; FISCHER, 2018, p.29).

3 OS MANDADOS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DAS REGRAS CONVENCIONAIS

Seguindo ainda na linha que argumentamos na obra originária do tema ora abordado (*Ibid.*, 2018, p.40), segundo destaca Canotilho a abertura, incompletude e imperfeição são as características de uma Constituição (CANOTILHO, 2001, p. 116 e 88-9) (também do ordenamento convencional, dizemos nós), especialmente a “abertura material, a abertura ao tempo, que é um dos topoi centrais da moderna teoria da constituição”. Ainda na senda de Canotilho, cumpre gizar que

uma das concepções que parece lograr mais sufrágios na moderna juspublicística é aquela que pretende conciliar a ideia de constituição com duas exigências fundamentais do Estado Democrático-Constitucional: (1) a legitimidade material, o que aponta para a necessidade de a lei fundamental transportar os princípios materiais caracterizadores do Es-

tado e da sociedade; (2) a abertura constitucional, porque, não obstante a constituição ser uma ordem material, ela deve possibilitar o confronto e a luta política dos partidos e das forças políticas, portadoras de projectos alternativos de realização dos fins constitucionais.

Nessa mesma linha, é fundamental ter como concepção a doutrina de Coello Nuño (2005, p. 111, 116 e 290), que assenta que toda Constituição aberta que sempre será dinâmica devido ao necessário movimento da força das sociedades, cambiantes por natureza, e os conteúdos e valores constitucionais serão aperfeiçoados mediante a interpretação e aplicação do ordenamento maior.

Dizemos em complemento que “a constitucionalização somada à convencionalização dos princípios processuais de justiça exige significativa mudança na postura dogmática dos intérpretes e aplicadores do direito também no âmbito da análise sobre a organização do procedimento judicial”, pois a “estrutura, as reformas e os temas relevantes do direito processual devem ser estudados a partir da interação entre os princípios e valores compartilhados constitucional e convencionalmente, inclusive, conforme adverte Trocker, permitindo o diálogo com a jurisprudência no terreno da legitimidade constitucional e convencional verificada em concreto”. Mais especificamente no âmbito penal, “é necessário evidenciar de que forma a jurisprudência se orienta na tarefa de solucionar o conflito imanente entre indivíduo e autoridade, que se concreta no balanceamento do dever de garantir “l’inquisito e nel contempo la difesa sociale” (PREREIRA; FISCHER, 2018, p. 42).

Reafirmamos a compreensão de que não há dúvidas de ser necessário haver um modelo de processo penal justo, afinado e orientado pelos princípios e valores incidentes na equação da dinâmica processual. Porém – e aqui é o ponto fundamental compreender – é necessário que as lentes estejam focadas não apenas nas pautas normativas domésticas, restritas a um dado ordenamento jurídico. O foco deve-se ampliar de modo a contemplar

as convenções e demais fontes supranacionais que tratam sobre direitos humanos e jurisdição penal. Assim, na “busca de soluções sistematicamente melhores, ao desenvolver a hierarquização dos princípios, regras e valores, o intérprete deve estar imbuído em seu espírito da prudência e da necessidade de agir com temperança”, devendo também “considerar a premissa de que não existem princípios, regras ou valores absolutos, atentando para o fato de que essa relativização não significa debilidade, ao contrário, demonstra o fortalecimento mútuo dos princípios, bem como de suas dimensões” (*Ibid.*, 2018, p. 43).

Diante de tais premissas, há se ver que as fontes normativas internacionais provenientes do sistema de tutela dos direitos humanos - o que inclui os aportes jurisprudenciais da Corte Interamericana para o caso do Brasil - devem ser utilizadas como cânones interpretativos do direito pátrio, gerando uma obrigação aos juízes domésticos de aplicarem o ordenamento jurídico interno de maneira conforme também ao direito supranacional, valorizando, assim, exegese normativa que preserve o Estado dos riscos de uma responsabilização internacional por descumprimento de obrigações daí decorrentes. Assim, uma “melhor interpretação” deve considerar todas as normas integradas entre si, não isoladas nem dispersas, compreendendo-se que todos os comandos nela insertos (unidade) estão costurados por fios seguros, e por isso suficientemente fortes para sustentar as tensões dialéticas que naturalmente dela defluem (pluralidade).

Exatamente por isso que sustentamos que os direitos e os deveres fundamentais possuem uma conexão indissociável.

Pouco considerados especialmente na doutrina nacional, os deveres fundamentais são objeto de incisiva advertência de Zagrebelsky, para quem “son los deberes de todos hacia los demás los que estan destinados a asentarse de una manera estable, como situación empírica permanente. En otras palabras, en las socie-

dades justas la categoria dominante es la de los deberes, no la de los derechos” (2005, p. 95).

Segundo Casalta Nabais, os deveres fundamentais se caracterizam como deveres jurídicos do homem e do cidadão, que, por fixarem a posição fundamental do indivíduo, “têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos” (NABAIS, 1998, p. 64). Portanto, enquanto os direitos fundamentais se traduzem em situação de prevalência do indivíduo face ao Estado (verdadeiras posições jurídicas ativas dos cidadãos em relação ao Estado ou comunidade), Nabais atribui uma função passiva aos deveres. Eles se apresentam como posições subjetivas, porque são atribuídos ao indivíduo pela própria Constituição, vinculados com a organização política e/ou econômica do Estado.

Tais como os direitos, os deveres fundamentais encontram seus suportes e suas justificativas nos princípios norteadores dos sistemas vigentes, notadamente o constitucional, que são os locais onde vêm expressos os valores de cada sociedade. Essa a razão pela qual sustentamos que vez por todas há de se superar a concepção tradicional (liberal) de que existem (unilateralmente) apenas direitos fundamentais de primeira geração. É preciso compreender também que os deveres fundamentais são, portanto, posições que se traduzem como quotas-partes constitucionalmente (por isso, deveres materialmente fundamentais) exigidas de cada um e, conseqüentemente, do conjunto dos cidadãos para o bem comum.

Como defende conclusivamente Nabais (embora tratando de tema específico, mas que é geral o suficiente para sua aplicação a todas as demais categorias),

não há direitos sem deveres, porque não há garantia jurídica ou fática dos direitos fundamentais sem o cumprimento dos deveres do homem e do cidadão indispensáveis à existência e funcionamento da comunidade estadual, sem a qual os direitos fundamentais não podem ser assegurados nem exercidos. E não há deveres sem direitos, porque é de todo inconcebível um estado de direito democrático

assente num regime unilateral de deveres, já que contra ele se levantariam as mais elementares exigências de justiça e de respeito pelos direitos humanos, como demonstra à sociedade a específica dimensão histórica dessa fórmula, que simultaneamente teve por objectivo e constituiu a base fundamental da instituição do estado constitucional democrático [...] Em suma, os direitos e deveres fundamentais não constituem categorias totalmente separadas nem domínios sobrepostos, encontrando-se antes numa relação de 'conexão funcional', que, por um lado, impede o exclusivismo ou a unilateralidade dos direitos fundamentais, como em larga medida aconteceu durante a vigência do estado de direito liberal em que um tal entendimento tinha subjacente a concepção dualista do estado então dominante e, por outro lado, não constitui obstáculo à garantia da primazia ou primacidade dos direitos fundamentais ou da liberdade face aos deveres fundamentais, uma vez que estes ainda servem, se bem que indirectamente, o objectivo constitucional da liberdade. (*Ibid.*, pp. 119-120).

Assim, defende-se que a todos os direitos apresentam-se correlatos e necessários deveres constitucionais, de modo que não se imagina o desenvolvimento de um pensamento jurídico que não leve também em consideração essa dupla face interligada e conexas de preceitos, estejam ou não explícitos nos princípios, regras e valores constitucionais. Crê-se que os direitos têm por fundamento ético-jurídico os deveres e como fundamento histórico-social as necessidades.

De uma forma mais clara ainda: a violação dos deveres fundamentais, ou das disposições que venham a afastar, ou prejudicar a realização deles (e dos correlatos direitos fundamentais, direta ou indirectamente), na melhor medida, tem como consequência a mesma dimensão daquela decorrente de violação dos direitos fundamentais.

Sobre todas essas considerações, a amálgama se faz com a ponderação da dignidade da pessoa humana, que deve ser tida como vetor de determinação para a proteção de direitos e deveres fundamentais.

É certo que a dignidade humana não foi incluída no rol dos direitos e das garantias fundamentais, mas, pela primeira vez na história legislativa pátria, o constituinte de 1988 inseriu-a como princípio fundamental, verdadeiro alicerce da ordem jurídica democrática. Igualmente relevante destacar que em nossa compreensão não há um direito fundamental à dignidade da pessoa humana como algo que possa ser objeto de concessão pela ordem estatal ou comunitária. Ancorado no entendimento do Tribunal Constitucional Espanhol, Fernandez Segado destaca que “si es claro que en nuestro ordenamiento constitucional [também ao brasileiro] la dignidade de la persona no puede ser entendida como derecho fundamental, no lo es menos que la dignidad puede ser considerada como la fuente de todos los derechos” (FERNANDES SAGADO, 2006, pp. 25-26). Portanto, a dignidade da pessoa humana precisa ser analisada e considerada como mandado de otimização, ordenando algo que deva ser realizado na melhor medida possível frente às possibilidades fáticas e jurídicas. Defendemos abertamente que “a dignidade da pessoa humana atua como elemento fundante e informador de todos os direitos, deveres e garantias fundamentais (explícitas ou implícitas) do sistema vigente, vinculando e obrigando todas as ações (positivas e de abstenção), privadas ou públicas”. Ou, como expressamente reconhece Adolfo Bidart (antes referido), “os direitos e deveres fundamentais (aí inclusos os de o Estado agir positivamente) estão postos na mesma hierarquia constitucional, concluindo que os direitos humanos em cada homem requerer, para sua efetiva existência, igual fundamento ou base, de deveres de igual hierarquia e significação” (PEREIRA; FISCER, 2018 pp. 53 e 55).

4 OS FUNDAMENTOS DAS OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAIS POSITIVAS NO ÂMBITO DAS CORTES SUPRANACIONAIS DE PROTEÇÃO

DOS DIREITOS HUMANOS E A REPERCUSSÃO NO ORDENAMENTO INTERNO BRASILEIRO

São inúmeros os precedentes das cortes supranacionais a respeito da garantia dos direitos humanos no sentido de existir uma obrigação de as autoridades públicas responsáveis pela investigação e/ou persecução penal conduzirem procedimentos adequados, completos e eficazes, na tentativa de responsabilização dos autores dos delitos (obrigação “de meio”). Em síntese, sempre estiveram em voga perante as cortes supranacionais (o que pouco se divulga) a proteção dos interesses das vítimas, seus parentes ou coletividade em geral. Isso não poderia nem deveria causar maiores indagações, pois os direitos fundamentais a serem observados não estão, exclusivamente, na esfera daqueles relacionados com os autores de infrações que atinjam interesses dos demais em sociedade.

Deixamos bem expresso que essa perspectiva internacional gera efeitos significativos no quadro legal nacional ao ensejar preocupação com a eficácia da jurisdição penal e a proteção da vítima.

Deixamos indelevelmente assinalado na obra já referida alhures – para que não parem dúvidas eventuais acerca dessa questão – que,

partindo da noção dos direitos fundamentais como objeto indispensável de proteção criminal (pela perspectiva integral dos direitos fundamentais), tais obrigações processuais são extraídas não apenas de disposições específicas, relativas à proteção dos direitos à vida, integridade física e psíquica, liberdade individual, vida privada e familiar, mas também de cláusula genérica que exige dos países o respeito dos direitos de todos aqueles que estejam sob a jurisdição do Estado. São reconhecidas, assim, obrigações reais e positivas dos Estados membros, que consistem no dever de seus órgãos internos assegurar a salvaguarda desses direitos, prevenindo a violação e esclarecendo judicialmente o cometimento de fatos ilícitos, como forma de efetuar sua repressão, não apenas formal e simbólica, mas adequada e concreta. (*Ibid.*, 2018 p.59).

É essencial realçar ainda que ambas as convenções (Interamericana de Direitos Humanos e Europeia) possuem regras que impõem aos Estados signatários obrigações de respeitar e fazer valer os direitos e liberdades reconhecidos. São obrigações de dupla vinculação: negativas, vedando aos Estados a violação de Direitos Humanos; positivas, pois exigem das partes a adoção de medidas necessárias para tutelar esses direitos, impedindo a violação deles por terceiros e reprimindo eficazmente eventuais lesões a esses direitos.

Tais considerações vêm ao encontro do que corretamente destaca em doutrina nacional Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, para quem “as ordens constitucionais de criminalização são um instrumento da Constituição para oferecer proteção adequada e suficiente a alguns direitos fundamentais, diante de lesões ou ameaças vindas de agentes estatais ou de particulares”, bem assim que a proibição do retrocesso de direitos fundamentais encontra sede, dentre outros, “no princípio da proporcionalidade, compreendido como inclusivo da vedação à proteção insuficiente” (GONÇALVES, 2007, pp. 160 e 168).

Reafirmamos incondicionalmente que, naqueles casos em que se faça presente a denominada dignidade penal (conformidades constitucional e também convencional), o sistema penal deve ser visto como instrumento de tutela dos direitos e das liberdades públicas. Assim, pontuamos expressamente que se estabelece uma “complementação na relação possível entre direito penal e os direitos fundamentais, uma vez que esses últimos deixam de ser concebidos apenas como limites à atividade punitiva estatal, para serem entendidos também como fundamentos, enquanto objeto de defesa, da atuação penal e processual penal” (PEREIRA; FISCER, 2018 p.61).

Temos tranquilidade em afirmar que as cláusulas convencionais protetivas dos direitos fundamentais exigem dos sistemas jurídicos

domésticos a condução de investigações aprofundadas, céleres e diligentes, tendo como finalidade a tentativa de esclarecer os fatos e punir os responsáveis ao final do processo (identificando-se nítida hipótese de prevenção geral). Portanto, fica muito claro que os deveres processuais positivos decorrem diretamente, como implicações imediatas, dos direitos humanos protegidos também nas Convenções.

Não custa relembrar (especialmente aos mais desavisados) que,

conquanto as Convenções europeia e interamericana de direitos humanos não mencionem explicitamente a vítima dos crimes, na jurisprudência das respectivas cortes supranacionais, sobretudo no âmbito do Tribunal de Estrasburgo, mas também no Tribunal de San José, a tutela da vítima é tema recorrente e digno da máxima atenção. Em particular, o reconhecimento das obrigações processuais penais positivas relacionadas à tutela das pessoas ofendidas é cada vez mais frequente nas sentenças da Corte europeia de direitos humanos. (*Ibid.*, 2018 p.61).

Refira-se ainda que, em ambas Cortes supranacionais, são encontrados julgados com expressa fundamentação no sentido de existir um dever de o Estado investigar e processar os responsáveis por violações de direitos humanos como única forma de evitar a impunidade, tentando-se evitar também a reiteração de condutas lesivas e o desamparo das vítimas e seus familiares.

O processo deve ser adequado e idôneo na busca do esclarecimento de crimes. Porém, não há como se visualizar um processo penal sem levar em consideração, necessariamente, (e daí a importância das considerações anteriores a respeito desse tema), os direitos e os deveres fundamentais de todos os envolvidos na esfera de responsabilização criminal. Mais objetivamente: o processo penal deve ser compreendido sempre como um instrumento de garantia dos imputados e também de busca da realização das consequências previstas na lei penal (daí a compreensão integral que se fala).

Significa que, para cumprir com as exigências decorrentes da proteção de (todos) os direitos previstos convencionalmente, “os sistemas jurídico-penais internos devem predispor estrutura de atuação e mecanismos adaptados a prevenir, coibir e sancionar efetiva e eficazmente as lesões verificadas” (*Ibid.*, 2018 p.82).

É que,

uma vez constatada a possibilidade concreta de ofensas a direitos penalmente tutelados pelas convenções internacionais de direitos humanos, é necessário que as autoridades jurisdicionais e de polícia busquem efetivar a punição dos autores de delitos, mediante a identificação adequada do fato e dos responsáveis em procedimento conduzido de forma aprofundada, diligente e ágil, caracterizado por um esforço autêntico e aplicado na reconstrução dos fatos e na identificação das responsabilidades. (*Ibid.*, 2018 pp.82-83).

Exatamente por conta dessas questões e decisões das cortes supranacionais é que, em âmbito nacional, jurisprudencialmente, estabeleceu-se como requisito fundamental para haver o denominado Incidente de Deslocamento de Competência “IDC a “demonstração inequívoca da total incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas às ocorrências de grave violação aos direitos humanos”, sendo que “no momento do exame dessa condição devem incidir os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, estes que, embora não estejam expressamente positivados, já foram sacramentados na jurisprudência pátria”. A 3ª Seção do STJ explicitou que os requisitos do incidente de deslocamento de competência são três”: a) grave violação de direitos humanos; b) necessidade de assegurar o cumprimento, pelo Brasil, de obrigações decorrentes de tratados internacionais; c) incapacidade “oriunda de inércia, omissão, ineficácia, negligência, falta de vontade política, de condições pessoais e/ou materiais etc. “de o Estado-Membro, por suas instituições e autoridades, levar a cabo, em toda a sua extensão, a persecução penal (IDC n. 1/ PA, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 8.6.2005,

DJ 10.10.2005)”, com especial referência no sentido de que para haver o deslocamento

deve haver demonstração inequívoca de que, no caso concreto, existe ameaça efetiva e real ao cumprimento de obrigações assumidas por meio de tratados internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil, resultante de inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais de o estado-membro, por suas instituições e autoridades, proceder à devida persecução penal (CRUZ, 2014).

Por todas essas razões é que sustentamos, em apertada síntese, que

as obrigações processuais penais positivas podem ser caracterizadas como um dever imposto aos Estados Partes de conduzir procedimento investigativo eficiente e processo penal apto a assegurar o acertamento dos fatos ilícitos e a punição dos eventuais autores, sob pena de violação concreta dos dispositivos das convenções regionais de direitos humanos que estipulam a salvaguarda dos direitos fundamentais envolvidos nas práticas ilícitas. (PEREIRA; FISCER, 2018, p.85).

5 A DUALIDADE ESTRUTURADA E INDISSOCIÁVEL DAS GARANTIAS SUBJETIVAS E OBJETIVAS DO PROCESSO E O PRINCÍPIO DA CELERIDADE

Em terras brasileiras, normalmente a abordagem que é feita, quando se fala de processo penal - e das respectivas garantias que o circundam e sustentam - é que estaria associado à necessidade de proteção exclusivamente dos direitos fundamentais do réu. Entretanto, destacamos na obra em referência no presente texto que os interesses compreendidos no complexo procedimento processual penal se dividem em dois grupos (que se complementam entre si): um relacionado ao esclarecimento dos fatos e da correta prestação jurisdicional; outro, relativo aos direitos subjetivos, de defesa e de dignidade dos imputados.

É com base nessa dualidade de significados das garantias do processo que costuma se identificar na doutrina uma duplicidade de perspectivas nos dispositivos que orientam a disciplina da jurisdição penal.

As garantias objetivas são aquelas relativas à correta atuação da jurisdição no processo. Já as garantias subjetivas estão relacionadas à tutela daquelas que são submetidos ao processo.

É preciso deixar claro que não há dúvidas que as convenções internacionais explicitamente impõem a preservação das garantias processuais sob a ótica da proteção dos direitos individuais dos processados. Entretanto, em sentido complementar, destacamos que “a perspectiva do direito interno não se limita apenas a defender os interesses subjetivos das pessoas submetidas ao processo, mas volta-se também a resguardar o correto desempenho do poder jurisdicional” (*Ibid.*, 2018, p. 94), impondo-se uma verdadeira salvaguarda do processo como instrumento relevante na busca da justiça.

O ponto central que precisa ser enfatizado é que nenhuma das perspectivas de proteção pode excluir a outra. Não há nenhuma antítese entre as garantias da jurisdição e a exigência de duração razoável do processo, muito menos uma tentativa de “limitar” as garantias processuais subjetivas. O que se defende é que deve haver uma aplicação equilibrada desses princípios (PEREIRA; FISCHER, 2018, p. 97).

Portanto, e voltando novamente às nossas considerações expressas,

o abuso, o excesso ou o descomedimento na utilização das garantias e estratégias processuais que podem gerar conflito entre forças com sentidos opostos na dinâmica processual, e, com isso, a necessidade de se equilibrar concretamente esses valores mediante o uso de técnica embasada na ponderação, justamente porque desbordaram da finalidade de justiça e correção na atuação jurisdicional. (*Ibid.*, p.99).

Como destacam Pacelli e Fischer,

o princípio da ampla defesa não se compatibiliza com o que denominamos de abuso de defesa. O juiz não pode ser um mero espectador da vontade das partes, ficando inerte diante de fatos que, à evidência, dificultem a aplicação da Lei e que possam gerar a ineficiência (impunidade) do que já foi decidido pelo Poder Judiciário. Na condição de fiscal do correto andamento do processo (devido processo legal art. 5º, LIV, CF), o juízo não pode permitir que atos camaleônicos embasem pretensão de amparo à suposta ampla defesa quando disso não se tratar. Não há como estabelecer uma fórmula para definição de estar ou não havendo o que chamamos de abuso de defesa. Só o caso concreto poderá ensejar a ponderada avaliação a ser feita pelo Poder Judiciário (PACELLI; FISCHER, 2018).

Portanto, há se buscar o equilíbrio entre todos os princípios para evitar que, em determinadas situações, o uso das garantias subjetivas sejam desvirtuadas para o fim de apenas dilatar o curso procedimental, evitando-se uma decisão justa de mérito (quando não a prescrição, tema adiante abordado).

5.1 Dois casos concretos decididos no âmbito da CIDH

No Caso Myrna Mack Chang c. Guatemala, no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Sentença de 25.11.2003, série C, nº 101), notadamente entre os parágrafos 204 e 211 do julgado, encontram-se preciosidades argumentativas que pouco são noticiadas de forma mais clara no Brasil.

Trata-se de um caso envolvendo uma vítima de homicídio (Myrna Mack Chang) ocorrido em 11 de setembro de 1990, decorrente de uma operação de inteligência militar. Firmou-se explicitamente que o Estado da Guatemala

no ha utilizado todos los medios a su disposición para realizar una investigación seria y efectiva que sirva de base

para el esclarecimiento completo de los hechos, el procesamiento, juzgamiento y sanción de todos los responsables, tanto autores materiales como intelectuales, dentro de un plazo razonable.

Reconheceu-se que a adoção de procedimentos recursais descabidos e protelatórios no âmbito do processo penal

aunque permisible por la ley, ha sido tolerada por las autoridades judiciales. Este Tribunal considera que el juez interno, como autoridad competente para dirigir el proceso, tiene el deber de encauzarlo, de modo a que se restrinja el uso desproporcionado de acciones que pueden tener efectos dilatorios. (parágrafo 207).

Afirmou-se que essa

manera de ejercer los medios que la ley pone al servicio de la defensa ha sido tolerada y permitida por los órganos judiciales intervinientes, con olvido de que su función no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en un tiempo razonable el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables (parágrafo 209).

Considerou-se, ainda, que

los jueces como rectores del proceso tienen el deber de dirigir y encausar el procedimiento judicial con el fin de NO sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad. De este modo, si las autoridades permiten y toleran el uso de esta manera de los recursos judiciales, los transforman en un medio para que los que cometen un ilícito penal dilaten y entorpezcan el proceso judicial (parágrafo 210), concluyendo-se que esse tipo de procedimiento conduce a la violación de la obligación internacional del Estado de prevenir y proteger los derechos humanos y menoscaba el derecho de la víctima y de sus familiares a saber la verdad de lo sucedido, a que se identifique y se sancione a todos los responsables y a obtener las consecuentes reparaciones. (parágrafo 211).

Em sentença de 15 de março de 2018, o Brasil sofreu outra con-

denação da CIDH, no conhecido Caso Vladimir Herzog⁸. A Corte analisou a responsabilidade internacional do Estado com base nas obrigações internacionais derivadas da Convenção Americana e da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, relativamente à ausência de investigação, julgamento e eventual punição dos responsáveis pela tortura e assassinato de Vladimir Herzog. Concluiu-se – e nesse ponto a questão importante que reflete no tema ora sob debate – que a obrigação de investigar e, nesse caso, julgar e punir os responsáveis adquire particular importância ante a gravidade dos delitos cometidos e a natureza dos direitos lesionados. Mais que isso, reconheceu-se que o Brasil assumiu obrigações internacionais de prevenir e punir crimes dessa natureza, reafirmando que “o Estado deve conduzir de maneira eficaz a investigação penal dos fatos do presente caso, a fim de esclarecê-los, determinar as respectivas responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei disponha” (parágrafo 371).

Portanto, para cumprir os mandados impostos constitucionalmente, e as obrigações assumidas internacionalmente, é dever do Estado brasileiro adotar todas as medidas essenciais para que haja uma adequada tipificação de fatos que necessitem a proteção na seara penal, bem assim que sejam adotadas providências para uma efetiva, célere, eficaz e eficiente apuração desses fatos noticiados, responsabilizando-se os agentes criminosos.

5.2 A prescrição como violação das obrigações processuais penais positivas

Os mecanismos de prescrição que simplesmente impedem a reação sancionatória exigida perante ofensas a bens jurídicos fun-

⁸ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf Acesso em: 17 dez. 2018.

damentais, em razão da desmedida duração do processo, contrariam a efetividade da resposta penal necessária segundo os padrões internacionais de tutela dos direitos humanos. Tanto a Corte Europeia de Direitos Humanos como a Corte Interamericana reconhecem a incompatibilidade do esvaziamento da prestação jurisdicional em razão de transcurso de prazo prescricional, quando se tratar de graves violações do direito à vida, e quando se estiver diante de tortura e tratamentos desumanos. É importantíssimo deixar bem claro, desde logo, que esses entendimentos não significam um atestado genérico de incompatibilidade da previsão do instituto da prescrição, pois é fundamental existir o instituto como preservação da segurança jurídica, devendo cada ordenamento interno fazer a sua regulamentação quanto ao tema. Em verdade, o problema não está na prescrição em si, mas na falta de diligências, ou celeridade nas apurações, ou de processos sancionatórios decorrente de atrasos, ou de delongas injustificáveis.

Como expressamente manifestamos, “é possível se reconhecer um princípio geral de que a duração razoável do conjunto do procedimento penal é requisito inerente às exigências de efetividade e adequação da reação estatal perante violação dos direitos humanos, inclusive como forma de evitar a descontinuidade do procedimento penal pela prescrição” (PEREIRA; FISCER, 2018, p.112), sendo que

a exigência de presteza no prolongamento do processo na entrega definitiva da resposta penal deve ser compreendida como uma garantia direcionada à preservação de todos os interesses envolvidos no juízo, o que inclui o acusado, as vítimas do delito, e a própria confiança pública no Estado de Direito, o que depende, decisivamente, da eficiência e da qualidade do exercício da função jurisdicional, principalmente quando se estiver diante de ofensa a direitos individuais tutelados internacionalmente. (*Ibid.*, p.113).

6 EXIGÊNCIAS PROCESSUAIS COMO OBRIGAÇÕES DE MEIO E NÃO DE RESULTADO

Muito importante ainda explicitar que as obrigações processuais penais positivas não se qualificam como de resultado, mas sim de meio. Assim, há se direcionar os meios de investigação para a apuração dos fatos de forma eficiente, tendo uma aptidão para o esclarecimento dos fatos e imposição de penas aos eventuais responsáveis.

A exigência, portanto, é de que as autoridades realizem o percurso necessário e adequado para a pesquisa e coleta da prova que tenham condições de, ao final, revelar como os fatos aconteceram e, se for o caso, a partir do que apurado, sejam os autores dos ilícitos responsabilizados criminalmente em tempo razoável. Por outro lado,

as exigências processuais relacionadas às garantias de defesa dos imputados podem, com base na mesma lógica acima, ser consideradas como obrigações de resultado, indicando que não basta apenas um esforço ou comprometimento dos agentes públicos e sujeitos processuais na sua preservação, é necessário que se alcance efetivamente o standard de proteção imposto pelas garantias defensivas e de dignidade humana. (*Ibid.*, 2018, p.148).

Reafirmamos sempre a necessidade de se manter o equilíbrio no sistema de justiça penal entre os direitos de defesa e da dignidade humana. Não há como imaginar um sistema de justiça de proteção aos direitos e liberdades fundamentais sem que se faça, ao mesmo tempo, a devida proteção de todos os demais direitos previstos constitucional e convencionalmente.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não temos dúvidas em (re)afirmar que é preciso superar a ideia de que o Estado deve ter apenas limites em sua atuação. Há imposições de ações positivas (garantismo positivo). A justiça penal

reclama uma efetiva atuação do Estado para a proteção de todos os direitos fundamentais. Há, sim, uma dupla função de proteção de direitos humanos: “proteger os direitos do homem está umbilicalmente ligado à adoção de ações positivas direcionadas a prevenir e sancionar com eficiência as ofensas que eventualmente lhes podem ser direcionadas, buscando-se sempre um equilíbrio nas relações entre todos os direitos e deveres fundamentais” (*Ibid.*, p.151). Desse modo, para a (e na) proteção dos direitos e das garantias fundamentais (individuais e coletivas) e na exigibilidade do cumprimento dos deveres fundamentais, há de se observar que todos os princípios que compõem o ordenamento jurídico (e não apenas aqueles de proteção de direitos individuais de primeira geração) são verdadeiras guias na dinâmica e harmônica configuração (na melhor medida possível) de todos os bens e valores protegidos constitucionalmente.

Portanto, é essencial visualizar que os deveres de proteção (garantismo positivo) decorrem do conteúdo objetivo dos direitos fundamentais, impondo-se uma obrigação de proteção desses direitos protegidos constitucional e convencionalmente. Significa que

nos termos aqui utilizados, e tendo por inspiração principal a jurisprudência mais desenvolvida do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, trata-se de verdadeira obrigação imposta aos Estados-Membros de conduzir mecanismo penal apto ao esclarecimento dos fatos lesivos aos interesses das vítimas, havendo precedentes na mesma linha de inúmeros julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos. (*Ibid.*, p.154).

Procurou-se sustentar, de uma forma sintética – diante do espaço disponível –, que tanto a Convenção americana como a Convenção europeia de direitos humanos possuem inúmeras obrigações positivas (deveres) que consistem em exigências aos Estados Partes em adotar as medidas necessárias e adequadas para conferir efetividade à tutela de todos os direitos protegidos. De uma maneira mais objetiva e direta, assenta-se que os deveres

processuais positivos decorrem diretamente, como implicações imediatas, dos direitos humanos protegidos nas Convenções, conforme inúmeros julgados indicados na obra de referência.

Com base em várias decisões de jurisprudências das Cortes supranacionais, demonstrou-se que a tutela da vítima não é apenas um tema recorrente, como central, exatamente porque existe a noção (não tão clara ainda em terras brasileiras) de que, no âmbito criminal, o processo deve ser adequado e idôneo no esclarecimento dos fatos criminais. Daí a razão que afirmamos que não há como compreender o processo penal sem levar em consideração os direitos e deveres fundamentais, pois, “ao contrário do que procuram sustentar alguns posicionamentos, a compreensão não pode ser parcial, pelo prisma exclusivo dos direitos fundamentais do investigado ou processado”.

Assim, as obrigações processuais penais positivas são deveres impostos aos Estados para que conduzam procedimentos investigativos e processo penal aptos a assegurar a punição eventual dos autores das práticas ilícitas.

Encerrando, reiteramos que os direitos humanos e as garantias individuais de cada pessoa requerem, para sua efetiva existência, igual fundamento ou base constitucional de deveres de igual hierarquia e significação. Portanto, os Estados devem agir sem excessos nem deficiências, buscando a equalização e proteção na máxima medida possível de todos os direitos protegidos constitucional e convencionalmente.

**POSITIVE PENAL PROCEDURES DUTIES:
ACCORDING TO THE PRECEDENTS OF THE
EUROPEAN COURTS AND INTER-AMERICAN
COMMISSION ON HUMAN RIGHTS**

ABSTRACT

It will be demonstrate that there are precedents of the supranational Courts of human rights that, by interpretation of the respective conventions, recognize the existence of expressed of duties of the States to adopt all the measures for the investigation of the illicit facts committed, always respecting fundamental rights. The purpose is to demonstrate that precedents recognize that it is also essential to consider the plexus of protected guarantees of victims and of the collectivity in general.

Key-words: *Supranational courts of human rights. Protected guarantees of victims. Duties of the States.*

REFERÊNCIAS

BERNAL PULIDO, Carlos. **El derecho de los derechos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

BIDART, Adolfo Gelsi. **De Derechos, deberes y garantías del hombre común**. Montevideo-Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

COELLO NUÑO, Ulises. **La Constitución Abierta como categoría dogmática**. Barcelona: J. M. Bosch, 2005.

Corte interamericana de derechos humanos caso Herzog e outros VS. Brasil sentença de 15 de março de 2018. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf Acesso em: 17 dez. 2018.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. **Constitución y Valores: La dignidad de la**

Persona como valor supremo del Ordenamiento Jurídico. *In*: PALESTRA CONFERIDA NO MÓDULO V DO CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Porto Alegre: 31 mar. 2006, Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região., p. 25-26.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

_____. **Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia**. Madrid: Trotta, 2006.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

Incidente de Deslocamento de Competência n. 5-PE, STJ, 3ª Seção, unânime, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 13.8.2014, publicado no DJ em 1º.9.2014.

NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 64.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**, 10. ed., 2018.

PEREIRA, Frederico Valdez; Fischer, Douglas. **As Obrigações Processuais Penais Positivas Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 85.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y garantismo. *In*: CARBONELL, Miguel; Salazar, Pedro. **Garantismo: estudos sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005.

Revista de Doutrina 4. Região, v. 28, p. 1, 2009. Também em Revista do Núcleo Criminal da PRR 1ª Região - Brasília, v. Ano 2.

ZAGREBELSKYY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. 6.ed. Madrid:Trotta, 2005, p. 95.

Uma reflexão sobre as novas configurações do direito e do estado na prevenção dos desastres ambientais¹

Guilherme H. M. de Souza²

RESUMO

No contexto da sociedade contemporânea, marcada pela agudização de diferentes problemas ambientais, o Brasil vem registrando uma ocorrência cada vez mais frequente e intensa de desastres ambientais, que além de causarem danos ambientais e patrimoniais, são responsáveis por muitas perdas humanas. Dessa forma, apresenta-se brevemente o quadro internacional e nacional de enfrentamento aos riscos catastróficos, a partir da reconfiguração da atuação do Direito e do Estado, defendendo-se, ao final, a importância da estruturação de cidades resilientes, para fins de densificação do direito fundamental de proteção contra os desastres.

Palavras-chave: *Desastres. Prevenção. Resiliência. Risco. Vulnerabilidade.*

1 INTRODUÇÃO

Anualmente, os desastres³ apresentam um significativo impacto na sociedade brasileira, atingindo comunidades e ocasionando

1 Data de recebimento: 12/01/2019. Data de aceite: 10/05/2019.

2 Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul e Universidade de Caxias do Sul (ESMAFE-RS/UCS). Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Advogado. E-mail: ghmariani@hotmail.com

3 No decorrer do trabalho, os termos “desastres” e “catástrofes” serão utilizados indistintamente, como sinônimos.

danos humanos, patrimoniais e ambientais. Segundo o Anuário Brasileiro de Desastres Naturais de 2013, foram oficialmente reportados, nesse ano, a ocorrência de 493 desastres naturais, os quais causaram 183 óbitos e afetaram 18.557.233 pessoas. Quanto aos municípios, 4.433 foram afetados, sendo que 70,99% deles devido à seca/estiagem. Além do número de óbitos, é expressiva a quantidade de pessoas que restam feridas, desabrigadas, desalojadas ou desaparecidas (BRASIL, 2014).

O Atlas Brasileiro de Desastres Naturais, a partir de dados coletados entre 1991 e 2012, apontou que a Região Sul do Brasil apresentou um número total de 13.255 registros de desastres, contabilizando uma cifra significativa de danos, com 28.784.792 habitantes afetados, 1.072.766 desalojados e 287.986 desabrigados. Esses números elevados de pessoas atingidas estão relacionados aos eventos extremos ocorridos, principalmente, no estado de Santa Catarina, ao qual se atribui o maior número de danos. Diante desse panorama, a Região Sul se enquadra como a segunda mais atingida, ficando apenas atrás da Região Nordeste (UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA, 2013).

O Brasil, por ser um país de extensão continental, apresenta características regionais dos desastres, onde os mais prevalentes são: (i) na Região Norte, incêndios florestais e inundações; (ii) na Região Nordeste, secas e inundações; (iii) na Região Centro-Oeste, incêndios florestais; (iv) na Região Sudeste, deslizamentos e inundações; e (v) na Região Sul, inundações, vendavais e granizo (BRASIL, 2015b).

Nesse contexto de ocorrência de eventos catastróficos, pretende-se, neste estudo, apresentar uma abordagem introdutória à temática dos desastres, a partir de determinados conceitos-chave para a sua compreensão, tais como vulnerabilidade e resiliência. Além disso, apresentar-se-ão as principais características e desafios que os sistemas do Direito e da Política deverão enfrentar no sentido do enfrentamento do risco de desastres, a partir da

exposição das principais diretrizes de ação em âmbito nacional e internacional. Do mesmo modo, busca-se, ao final, propor uma reflexão acerca da necessidade e da importância da adoção de medidas que visem à construção de “cidades resilientes”.⁴

O presente trabalho se desenvolveu com base em pesquisa bibliográfica (a partir do exame de livros e artigos científicos), e documental (por meio do acesso à legislação e a relatórios de organismos nacionais e internacionais).

2 DESENVOLVIMENTO

Na primeira parte do estudo, far-se-á uma análise introdutória acerca das principais ideias que embasam a temática dos desastres ambientais. Na sequência, à luz do conceito de Estado de Direito Ambiental, serão apresentadas, brevemente, as principais estratégias internacionais e nacionais a serem desenvolvidas com o fim de reduzir o risco de desastres.

2.1 Desigualdade, Risco e o Problema dos Desastres no Contexto Urbano

Inicialmente, para fins de melhor compreender a temática a ser abordada no presente trabalho, convém que se façam alguns esclarecimentos de cunho conceitual.

Comumente, os desastres são classificados em função de suas causas. Seriam, então, “naturais” ou “antropogênicos”. Os desastres naturais são aqueles decorrentes diretamente de fenômenos naturais, atribuíveis ao exterior do sistema social, cujos exemplos

⁴ Para os fins deste trabalho, e de modo muito sintético, considerar-se-á “cidade resiliente” como sendo aquela que tem capacidade de resistir, absorver e se recuperar de forma eficiente dos efeitos de um desastre e, de maneira organizada, prevenir que vidas e bens sejam perdidos (BRASIL, 2015a). Para uma conceituação mais elaborada, confira-se o manual elaborado pelo Escritório das Nações Unidas para a Redução do Risco de Desastres (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU, 2013).

são os terremotos, os vulcões, as inundações, as secas etc. Já os desastres antropogênicos estão ligados a fatores humanos, tecnológicos ou sociopolíticos, tais como a guerra, as contaminações químicas e os acidentes derivados do uso da tecnologia nuclear (CARVALHO, 2012, p.110).

No entanto, apesar da relevância dessas distinções, a maior parte dos desastres ocorre a partir de uma conjugação de elementos naturais e antropogênicos (desastres “mistos” ou “híbridos”), sem que possa ser percebida uma prevalência de um deles, mas sim uma combinação de diferentes fatores num fenômeno de grandes proporções (*Ibid.*, p.110).

Pode-se dizer, assim, que em quase todos os desastres ditos “naturais” existe algum elemento antropogênico, em razão da evolução tecnológica e científica da sociedade contemporânea, que desencadeia a ampliação da capacidade de intervenção do homem sobre o ambiente natural (*Ibid.*, p.110).

A preponderância do caráter híbrido dos desastres decorre do fato de estes fenômenos serem designados como catástrofes muito mais pelos resultados do que por suas causas. Assim, mesmo que um evento eminentemente natural tenha ocasionado uma série de danos, a dimensão de catástrofe será atingida por fatores humanos de amplificação e cumulação (*Ibid.*, p.110).

Dessa forma, o termo desastre ambiental será aqui empregado em sentido lato, referindo-se a eventos (de causa natural, humana ou mista) capazes de comprometimento de funções ambientais ou lesões a interesses humanos (pessoas e bens) mediados por alguma mudança ambiental (*Ibid.*, p.111).

A respeito disso, é interessante notar que segundo a terminologia empregada pela Organização das Nações Unidas (ONU), não existem desastres “naturais”, isto é, não é “natural” que ocorram os desastres. Isso porque os desastres naturais devem ser entendidos como as consequências do impacto de um perigo natural em um

sistema socioeconômico com um dado nível de vulnerabilidade (SILVA, 2012)⁵. Desse modo, integram-se à compreensão do problema os componentes sociais que cercam os eventos catastróficos, permitindo uma análise mais crítica da questão, que incluam elementos sociológicos.

Os desastres, nesse quadro, são resultado de um padrão específico de interação entre um evento natural e uma organização social, abrindo espaço, assim, para uma reflexão multidimensional, sendo que os impactos por eles gerados não são um elemento puramente ambiental, senão que são construídos na confluência da sociedade, do ambiente e da tecnologia (MATTEDI; BUTZKE, 2001).

Conjugando todos esses aspectos, Herlander Mata-Lima e outros (2013) consideram os desastres naturais como eventos de origem natural, com consequências comumente agravadas pela ação antrópica, que superam as capacidades de infraestrutura construída, causando perturbações nefastas nos meios social e ambiental, destacando como impactos elevados danos materiais aos quais se juntam, frequentemente, perdas de meios de subsistência e de vidas humanas nas comunidades afetadas, assim como doenças infecciosas devido à degradação das condições sanitárias.

Os desastres, portanto, são responsáveis por uma sequência de impactos ambientais e socioeconômicos negativos visto que provocam perturbações ou desequilíbrios nas dimensões ambiental, econômica e social da sustentabilidade (MATA-LIMA *et al*, 2013).

Veja-se que a Estratégia Internacional para a Redução de Desastres (EIRD), encabeçada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1999, estrutura-se em torno de três conceitos fundamentais: a) perigos naturais, b) vulnerabilidade e c) risco (SILVA, 2012).

⁵ Em sentido semelhante, Délton Carvalho e Femandá Damacena expõem que “[...] a expressão ‘desastre natural’ não é a correta, pois não reflete a realidade da maioria das ocorrências de desastres. A atuação humana ou sua falta, no caso de ausência de políticas públicas, tem grande participação na ocorrência e no agravamento de tragédias, o que faz com que a maioria deixe de ser natural. E exatamente por não ser obra da natureza, responsabilidades podem ser apuradas. Nesse aspecto, para além das atuações política e econômica, o papel do Direito parece fundamental” (CARVALHO; DAMACENA, 2012, p.96).

Os perigos naturais compreendem fenômenos como terremotos, atividades vulcânicas, ciclones tropicais, vendavais, inundações, incêndios etc. A vulnerabilidade descreve o grau de resistência ou suscetibilidade de um sistema socioeconômico em relação ao impacto dos perigos naturais. O grau de vulnerabilidade é determinado por uma combinação de fatores, que incluem a consciência da população acerca dos perigos, as condições de vida nos assentamentos humanos e a infraestrutura existente. A pobreza também é uma das principais causas da vulnerabilidade. Já o risco é a probabilidade de que o desastre natural ocorra (SILVA, 2012).

Conforme documento produzido pelo UNISDR⁶, o risco de desastre pode ser mais bem compreendido a partir da conjugação de algumas variáveis, que incluem uma ameaça (um terremoto ou uma inundação, por exemplo), a exposição da população e de seus bens a essa ameaça, e a situação de vulnerabilidade de determinada população. Esses fatores não são estáticos e podem ser melhorados, dependendo da capacidade institucional de atuação no sentido da redução do risco (ONU, 2013). Esse modelo é expresso pela seguinte função:

$$\frac{\text{Ameaça} \times \text{Vulnerabilidade} \times \text{Exposição}}{\text{Resiliência}} = \text{Risco de desastre}$$

Assim, pode-se compreender que, quanto maior forem as condições de resiliência de determinada comunidade, menor será o risco de desastre; por outro lado, quanto maiores forem as vulnerabilidades, maiores serão os riscos.

Como visto, para a melhor compreensão da problemática que envolve o tema dos desastres ambientais, é imprescindível o conhecimento da noção de resiliência⁷, que consiste na maior ou

⁶ O UNISDR (*The United Nations Office for Disaster Risk Reduction*) é a sigla em inglês utilizada para referir-se ao Escritório das Nações Unidas para a Redução do Risco de Desastres.

⁷ Segundo a terminologia empregada pelas Nações Unidas, “resiliência” define-se como a “capacidade

menor capacidade de retomada ao estado anterior ao desastre. Isso porque os desastres envolvem sempre uma ocorrência inesperada, ou repentina, que demanda uma ação rápida. Ainda que em muitos casos um desastre não possa ser caracterizado como inesperado, ele sempre demandará uma ação de socorro imediato, sob pena de a sua magnitude ser potencializada. As catástrofes, portanto, são fenômenos que envolvem comunidades, não devendo ser tratados como um evento de lesões individuais (CARVALHO, 2012, p.112).

Nas últimas décadas, tem havido um aumento tanto nos riscos quanto nos custos que envolvem os desastres ambientais, em razão de determinados fatores de potencialização, especialmente, as condições econômicas modernas, as tendências demográficas, as decisões acerca da ocupação do solo e as mudanças climáticas (*Ibid.*, p.113).

Os riscos de desastres são fortemente concentrados geograficamente, em decorrência do crescimento demográfico, e de uma tendência de concentração populacional em áreas particularmente vulneráveis a desastres. A ocupação de áreas de risco é um fator determinante para a ocorrência de desastres, já que é a partir da ocupação dessas áreas que se tem uma intensificação das probabilidades e magnitudes de riscos de inundações, deslizamentos, terremotos, incêndios, entre outros (*Ibid.*, p.113).

Nesse contexto, o chamado “Direito dos Desastres” tem por objeto uma complexa teia de relações, deveres e interesses tutelados na prevenção e no atendimento aos eventos catastróficos. Ele se constitui num ramo jurídico multifacetado e abrangente, que possui como objetivos funcionais a prevenção, a preparação para emergências, a resposta aos desastres e a reconstrução das áreas atingidas (*Ibid.*, p.114).

de um sistema, comunidade ou sociedade expostos a uma ameaça para resistir, absorver, adaptar-se e recuperar-se de seus efeitos de maneira oportuna e eficaz, o que inclui a preservação e a restauração de suas estruturas e funções básicas” (ONU, 2007). O tema “resiliência” possui hoje múltiplas dimensões no campo científico. Algumas reflexões sobre resiliência podem ser encontradas no trabalho de Luis Gustavo Gomes Flores (2014), que analisou o assunto especialmente sob a ótica jurídica.

Assim, a nota característica desse ramo é precisamente a ênfase na antecipação aos desastres, que deve ser guiado por um “círculo de gestão do risco”. Essa circularidade reflete a constatação de que todas as estratégias e instrumentos utilizados para prevenção e mitigação⁸, prestação de respostas emergenciais, compensação e reconstrução, devem estar alinhadas pela necessidade de prevenção de novos desastres. Desse modo, a própria fase de reconstrução já deve completar o círculo mediante a inclusão de medidas mitigadoras em relação a possíveis desastres futuros, de modo a compor uma ação global de gerenciamento de riscos catastróficos (*Ibid.*, p.115). Queda claro, portanto, que a gestão de riscos catastróficos que se defende é a preventiva, planejada, organizada, e não somente a ajuda posterior ao ocorrido (CARVALHO; DAMACENA, 2012, p.95).

Dessa forma, deve-se salientar que, em casos de regulação jurídica dos desastres, bem como de atuação dos organismos institucionais competentes para lidar com eventos extremos, a prevenção lato sensu (prevenção e precaução) exerce um papel central. Isso se dá em razão da própria magnitude extrema dos desastres, assim como suas constantes incertezas e indeterminações causais (CARVALHO, 2014, p.45-46).

Por tudo isso, pode-se vislumbrar que o Direito dos Desastres apresenta algumas singularidades capazes de modernizar e aperfeiçoar o Direito Ambiental, já que envolve uma análise ampla e contextualizada dos problemas sociais, dirigindo maior atenção a questões referentes à exposição desigual aos riscos e à vulnerabilidade. Sendo marcado pela complexidade, pela destacada magnitude de suas consequências e pela indeterminação de seus riscos, perigos e danos ambientais, o Direito dos Desastres pode trazer novos perfis de análise e tratamento jurídico às questões ambientais (*Ibid.*, p.115)⁹.

8 Conforme esclarece Délton Carvalho (2012, p.109) “A prevenção encontra-se no momento anterior ao evento, enquanto que a mitigação se inicia no mesmo momento do evento e segue temporalmente, afetando positivamente (diminuindo) a magnitude do evento”.

9 Para uma análise mais aprofundada sobre o Direito dos Desastres, ver a obra de referência de Délton Winter de Carvalho e Fernanda Dalla Libera Damacena (2013).

2.2 A Prevenção dos Desastres no Contexto do Estado de Direito Ambiental

José Rubens Morato Leite e Matheus Almeida Caetano (2012, p.81) pontuam que o Estado de Direito Ambiental pode ser considerado como uma versão esverdeada e atualizada dos modelos de Estado Liberal e Social, pois além de proteger os direitos individuais (primeira dimensão) e sociais (segunda dimensão), acaba por incorporar os direitos difusos, de terceira dimensão, sem quaisquer sobreposições entre as três categorias de direitos fundamentais. Assim, a partir do conhecido lema da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), pode-se dizer que, no Estado de Direito Ambiental, os princípios políticos da liberdade e da igualdade não são ignorados nem mitigados: “[...] simplesmente sofrem eles, conjuntamente com o da fraternidade, uma reformulação de cunho ecológico” (LEITE; CAETANO, 2012, p.81)¹⁰.

De acordo com o doutrinador português José Joaquim Gomes Canotilho (2010), um Estado constitucional ecológico pressupõe uma concepção integrada e integrativa do meio ambiente e, consequentemente, um Direito integrado e integrativo do ambiente. Em outras palavras, a proteção sistemática e global do meio ambiente não é uma tarefa solitária dos agentes públicos, antes exige novas formas de comunicação e de participação cidadã.

Desse modo, é inevitável a constatação de que o Estado de Direito Ambiental (também chamado por alguns doutrinadores de “Estado Socioambiental de Direito”)¹¹ se consolida como uma dimensão do próprio Estado Democrático de Direito. Pode-se dizer, pois, que, assim como a justiça social é a finalidade do Estado Democrático de Direito, a justiça ambiental é o fim a ser garantido

10 De modo semelhante, Lucas de Souza Lehfeld (2014) aduz que “A junção dos direitos civis, políticos, sociais e ambientais demanda um novo perfil do Estado”.

11 Nesse sentido, conferir o livro organizado por Ingo Wolfgang Sarlet (2010). Outras denominações semelhantes podem ser encontradas na doutrina; no entanto, nenhuma delas altera a noção essencial de preocupação e sensibilização do Estado de Direito à problemática ambiental.

pelo Estado Democrático Ambiental. Justiça ambiental essa que aponta para a função estatal de evitar que os riscos ambientais sempre deslocados para zonas, comunidades ou regiões mais vulneráveis (CARVALHO, 2013, p.41).¹²

Em relação às catástrofes ambientais, em função das características que apresentam (multidisciplinaridade, complexidade, incerteza, improbabilidade e grande magnitude), passa-se a exigir do Direito (Direito dos Desastres) e da Política (Estado de Direito Ambiental) maior abstração e assimilação da gestão dos riscos em todas as suas fases, desde a prevenção até a recuperação (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p.481).

Assim, a prevenção e mitigação dos desastres devem ser um dos principais braços de atuação positiva do Estado de Direito Ambiental, o que significa dizer que a gestão de tais situações passa a fazer parte da pauta obrigatória da agenda governamental nacional e mundial (*Ibid.*, p.482).¹³

No plano internacional, é preciso destacar os esforços que vêm sendo empreendidos pela Organização das Nações Unidas no enfrentamento da questão dos desastres.

Em 2005, a ONU adotou o Marco de Ação de Hyogo (Japão), ocasião em que 168 países se comprometeram a adotar medidas para reduzir o risco de desastres até 2015 (BRASIL, 2015a). Esse Marco possui linhas prioritárias de ação, destinadas a aumentar a resiliência das nações e comunidades relativamente aos desastres (SILVA, 2012), e desde então tem servido de guia para as políticas nacionais e as organizações internacionais em seus esforços pela redução significativa das perdas causadas pelos desastres, em termos de vidas e bens sociais, econômicos e ambientais (ONU, 2013).

Nesse ano de 2015, a ONU realizou de 14 a 18 de março, em

¹² Ideia semelhante é desenvolvida por Bruno Cozza Saraiva e Francisco Quintanilha Vêras Neto (2014).

¹³ Também a professora portuguesa Alexandra Aragão (2012) assinala a importância do “[...] dever de prevenir e precaver a ocorrência de acidentes ambientais graves com consequências irreversíveis e importantes (catástrofes e calamidades), resultantes de riscos ambientais”.

Sendai, no Japão, a III Conferência Mundial das Nações Unidas sobre a Redução do Risco de Desastres. Um dos objetivos desse evento foi exatamente o de promover uma avaliação e revisão do cumprimento do Marco de Ação de Hyogo¹⁴, bem como estabelecer as novas diretrizes para o período pós-2015.

Como resultado dessa reunião, adotou-se o “Marco de Sendai para a Redução do Risco de Desastres 2015-2030”, que é o instrumento sucessor do Marco de Hyogo. O Marco de Sendai, além de diversos princípios reitores, baseia-se em quatro prioridades de ação: (i) compreender o risco de desastres; (ii) fortalecer a governança do risco de desastres para gerir dito risco; (iii) investir na redução do risco de desastres para a resiliência; (iv) aumentar a preparação para casos de desastre a fim de dar uma resposta eficaz e para melhorar os âmbitos de recuperação, reabilitação e reconstrução. Todas essas esferas prioritárias são mais bem desdobradas no documento, que estabelece medidas específicas a serem tomadas nos planos mundial, regional, nacional e local (ONU, 2015).¹⁵

No Brasil, são as leis nº 12.340/2010¹⁶ e 12.608/2012¹⁷ as que compõem o marco legal sobre desastres. A proteção e defesa civil, no Brasil, está organizada sob a forma de sistema, denominado de Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil (SINPDEC), composto por vários órgãos (BRASIL, 2015b).

14 A I Conferência Mundial sobre a Redução de Desastres ocorreu em Yokohama, também no Japão, da qual resultou o “Plano de Ação e Estratégia de Yokohama para um Mundo Mais Seguro”. Posteriormente, em 2005, após a realização da II Conferência Mundial, estabeleceu-se o Marco de Hyogo. Então, dez anos depois, em 2015, a ONU tornou a reunir-se para discutir a temática, desta vez em Sendai (ONU, 2014).

15 Uma importante iniciativa adotada pelo governo brasileiro foi a adesão, em 2011, à campanha “Construindo Cidades Resilientes: Minha Cidade está se Preparando”. Essa campanha, que é coordenada pela ONU e faz parte da Estratégia Internacional para a Redução de Desastres (EIRD), tem por objetivo aumentar o grau de consciência e compromisso em torno de práticas de consumo sustentável, diminuindo as vulnerabilidades e proporcionando bem-estar e segurança aos cidadãos (BRASIL, 2015a).

16 “Dispõe sobre as transferências de recursos da União aos órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a execução de ações de prevenção em áreas de risco de desastres e de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres e sobre o Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil; e dá outras providências” (BRASIL, 2010).

17 “Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; altera as Leis nos 12.340, de 10 de dezembro de 2010, 10.257, de 10 de julho de 2001, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.239, de 4 de outubro de 1991, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996; e dá outras providências” (BRASIL, 2012).

Nesse norte, o Estado de Direito Ambiental deve levar em consideração a gestão dos riscos ambientais catastróficos e sua atuação passa a ter como funções cruciais: a prevenção, a mitigação e, no caso de falha destas últimas, um planejamento eficiente de estratégias para atuação de emergência, recuperação, reconstrução, redução das vulnerabilidades e implementação da capacidade de resiliência (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p.482), conforme já visto.

Para atingir tais desideratos, a atuação estatal precisa ser integrada, organizada, planejada, preventiva e precavida. Isto é, o enquadramento bem-sucedido da gestão governamental e jurídica dos desastres depende da conectividade e da integração entre as esferas política (legislativa/executiva) e judicial. Afinal, sendo as catástrofes eventos sistêmicos e multicausais, não podem, pois, ser enfrentados de modo isolado e descoordenado (*Ibid.*, p.482-483).

3 CONCLUSÃO

Para a ONU (201-?), cada decisão e ação tomada pelos governos e pela sociedade podem tornar o ambiente em que se vive mais vulnerável aos desastres – ou, ao contrário, mais resiliente. Trata-se, pois, de uma questão de escolha.

Conforme restou delineado ao longo do texto, cabe ao Estado de Direito Ambiental investir na redução da relação entre catástrofe e vulnerabilidade, que afeta mais gravemente os grupos menos favorecidos economicamente e as sociedades menos preparadas estruturalmente. Assim, um país ou uma cidade sofrerá maior ou menor impacto de um desastre, dependendo do modo como se preparou para enfrentá-lo (em outras palavras, do seu nível de resiliência). Exatamente sob esse aspecto, aparece a necessidade de uma estrutura organizada e eficiente (*Ibid.*, 2013, p.484).

Essa estruturação, por conseguinte, requer uma rede integrada

de atuações, que comportem medidas do Executivo, do Legislativo e, quando for o caso, do Judiciário, sem esquecer-se da relevância de instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública (até porque, como se sabe, o Judiciário somente pode agir mediante provocação). A advocacia, igualmente, exerce papel relevante, notadamente em seu viés de atuação preventiva e de assessoramento.

E o Ministério Público, em especial, possui função destacada na articulação de ações e na promoção de medidas, que visem à adequação ambiental e urbanística dos espaços públicos, com vistas à prevenção de desastres, tanto pela via extrajudicial como pela via judicial, com todos os meios que lhe estão disponíveis (recomendações, termos de ajustamento de conduta, audiências públicas, inquéritos civis e ações civis públicas).

De todo modo, o problema da vulnerabilidade não pode ser resolvido por um setor ou instituição da sociedade isoladamente, ou em determinado momento específico – no auge de um desastre, por exemplo. Se a vulnerabilidade é um processo construído socialmente, sua desconstrução evoluirá a partir de ações planejadas, que englobem um conjunto de decisões dos setores público e privado e da coletividade (DAMACENA, 2017, p.181).

Resta claro, portanto, que no contexto social de necessária redução das complexidades geradas por uma catástrofe, é imprescindível pensar o papel do Estado e do Direito, a partir de uma perspectiva preventiva, estruturada, integradora e sustentável (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p.490)¹⁸, a fim de dar guarida ao direito fundamental de proteção contra os desastres (COUTINHO, 2014).

Se o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001)¹⁹, em seu art. 2º, inciso I, estabeleceu como uma de suas diretrizes gerais, a “garantia do direito a cidades sustentáveis”, incluindo-se aí o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana,

¹⁸ *Ibidem*, p. 490.

¹⁹ “Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências” (BRASIL, 2001).

ao transporte, aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, pensa-se que, tendo-se em conta a reconfiguração do Direito e do Estado face à emergência dos riscos catastróficos, é possível defender o direito à cidade resiliente como um conteúdo a ser agregado ao conceito de “cidade sustentável”.

Desse modo, a partir dos princípios estruturantes do Estado de Direito Ambiental²⁰ (notadamente, prevenção, precaução, participação e cooperação), e conjugando-se o disposto nos artigos 182²¹, 196²² e 225²³ da Constituição Federal, torna-se possível afirmar que é dever do Estado e do Direito a preocupação com a regulação e estruturação de cidades resilientes, a fim de possibilitar a conservação e construção de um meio ambiente urbano equilibrado e sadio, para as presentes e futuras gerações.

A REFLECTION ON THE NEW SETTINGS OF THE LAW AND OF THE STATE IN PREVENTING ENVIRONMENTAL DISASTERS

ABSTRACT

In the context of contemporary society, marked by exacerbation of different environmental problems, Brazil has registering an occurrence increasingly intense and frequent of environmental disasters, which in addition to causing environmental damage and property loss, are responsible for many human losses. Thus, this paper briefly presents the

20 A noção de princípios estruturantes do Estado de Direito Ambiental vem da obra de José Rubens Morato Leite (2010).

21 “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes” (BRASIL, 1988).

22 “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 2018).

23 “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).

national and international framework for combating catastrophic risks, from the reconfiguration of the role of the Law and the State. At the end, defends the importance of structuring resilient cities, for strengthening the fundamental right of protection against disasters.

Keywords: *Disasters. Prevention. Resilience. Risk. Vulnerability.*

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandra. A prevenção de Riscos em Estados de Direito Ambiental na União Europeia. **Universidade de Coimbra**, Coimbra, 12 de junho de 2012. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/20155>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 nov. 2015.

_____. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 04 de novembro de 2015.

_____. **Lei nº 12.340, de 1º de dezembro de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12340.htm>. Acesso em: 04 de novembro de 2015.

_____. **Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm>. Acesso em: 04 de novembro de 2015.

BRASIL. Ministério da Integração Nacional. **Anuário Brasileiro de Desastres Naturais 2013**. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.mi.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=fee4007a-ab0b-403e-bb1a-8aa00385630b&groupId=10157>. Acesso em: 04 nov. de 2015.

_____. **Construindo Cidades Resilientes**. Brasília, 2015a. Disponível em: <<http://mi.gov.br/web/guest/cidades-resilientes>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

_____. **Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil**: apresentação. Brasília, 2015b. Disponível em: <<http://mi.gov.br/web/guest/sedec/apresentacao>>. Acesso em: 02 nov. de 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Heline Sivini; BORATTI, Larissa Verri (Org.). **Estado de direito ambiental**: tendências. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 31-44.

CARVALHO, Délton Winter de. Por uma necessária introdução ao direito dos desastres ambientais. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 67, p. 107-145, jul./set. 2012.

_____. **Dano ambiental futuro**: a responsabilização civil pelo risco ambiental. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. O papel do direito e os instrumentos de governança ambiental para prevenção dos desastres. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 75, p. 45-74, jul./set. 2014.

_____; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. A intensificação dos desastres naturais, as mudanças climáticas e o papel do Direito Ambiental. **Revista de Informação Legislativa**, ano 49, n. 193, p. 83-97, jan./mar. 2012.

_____; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. O Estado Democrático de Direito Ambiental e as catástrofes ambientais: evolução histórica e desafios. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 470-494, mai./ago. 2013.

_____; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida Coutinho. Da concretização do direito de proteção contra desastres, sob a ótica da teoria dos direitos fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 6, n. 2, p. 211-217, jul./set. 2014.

DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. A “injustiça” por trás do desastre e o papel do direito na redução da vulnerabilidade. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Coord.). **Temas Emergentes em Jurisprudência, Ética e Justiça Ambiental no Século XXI**. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2017. p. 148-188.

FLORES, Luis Gustavo Gomes. **Resiliência Jurídica**: para pensar a inovação do direito a partir de uma perspectiva sistêmica. 2014. 288 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014.

LEHFELD, Lucas de Souza. Estado Socioambiental de Direito e seus Princípios

de Contextualização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 89, out. 2014.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 151-226.

_____; CAETANO, Matheus Almeida. Breves reflexões sobre os elementos do estado de direito ambiental brasileiro. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Heline Sivini; CAETANO, Matheus Almeida (Org.). **Repensando o estado de direito ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 51-88.

MATA-LIMA, Herlander et al. Impactos dos desastres naturais nos sistemas ambiental e socioeconômico: o que faz a diferença? **Ambiente & Sociedade**, São Paulo, v. 16, n. 3, p. 45-64, set. 2013.

MATTEDI, Marcos Antônio; BUTZKE, Ivani Cristina. A relação entre o natural e o social nas abordagens de *hazards* e de desastres. **Ambiente & Sociedade**, São Paulo, ano 4, n. 9, p. 93-114, dez. 2001.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Escritório das Nações Unidas para a Redução do Risco de Desastres. **Terminology**. [S.I.], 2007. Disponível em: <<http://www.unisdr.org/we/inform/terminology>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

_____. Escritório das Nações Unidas para a Redução do Risco de Desastres. **Cómo desarrollar ciudades más resilientes: un manual para líderes de los gobiernos locales**. Panamá, 2013. Disponível em: <<http://eird.org/americas/manual-alcaldes.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

_____. Escritório das Nações Unidas para a Redução do Risco de Desastres. **About the Third UM World Conference on Disaster Risk Reduction**. [S.I.], 2014. Disponível em: <<http://www.wcdr.org/conference>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

_____. Escritório das Nações Unidas para a Redução do Risco de Desastres. **Marco de sendai para la reducción del riesgo de desastres 2015-2030**. [S.I.], 2015. Disponível em: <<http://eird.org/americas/noticias/docs/Sendai-Framework-for-Disaster-Risk-Reduction-2015-2030.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

_____. Escritório das Nações Unidas para a Redução do Risco de Desastres. **What is Disaster Risk Reduction**. [S.I.], [201-?]. Disponível em: <<http://>

www.unisdr.org/who-we-are/what-is-drr>. Acesso em: 02 Nov. 2015.

SARAIVA, Bruno Cozza; VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. O Estado Democrático de Direito como Garantia de Efetivação da Justiça Ambiental e da Sustentabilidade Socioambiental. **Derecho y Cambio Social**, Lima, ano 11, n. 36, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Carlos Henrique Rubens Tomé. Desastres Naturais e Desenvolvimento Sustentável. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, junho/2012 (**Boletim Legislativo nº 25, de 2012**). Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242665/Boletim2012.25.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA (UFSC). Centro Universitário de Estudos e Pesquisas sobre Desastres. **Atlas Brasileiro de Desastres Naturais 1991 a 2012**: volume Brasil. 2 ed. Florianópolis: CEPED UFSC, 2013.

Corrupção e violação a direitos humanos: obstáculos ao desenvolvimento brasileiro no século XXI¹

João Marcelo Negreiros Fernandes²

RESUMO

A proposta do artigo se destina a explorar a relação entre corrupção e violação a direitos humanos, o que representa um grave impedimento ao desenvolvimento e governabilidade em países democráticos como o Brasil. Como metodologia de análise, além de se buscar esclarecer um conceito adequado de corrupção, o texto investiga de que forma os atos corruptos podem vulnerar direitos humanos, e quais as consequências do fenômeno em distintos setores do estado brasileiro. Percebeu-se, como resultado, a importância de uma reforma legislativa, bem como maior transparência na gestão governamental com a presença de instituições fortes e integradas.

Palavras-chave: *Corrupção. Direitos humanos. Democracia. Governabilidade.*

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o combate à corrupção tem ganhado notorie-

¹ Data de recebimento: 28/12/2018. Data de aceite: 10/05/2019.

² Advogado. Doutorando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca (ES). Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca (ES). Graduado em Direito (UNIFOR). Professor de Direito Constitucional e Ciência Política do Centro Universitário UNIFAMETRO. E-mail: jmnfernandesadv@gmail.com

dade nos discursos e agendas políticas de governos democráticos. O oportunismo de certos atores - servidores públicos ou não-, com o fim de satisfazer interesses próprios mediante o desvio de recursos estatais tem provocado, entre outras coisas, aumento da pobreza, criminalidade, falta de investimentos, ineficiência administrativa e baixo crescimento econômico em diversos países.

Em que pesem os esforços em traçar o conceito de corrupção, uma vez que se apresenta em contextos variados e de modo diverso na avaliação que os cidadãos possuem do fenômeno, ninguém parece discordar de que um dos efeitos mais perversos refere-se à violação a direitos humanos, o que tem preocupado instituições internacionais (Organização das Nações Unidas, Organização dos Estados Americanos, Transparência Internacional, Conselho da Europa, etc.).

O presente artigo surge com o propósito de fornecer elementos, sobretudo empíricos e com foco na realidade brasileira, para a continuação do debate. Sob essa moldura, e num primeiro momento, o texto ocupa-se em encontrar uma possível definição de corrupção a partir de discussões travadas por autores nacionais e estrangeiros; na sequência, procura estabelecer a relação entre atos corruptos e direitos humanos, bem como a visão das organizações internacionais frente a esse problema universal; por fim, examina o impacto da corrupção em distintos setores no Brasil, avultando as barreiras impostas pelo fenômeno ao desenvolvimento e governabilidade do país e a perda de recursos que poderiam ser aproveitados pela sociedade.

2 A CORRUPÇÃO COMO FENÔMENO CORROSIVO DAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS: SERIA POSSÍVEL A FORMULAÇÃO DE UM CONCEITO?

Uma das grandes dificuldades da literatura jurídico-política hodierna refere-se à delimitação conceitual de “corrupção”, dada a complexidade intrínseca desse fenômeno avistado nos países

ocidentais. Muitas foram as tentativas teóricas empreendidas nesse sentido sem que se tenha estabelecido um conceito ideal, pois “todos sabemos que os especialistas nunca chegaram a um acordo sobre uma definição concreta da expressão” (SAJÓ, 2002, p. 2).

Sob uma perspectiva histórica, a origem do termo remonta às reflexões sobre temas éticos geralmente associados a filósofos como Aristóteles e Maquiavel, e se relaciona com a perda da virtude cívica por meio de processos de degradação da vida social, instituições, governos, estados e nações. A palavra latina “*corrumpere*” alude inequivocamente ao desvio de finalidade direcionada para ganhos privados, elemento que integra a definição de corrupção³.

Recentemente, o termo “corrupção” tem sido empregado, em um sentido mais amplo, como sinônimo de ilegalidade, decadência, putrefação, devastação, deterioração de uma determinada organização político-social. Numa visão mais estrita, faz referência a conduta vil e repugnante de um sujeito que viola deveres funcionais, com o escopo de satisfazer seus próprios interesses ou de terceiros, na maioria das vezes, mediante relações econômicas ilícitas⁴.

Não obstante todas essas imprecisões terminológicas, cumpre advertir que se pretende levar a sério o estudo da corrupção, deve-se reconhecer que ela possui uma dimensão sistêmica e multifacetária, manifestando-se em diversas áreas do comportamento humano (administrativa, judicial, mercantil, política, entre outras). Tal comprovação traz consigo a visível dificuldade em propor uma escala única de análise que seja válida para todos os países.

A corrupção como problema político, econômico, cultural e administrativo se manifesta de forma diferenciada nos

3 É importante observar que o fenômeno em questão não é um problema que envolve tão-somente dois indivíduos, mas grupos de pessoas que, desde uma perspectiva macro, geram graves efeitos lesivos à economia de uma nação.

4 Na percepção de Filgueiras (2009, p. 397): “é fundamental pensar a corrupção em uma dimensão sistêmica que alie a moralidade política - pressuposta e que estabelece os significados da corrupção - com a prática social propriamente dita, na dimensão do cotidiano. Resgatar uma dimensão de moralidade para pensar o tema da corrupção significa buscar uma visão abrangente que dê conta dos significados que pode assumir na esfera pública.”

diversos países. Em algumas democracias, estruturas de controle da corrupção existem e inibem práticas de apropriação privada dos recursos públicos. Em outros países de democratização recente ou praticamente sem experiências de democracia, a corrupção se expressa de forma muito mais intensa. (AVRITZER, 2008, p. 505).

Antes de seguir, porém, há de ressaltar que o enfoque aqui é mais modesto que a tentativa - talvez em vão - de construir um conceito perfeito a respeito do fenômeno, o que tem sido objeto de intensos debates no campo das ciências jurídicas e sociais. Se busca, na verdade, uma conceituação de corrupção com a qual se possa vincular à violação dos direitos humanos.

Deste modo - e com um elevado grau de certeza - a estratégia adotada para melhor compreender os atos qualificados como corruptos⁵ não pode se distanciar do exame de cinco elementos básicos que auxiliam na identificação e formulação de uma noção mais adequada à proposta do presente trabalho. Nesse sentido, Jorge F. Malen Seña (2017, p. 43) assinala que:

Haverá corrupção se, em primeiro lugar, a intenção dos corruptos é obter um benefício irregular, não permitido pelas regras do sistema. Em segundo lugar, a pretensão de conseguir alguma vantagem na corrupção se manifesta através da violação de um dever institucional por parte dos corruptos. Em terceiro lugar, a corrupção se mostra como uma deslealdade à instituição a qual se pertence ou na qual se presta serviços. A consciência dessa deslealdade faz com que, em quinto lugar, os atos de corrupção tendam a ocultar-se, isto é, sejam cometidos em segredo ou num contexto de discrição.

Com base nessas premissas, o esquema conceitual em torno das práticas corruptas pode ser descrito de acordo com a lógica decorrente de um cálculo econômico vinculada à ação coordenada

⁵ Sobre atos corruptos, a Convenção Anticorrupção das Nações Unidas fornece uma lista ampla e recente entre os quais se destacam: suborno, malversação/peculato, tráfico de influências, abuso de funções, enriquecimento ilícito.

e estratégica de atores no contexto de instituições (comportamento rent-seeking), pondo em perigo recursos e interesses coletivos. Consoante reforça Filgueiras (2009, p. 396):

A corrupção é explicada por uma teoria da ação informada pelo cálculo que agentes racionais fazem dos custos e dos benefícios de burlar uma regra institucional do sistema político, tendo em vista a natural busca por vantagens. Basicamente, a configuração institucional define sistemas de incentivos que permitem aos atores acumularem utilidades. Uma postura rent-seeking, que é esperada quando as instituições permitem que um agente burle as regras do sistema, ocorre quando ele maximiza a sua renda privada em detrimento dos recursos públicos.

Todavia, independentemente da concepção que se adote em relação a esse fenômeno, chama-se atenção para o fato de que existe um consenso entre os teóricos de que as atividades corruptas importam em clara afronta a um sistema de referência, entendido como um agrupamento de regras destinadas a regular relações entre particulares ou entre estes e o Estado⁶.

Aliás, quem lança um olhar mais atento sobre o assunto consegue reconhecer que o agente corrupto, pertencente ou não às estruturas da burocracia estatal, descumpra intencionalmente um sistema de normas com o fim de alcançar benefícios (importa aqui a ideia de valor) que não os conseguiria, caso respeitasse os deveres que impõe esse marco normativo.

Por ser oportuno, convém também lembrar que inexistem razões para restringir o alcance da corrupção apenas ao setor público e seus órgãos, pois pode ocorrer entre particulares (a exemplo de diretores de empresas, árbitros de futebol, professores universitários) por via do recebimento de vantagens indevidas em troca de decisões que favoreçam interesses individuais.

⁶ Esses sistemas podem ser: normativos, religiosos, jurídicos, políticos, econômicos ou desportivos. Hoje, se rechaça a conceituação habitual de que a corrupção é eminentemente política (GARZÓN VALDÉS, 1997, p. 42).

Para ilustrar o que foi dito, suponha um diretor executivo que aceita uma quantia em dinheiro de um funcionário para garantir-lhe a promoção no emprego, em prejuízo do seu colega, que está há mais tempo na empresa, e que apresenta melhor produtividade; o árbitro de futebol que ganha um presente do presidente de um determinado time e se compromete a facilitar a vitória daquela equipe contra o adversário durante a partida; o professor universitário que recebe um presente caro de um aluno, garantindo-lhe em troca a aprovação na disciplina.

Em todos os casos anteriormente citados, estar-se-á diante de condutas fraudulentas no setor privado - isto é, sem a interferência direta de autoridade ou funcionário público nas atividades corruptas-, que infringem um número significativo de outros interesses particulares.

Para entender e combater a corrupção não basta tipificá-la como delito. É preciso entendê-la como um fenômeno que implica um conjunto de fatos relacionados entre si, tais como o oferecimento de dinheiro ou dádivas para um determinado ato que, por ação ou omissão, supõe a alteração de procedimentos, obstrução da justiça, exclusão da sociedade, adaptação legislativa e outros logros, em benefício de um setor ou corporação dono do dinheiro, da influência e do poder. (CASTAÑEDA, 2012, p. 35).

Por certo que a interface dos setores público e privado suscita diversas oportunidades de ganhos econômicos advindos daqueles atos considerados corruptos. Na percepção da autora Rose-Ackerman, a incidência e o nível de corrupção dependem basicamente de três pontos principais: (i) benefício potencial do ato para o transgressor; (ii) o risco de ser descoberto e punido; e (iii) o poder relativo entre corruptores e corrompidos (ROSE-ACKERMAN, 2002)⁷.

Com efeito, são diversas as definições sobre as quais se pode situar

⁷ O mais grave é quando se leva em conta que, quanto mais generalizada é a percepção de corrupção, maiores são os incentivos percebidos pelos indivíduos para se engajarem em práticas corruptas (CARTIER-BRESSON, 1998).

a corrupção. À vista disso, Fernando Carbajo Cascón defende que, devido à dimensão principalmente política e sociológica - e uma vez conhecida a estreita e necessária relação entre direito e sociedade-, ela deve ser abordada no terreno da ciência jurídica, ou seja, uma ciência compreensível e resolutória dos problemas sociais surgidos em cada momento histórico (CASCÓN, 2012, p. 302).

Portanto, não é de hoje o esforço da comunidade científica no sentido de formular um conceito homogêneo e universal sobre o termo “corrupção”. Em contrapartida, as discussões mais recentes sobre o assunto têm vislumbrado elementos comuns que pavimentaram o caminho em direção a uma definição sobre atos corruptos, qual seja: toda conduta perversa e desleal na gestão de interesses públicos ou privados, que geralmente visa a uma vantagem de natureza econômica a partir da violação de deveres previstos num dado sistema de referência.

3 POR QUE VINCULAR A CORRUPÇÃO À VIOLAÇÃO A DIREITOS HUMANOS?

Apesar de parecer óbvia a pergunta, não é fácil determinar como e em que medida atos corruptos acarretam a vulneração de um direito humano, o que demandaria a análise do caso concreto sob pena de incidir num exame superficial do tema. Além disso, faz-se necessário delimitar o conteúdo e alcance do mencionado direito e os instrumentos jurídicos de garantia.

Partindo da noção de corrupção como modelo operacional baseado na escolha racional do agente em subverter o interesse da coletividade, com a certeza de que obterá vantagem ilícita, não há dúvida sobre o impacto negativo em relação à cláusula constitucional do Estado social de direito, colocando em sério risco direitos humanos. Para Leal e Schneider (2014, p. 421):

Não há dúvidas de que a corrupção encontra-se diretamente conectada à violação dos Direitos Humanos e Fundamen-

tais, notadamente quando os atos corruptivos são utilizados como formas de violação do sistema jurídico como um todo (o caso de suborno de servidores públicos para agilizarem procedimentos burocráticos), o que afeta, por si só, a ordem jurídica posta, além de provocar impactos localizados na rede de direitos e garantias vigente (eis que, neste exemplo, outros expedientes podem ser atrasados ou deixados de lado).

Avançando nessa discussão, costuma-se interpretar que o ato corrupto afronta diretamente um determinado direito no instante que implica imediatamente o descumprimento de uma obrigação do Estado com relação a dito direito. Por exemplo, um juiz que recebe uma soma de dinheiro para favorecer uma das partes em um processo por meio da concessão de liminar, viola, a um só tempo, a imparcialidade e o princípio da segurança jurídica das decisões.

Da mesma maneira, um direito é violado diretamente pela corrupção, quando um funcionário ou instituição pública atua para impedir que outras pessoas tenham acesso e possam usufruir daquele direito. Nesse sentido, imagine alguém que suborna um médico ou empregado de hospital público para garantir lugar privilegiado na fila de transplante de órgãos, em detrimento de vários outros pacientes que estavam há muito tempo esperando ser chamados.

No que tange ao setor privado, um ato corruptivo poderá comprometer diretamente direitos humanos naqueles casos em que diretores ou executivos de empresas se prestam a negociar o pagamento de propinas para a importação ilegal de resíduos tóxicos, burlando os mecanismos de supervisão e controle dos órgãos administrativos estatais. Em tal situação, tem-se uma ameaça de dano a direitos difusos, entre eles: o meio ambiente e a saúde dos cidadãos.

Por outro lado, não se pode olvidar que o ato corrupto pode infringir, de modo indireto, certos direitos. Observe uma autoridade pública que, evitando ser denunciada pela prática de corrupção passiva, ameaça a integridade física de jornalistas e declara censura aos meios de comunicação. Essas atitudes afetam, por via oblíqua,

direitos consagrados na constituição federal de 1988, tais como a liberdade de expressão e a integridade física e moral das vítimas⁸.

Pois bem, no âmbito internacional, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção demonstra preocupação com as ameaças trazidas pela corrupção, haja vista que a mesma promove insegurança social e o desmonte das instituições democráticas, além de comprometer o desenvolvimento do Estado de direito. Igualmente, o Conselho da Europa vê no fenômeno da corrupção a lesão ao governo, à justiça, à economia e ao aparelhamento da burocracia estatal⁹.

Cumprir recordar que a Organização das Nações Unidas (ONU) tem reafirmado, em várias oportunidades, que quando se está diante de um alto grau de corrupção, os estados não conseguem fazer valer suas obrigações em matéria de direitos humanos. Inclusive, a entidade sugeriu que o fenômeno em questão fosse tratado como “crime contra a humanidade” pelos países-membros, elevando-o à categoria de delitos como genocídio e tortura (CHADE, 2017).

Ademais, a Internacional Council on Human Rights Policy é enfática ao se posicionar sobre o impacto nocivo no campo social. Para essa organização não governamental, composta por um grupo seletivo de vários defensores dos direitos humanos, a corrupção cria verdadeiros incentivos à discriminação nas suas mais variadas formas, priva as pessoas vulneráveis de renda, e as impede de usufruírem dos seus direitos políticos, sociais, civis, culturais e econômicos¹⁰.

Nesse passo, a resolução nº 1/18 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos expõe que a corrupção na gestão dos recursos públicos dificulta a capacidade dos governos em cumprir as suas

8 Conforme o relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2005-2015), os casos de violência a jornalistas têm sido cada vez mais frequentes no Brasil, o que despertou a preocupação da comunidade internacional com relação aos obstáculos para a geração de um ambiente que permita a existência de mídia livre.

9 Para um estudo mais completo sobre os aspectos internacionais, sugere-se a obra de Koechlin e Carmona (2009).

10 Sobre a Internacional Council on Human Rights Policy e sua política de defesa dos direitos humanos, recomenda-se: <https://gnhre.org/partners/non-governmental-organisations/international-council-for-human-rights-policy/>

metas referentes à saúde, educação, água, transporte e saneamento, as quais resultam essenciais para a concretização dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais e, em particular, das populações vulneráveis. A este respeito, Miranda (2009, p. 6) pontua que:

Inegavelmente, muito pior que o ladrão, o homicida, enfim, do criminoso comum, é o corrupto, o dilapidador dos cofres públicos, da moral administrativa, pois esse último, com sua conduta ilícita, acaba atingindo o direito de um número indeterminado de pessoas, impossibilitando investimentos em diversas áreas e projetos sociais, como, os relativos à segurança pública, no combate à fome, à educação, saúde, à construção e reforma de escolas, hospitais etc., enfim, acaba-se privando milhões de brasileiros de suas necessidades básicas, fundamentais para a sobrevivência da pessoa humana.

Por tais razões, é evidente que a corrupção corrói os princípios da igualdade e da não discriminação, valores fundamentais para a organização democrática de um estado, ao impactar sobre pessoas que pertencem a grupos em situação de discriminação, como imigrantes, pobres, povos indígenas, refugiados etc. Percebe-se que estes não usufruem dos seus direitos do mesmo modo que o resto da sociedade, muito disso em razão da adaptação à língua e práticas sociais sendo, portanto, vítimas fáceis de atos corruptos. Consoante Campos e Bascuñán (2014, p. 71):

Os membros de grupos marginalizados são mais vulneráveis à corrupção, pois carecem de possibilidades de cumprir ou evadir as condições extrajurídicas impostas aos mesmos para exercer seus direitos. (...) A discriminação da corrupção é ainda mais intensa, pois é seletiva, em muitas de suas formas operam através de marcadores sociais como de origem étnica, condição socioeconômica, gênero, orientação sexual, etc. Em outras palavras, a corrupção, especialmente a estrutural, tende a preferir os mais vulneráveis, ao mesmo tempo em que reforça a sua condição de marginalidade.

Vislumbra-se, portanto, que o fenômeno corrupto é um ilícito de natureza difusa, na medida em que o agente, ao decidir pelo custo e

benefício de corromper-se perante o sistema, vem lesar os interesses de toda uma comunidade. Já não se pode ignorar que tal prática repercute na sociedade civil como um todo, atingindo vítimas indeterminadas, sobretudo os grupos mais vulneráveis que veem os seus padrões de vida se deteriorarem em face de atividades corruptas¹¹.

Indo um pouco além, não se pode perder de vista que os efeitos da corrupção podem atingir vários direitos humanos simultaneamente, em virtude das relações recíprocas que existem entre eles. Para exemplificar, observe que se um ato corruptivo impede uma família de ter moradia própria, é inevitável que também serão afetados outros direitos como alimentação, água, saúde e, sobretudo, o valor da dignidade humana (CAMPOS; BASCUÑÁ, 2014, p. 29).

Destarte, os comportamentos delitivos que englobam a expressão corrupção afetam e deterioram a essência de uma ordem jurídico-social estabelecida, contribuindo para a criação de uma profunda crise moral no Estado. Não por acaso que há algum tempo se tem advertido que as condutas corruptas minam a confiança dos cidadãos no sistema político, abalam os princípios fundamentais de uma democracia e afrontam gravemente os cânones constitucionais.

4 CORRUPÇÃO, DIREITOS HUMANOS e GOVERNABILIDADE DEMOCRÁTICA: GRANDES DIFICULDADES VIVENCIADAS NO CONTEXTO BRASILEIRO ATUAL

Até o momento parece não haver dúvida de que a corrupção é um mal em si mesmo, tendo sido enfrentada por várias nações (desenvolvidas ou não), e por organismos internacionais. Como se pode supor, o fenômeno abala a organização e manutenção das instituições do Estado e os valores políticos liberais, entre os quais se pode destacar a estrutura de direitos e divisão dos poderes, bem como as características do poder da maioria (autogoverno).

¹¹ Eduardo A. Fabian Caparrós aduz que: “a corrupção pode ser inserida na categoria dos denominados delitos sem vítima. Ou seja, não existe um prejudicado direto, senão um dano coletivo difuso”. (CAPARRÓS, 2004, p. 228).

No Brasil, as evidências da corrupção colocaram o país na desconfortável 96ª posição entre 180 nações pelo mundo, conforme o Índice de Percepção da Corrupção (2017) da transparência internacional. Adiante, realiza-se uma breve análise de algumas transgressões a direitos humanos, abrangendo setores distintos do estado brasileiro, cujo impacto tem conduzido, sem dúvida, a uma crise de governabilidade e de gerenciamento de recursos no país.

4.1 Corrupção no espaço político e a subversão ao governo da maioria

Uma das formas mais cruéis de corrupção é a que se manifesta pelo abuso do poder de políticos eleitos, com o fim de atender interesses privados em desfavor da maioria governada. Mata Barranco (2016, p.10) esclarece que “a corrupção política é, em um sentido amplo, o exercício ilícito do poder público em prejuízo do administrado por motivações espúrias, econômicas; e em um sentido estrito, é quando intervém na oferta econômica de um terceiro”¹².

Um caso de repercussão no Brasil foi a deflagração, em 2014, da operação lava-jato, ainda durante o governo da ex-presidente Dilma Rousseff. Trata-se, em síntese, de um esquema de corrupção e lavagem de dinheiro, envolvendo empreiteiras que pagavam propina para altos executivos da Petrobrás em troca de contratos bilionários superfaturados, contando com a intermediação de operadores financeiros para distribuir os recursos desviados da estatal¹³.

Segundo o Ministério Público Federal, em Curitiba, eram praticados, dentre outros atos, negociações diretas injustificadas, aditivos desnecessários com preços excessivos, contratações com supressão

¹² Em complemento e na opinião de López Calera, o conceito forma parte da imoralidade política, isto é, um tipo de desvio de comportamento dos políticos com relação a determinadas normas morais (LÓPEZ CALERA, 1997).

¹³ Outro caso de corrupção política que também ganhou destaque na mídia nacional e internacional foi o mensalão. Para mais informações, consultar: www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/11/131116_mensalao_q_and_a_mdb

de etapas relevantes e vazamento de dados sigilosos. Com o avanço das investigações, descobriu-se que os valores obtidos ilegalmente eram transferidos para políticos de vários partidos, responsáveis por facilitar o esquema ao indicar e tentar manter os diretores da Petrobrás -, na forma de doações a campanhas eleitorais, propinas e, até mesmo, caixa dois.

De fato, uma das constatações graves desse projeto corrupto, arquitetado para promover a extorsão da estatal petrolífera, é a presença e participação ativa de agentes políticos eleitos através do voto popular que, aproveitando-se da ineficiência dos mecanismos de controle institucionais e vazios legislativos, incorreram na prática de acordos ilícitos em contraposição ao governo da maioria. Não há dúvida do impacto crítico sobre o processo democrático no país.

Assim, no momento em que a ordem de prioridades e projetos, envolvendo personalidades políticas, é marcada pela corrupção, os programas voltados para o desenvolvimento se deterioram, e o cenário esperado é a queda do capital produtivo que deveria a ser investido em setores sociais, a isso somado o aumento da pobreza. A política não poderá servir a interesses escusos, senão que o curso da sua ação deve ser aproveitada pelos cidadãos.

4.2 Corrupção na saúde e as dificuldades em manter o Sistema Único de Saúde (SUS)

No campo dos direitos sociais, a corrupção tem despontado efeitos nefastos sobre a formulação de políticas de atendimento e a oferta de serviços à população brasileira, sendo a saúde um dos mais afetados no país. Em 05 de fevereiro de 2016, o Conselho Federal de Medicina informou que, nos últimos quatorze anos, 29% dos recursos advindos da União e que deveriam ser revertidos ao Sistema Único de Saúde (SUS) escorreram pelo ralo da corrupção¹⁴.

¹⁴ Para outras informações sobre a corrupção no campo da saúde, inclusive com estudos recentes do Conselho Federal de Medicina acerca da qualidade dos serviços oferecidos à população, consultar: <https://portal.cfm.org.br/>.

Segundo auditorias do Ministério da Saúde e da Controladoria Geral da União, essa porcentagem reflete a existência de irregularidades e fraudes culminando em uma redução drástica no orçamento destinado ao setor. As dificuldades geradas foram diversas e compreendem desde a falta de pagamento de médicos e funcionários de hospitais até a escassez de verbas para a aquisição e manutenção de materiais, leitos de UTI, ambulâncias, entre outros.

No ano de 2017, o Ministério Público da União denunciou o médico cirurgião - Erich Fonoff – junto com outras três pessoas (residente em medicina, administrador do Instituto Waldomiro Pazin e o dono da empresa Dabasons Exportação e Importação) por se associarem em um esquema de corrupção, que envolvia a dispensa de licitação para a aquisição de eletrodos cerebrais e medulares implantáveis em pacientes do Sistema Único de Saúde operados na Divisão de Neurocirurgia do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas em São Paulo¹⁵.

A ação criminosa funcionava da seguinte forma: no período entre 2009-2014, o médico orientava pacientes do SUS a buscarem o administrador do Instituto Waldomiro Pazin para ingressar com ações judiciais contra as secretarias de saúde de seus estados de origem, para fins de obter procedimento cirúrgico de urgência. Concedidas as liminares nos processos judiciais, a Dabasons Exportação e Importação, de propriedade de Victor Dabbah, era sempre a indicada para fornecer os equipamentos, cujas vendas eram superfaturadas e a propina distribuída entre os envolvidos. O prejuízo com a referida fraude supera e muito o patamar de um milhão de reais.

Como consequência de atos como esse, se produz uma violação ao interesse coletivo e à igualdade dos cidadãos na utilização do serviço público de saúde, visto que os valores desviados criam restrições de acesso a que os cidadãos possam desfrutar de atendimento efetivo

15 <https://oglobo.globo.com/brasil/mpf-denuncia-medico-ex-diretor-do-hospital-das-clinicas-por-fraude22190462>

para a solução dos seus problemas clínicos. Além disso, cria óbices à promoção de políticas públicas no setor, e inviabiliza a compra de medicamentos, ambulâncias, contratação de funcionários/médicos, manutenção de leitos, próteses, etc.; tudo por conta da ambição e egoísmo de grupos organizados que usam suas atribuições funcionais para ultrajar o Estado¹⁶.

4.3 Corrupção na justiça: quebra da imparcialidade e da segurança jurídica das decisões

Como é de conhecimento geral, a Constituição Federal consagra em seu texto o direito dos cidadãos a um julgamento justo e em tempo razoável, o qual deve ser realizado por autoridade judiciária competente e imbuída do espírito que preconiza a lei. A imparcialidade e a independência judicial são valores máximos do Estado de direito, e devem ser perseguidos na resolução dos casos concretos, de modo que juízes não participem de pactos econômicos ilícitos, tomando-os como motivação para influenciar uma decisão a favor de uma das partes no processo.

Na segunda metade de 2016, uma ampla investigação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), com o apoio da Polícia Federal, resultou no afastamento de dois desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE). A partir das diligências realizadas nos locais de trabalho dos envolvidos, descobriu-se uma ampla rede de corrupção da qual participavam ativamente os magistrados por meio da venda de decisões liminares em habeas corpus, durante os plantões judiciários em que atuavam, com o objetivo de liberar presos - inclusive traficantes.

As informações apuradas pelo STJ apontam que as negociações eram intermediadas por intermédio de uma rede social (whatsapp),

¹⁶ Para um excelente trabalho sobre corrupção na saúde e direitos humanos, veja: Albuquerque e Souza (2017).

e que os valores cobrados pelos magistrados giravam em torno de R\$ 150.000,00, por cada decisão favorável a pessoas que se encontravam privadas de liberdade - o que veio a beneficiar um traficante preso em flagrante por portar 107 quilos de cocaína. Na oportunidade, os crimes investigados nessa operação se tratavam de associação criminosa, corrupção passiva, tráfico de influência, corrupção ativa e lavagem de dinheiro¹⁷.

Logo, a prática de atos corruptos por membros do Poder Judiciário compromete, sem dúvida, as garantias do juiz imparcial e da segurança jurídica das decisões judiciais, e contribui para aumentar o grau de desconfiança da população no sistema de justiça. É o que sinaliza o estudo realizado, em 2017, pela Fundação Getúlio Vargas onde os dados revelam que o índice de confiança na Justiça caiu de 34% para 24% em comparação a 2016, muito em razão dos acontecimentos de corrupção e da ausência de punição rápida e adequada aos infratores.¹⁸

4.4 Corrupção em obras: improbidade nas contratações e desperdício de recursos públicos

Um dos efeitos colaterais do fenômeno da corrupção no estado brasileiro está associado a obras de engenharia civil, sejam públicas ou privadas, e que podem levar a consequências trágicas para toda a sociedade. O problema assume contornos mais preocupantes, visto que não é de hoje que surgem denúncias de irregularidades entre as quais: superfaturamento nos preços, projetos deficientes, descumprimento de cronogramas, e até desrespeito às normas ambientais.

De acordo com o relatório apresentado pelo Tribunal de Contas da União relativo a 2018, foram encontradas situações de anorma-

¹⁷ <https://politica.estado.com.br/blogs/fausto-macedo/desembargador-vira-reu-por-venda-de-sentencas-no-ceara/>

¹⁸ Estudo disponível em https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_icj_1sem2017.pdf

lidade em sessenta e duas obras financiadas com recursos federais, tendo sido recomendada a paralisação de dez delas. Ainda segundo o documento de auditoria, entre os problemas contemplados estão projetos básicos e executivos deficientes, sobrepreço, superfaturamento e restrição de competição em concorrência pública.¹⁹

Diante da gravidade dos dados acima, o que se verifica é que empresas têm se utilizado de meios fraudulentos para alterar processos licitatórios e eliminar a concorrência, obtendo posições privilegiadas com a clara finalidade de alcançar benefícios em detrimento das normas que balizam a contratação com o Poder Público. Além do que, e em se tratando de sobrepreço e superfaturamento nas obras, é comum ocorrer o desvio de verbas para atender a interesses particulares impróprios, demonstrando, assim, a face cruel da corrupção no mencionado setor.

4.5 Corrupção no meio ambiente: concessões ilegais de licenças para exploração florestal

Outra maneira grave de afetar os direitos humanos são os atos corruptos praticados por autoridades públicas com relação ao meio ambiente (art. 225, CF/1988), o que comumente tem ocorrido no Brasil por meio da concessão de licenças florestais ilegais a empresas privadas.

Mais precisamente em outubro de 2018, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais comandou, juntamente com as polícias civil e militar, uma operação de combate a uma associação criminosa estruturada para facilitar a concessão de licenças ambientais no âmbito da Superintendência Regional do Meio Ambiente (Supram) na Zona da Mata. Participavam do esquema agentes públicos do órgão, advogados e consultores que se organizaram com o intuito de

¹⁹ Relatório completo do TCU disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/fiscobras-2018.htm>

favorecer empresas/empreendedores a obterem licenças em troca do pagamento de propina.²⁰

Conforme o Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado (GAECO), os investigados praticaram os crimes de associação criminosa, corrupção passiva e ativa e o de revelar fato de que têm ciência em razão do cargo, e que deve permanecer em segredo, todos previstos no Código Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848/1940). Além disso, incidiram em desrespeito à Lei de Crimes Ambientais ao concederem licença de modo irregular para atividades, obras ou serviços cuja realização depende de ato autorizativo do Poder Público.

À vista disso, conclui-se brevemente que essa corrupção (no caso de concessão ilegal de licenças a empresas) podem ter efeitos desastrosos como: redução do controle ambiental das atividades poluentes; existência de órgãos ambientais desqualificados, contaminação de mares e rios, aumento do risco de desastres. Por tal razão, é importante o acesso às informações ambientais, a transparência e participação dos cidadãos em questões relativas ao meio ambiente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitas são as variantes por meio das quais se pode manifestar atos corruptos. Nisso, é incontestável seus males nas sociedades democráticas ao acentuar problemas como a pobreza e a falta de oportunidades de classes menos favorecidas, já que as verbas destinadas a melhoria das estruturas estatais e a promoção de políticas públicas são desviadas de seus verdadeiros fins.

Diante deste cenário, é imensurável o grau de fragilização a diversos direitos fundamentais (saúde, vida, devido processo legal, governo da maioria, meio ambiente, etc.), sendo certo que práticas

²⁰ Para mais informações sobre o caso, veja: <https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-combate-organizacao-criminosa-que-facilitava-concessao-de-licencas-ambientais-na-zona-da-mata.htm#.XCESNlxKg2w>

reputadas como corruptas contradizem os fins constitucionais encaminhados ao crescimento socioeconômico dos países e a realização dos valores humanos.

Também é preciso reconhecer que o fenômeno tem ocasionado tempos difíceis em *terrae brasilis*, com escândalos em diversos setores e o preocupante desperdício de verbas públicas. Os casos explorados no artigo demonstram a capacidade de certos grupos criminosos, vislumbrando as facilidades em subverter a máquina pública e diante da ineficiência legislativa, em comprometer o funcionamento da administração e a fruição de serviços pelos administrados.

Entre as instituições presentes no Brasil que têm atuado sem tolerância no combate ao fenômeno pode-se citar o Ministério Público e os Tribunais de Contas, os quais têm tentado identificar os agentes corruptos e, sobretudo, desestimular os incentivos econômicos que os levam a incidir em tais práticas. Além do que, não se pode esquecer que tratados e convenções internacionais têm sugerido medidas a serem seguidas visando à proteção de direitos humanos.

Contudo, as estratégias que devem ser implementadas para evitar que se consumam práticas corruptas passam não só por uma reforma legislativa, com penas pessoais e patrimoniais mais severas, mas pela promoção de maior transparência governamental, e medidas preventivas com o investimento em inteligência policial e em mecanismos de investigação capazes de desarticular as organizações criminosas que buscam deteriorar o Estado de direito.

CORRUPTION AND HUMANS RIGHT VIOLATIONS: OBSTACLES TO BRAZILIAN DEVELOPMENT IN THE 21ST CENTURY

ABSTRACT

The article's purpose is to explore the relationship between corruption and human rights violations, which poses a difficult obstacle to development and governance in democratic countries such as Brazil. As a methodology of analysis, in addition to seeking to clarify an adequate concept of corruption, the text investigates how corrupt acts can violate human rights, and what the consequences of the phenomenon in different sectors of the Brazilian state. As a result, the importance of legislative reform, as well as greater transparency in government management, has been perceived with the presence of strong and integrated institutions.

Keywords: *Corruption. Human Rights. Democracy. Governability.*

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Aline; SOUZA, Camila. **Corrupção na saúde no Brasil: reflexo à luz da abordagem baseada nos Direitos Humanos.** Revista Brasileira de Bioética, nº 20, 6ª ed., 2017, p. 1-17.

AVRITZER, Leonardo. **Índices de percepção da corrupção.** In: AVRITZER, L. *et al.* Corrupção. Ensaios e críticas. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

CAMPOS, María Luisa Bascur; BASCUÑÁN, Pedro Aguiló. **Corrupción y derechos humanos: una mirada desde la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos.** Facultad de Derecho Universidad de Chile: Centro de Derechos Humanos, 2014.

CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. **La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales (Anotaciones para um Derecho penal globalizado),** In: Rodríguez García, Nicolás, y Fabián Caparros, Eduardo A. (coords.), La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar,

Salamanca, Ratio Legis, 2004, p. 227-239.

CARTIER-BRESSON, J. **Les analyses économiques des causes et des conséquences de la corruption: quelques enseignements pour les pays en développement.** *Mondes en Développement*, 26(102), 1998, p. 25-40.

CASCÓN, Fernando Carbajo. **Corrupción en el sector privado (i): la corrupción privada y el derecho privado patrimonial.** *Justitia*, nº10, Enero-Diciembre, 2012, p. 281-342.

CASTAÑEDA, Angélica Sofia Clavijo. **Actos de corrupción como violación a los derechos humanos. Saber, ciencia, y libertad**, ISSN: 1794-7154, Vol. 7, nº 1, 2012, pp. 35-45.

CHADE, Jamil. **Órgão da ONU propõe tratar corrupção como crimes contra a humanidade.** *Jornal O Estadão*. São Paulo, 1 de set. 2017. Caderno de Política. Disponível em: www.politica.estadao.com.br/noticias/geral,orgao-da-onu-propoe-tratar-corrupcao-como-crimes-contra-a-humanidade,70001961296. Acesso em: 12 dez. 2018.

CONTRERAS, Tadeo Eduardo Hübbe. **La corrupción ante una sociedad globalizada.** *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Benemérita Universidad Autónoma de Puebla*. Año 8, nº 15, abril – septiembre 2014, p. 79-100.

FILGUEIRAS, Fernando. **A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social.** *Opinião Pública*, Campinas, vol. 15, nº 2, nov. 2009, p. 386-421.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto., **Acerca del concepto de corrupción**, en Laporta, F. J., y Álvarez, S. (eds.) *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997.

KOECHLIN, Lucy; CARMONA, Magdalena Sepúlveda. In: ROTBERG, Robert I. **Corruption, global security and world order.** Washington D.C.: Brookings Institution Press, 2009, p. 310-340.

LEAL, Rogério Gesta; SCHNEIDER, Yuri. **Os efeitos deletérios da corrupção em face dos direitos humanos e fundamentais.** *Revista da AJURIS*, v. 41, nº. 136 - dez. 2014, p. 415-435.

LÓPEZ CALERA, Nicolás, **Corrupción, Ética y Democracia**, In: Laporta, Francisco J. y Álvarez, Silvia (eds.), *La Corrupción Política*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.

MALEM SEÑA, Jorge F. **Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica**, Marcial Pons: Madrid, 2017.

MATA BARRANCO, Noberto J. de la. **La lucha contra la corrupción política**. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194, nº 18-01, 2016, pp. 1-25.

MIRANDA, Gustavo Senna. **Corrupção pública: uma pandemia nacional**. 2009. Disponível em: www.conamp.org.br/images/artigos/Obst%C3%A1culos%20dogm%C3%A1ticos%20para%20o%20enfrentamento%20da%20corrup%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 15 dez. 2018.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

_____. **Economia política da corrupção**. In K. A. Elliot (Org.), *A corrupção e a economia global*. Brasília: UnB, 2002.

SAJÓ, András. **Introduction: Clientelism and Extortion: Corruption in Transition** en A. Sajó y S. Kotkin, *Political Corruption in Transition. A Sceptics Handbook*, CEU Press, 2002.

VIEIRA, Gabriela Alves Mendes; VARELLA, Marcelo Dias. **A conexão entre os direitos humanos e a corrupção**. Revista de Direito Internacional, v. 12, nº 2, 2014, p. 476-494.

Brasil e suas raízes: evidências de controle social no interior de sua formação¹

Mariana da Silva Gomes²

RESUMO

A Constituição de 1988 prevê que “todo poder emana do povo” com participação e controle social sobre a gestão pública. Escândalos de corrupção, cada vez mais frequentes, levantam uma questão: Quais características compõem nossa formação social, e também econômica, para justificar tantas vezes nossa passividade diante de escândalos crescentes na nossa política, economia e sociedade? É por meio da compreensão da expressão “controle social” em seus vários aspectos e de uma breve análise de um dos clássicos da formação deste país, *Raízes do Brasil* de Sérgio Buarque de Holanda, que se buscou resposta. Conclui-se que o conceito hoje dominante de controle social, como controle da sociedade sobre o Estado, é recente. Torna-se delicado desenvolver o controle social da coisa pública, considerando as origens sociais e econômicas brasileiras enraizadas pelo personalismo, pelo favorecimento de interesses pessoais, pela falta de valorização do trabalho, pela baixa capacidade de organização e pela miscigenação.

Palavras-chave: *Controle social. Raízes do Brasil. Formação social e econômica.*

¹ Data de recebimento: 08/01/2019. Data de aceite: 10/05/2019.

² Graduada em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Ceará (UFC), Especialista em Contabilidade Pública e Lei de Responsabilidade Fiscal pela Universidade Cândido Mendes (UCAM), Mestranda do Mestrado em Avaliação de Políticas Públicas (MAPP) também pela UFC e Contadora no Instituto Federal do Ceará (IFCE). E-mail: mariana.sgomes@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

O Brasil vivencia, hoje, após quase três décadas de sua Constituição Cidadã, momentos de abalos em sua democracia, como a destituição de um governo eleito de forma democrática e pela maioria, reformas, como a trabalhista e a previdenciária, que claramente retiram direitos da sociedade, e graves e grandes escândalos de corrupção, envolvendo políticos ainda pautados no patrimonialismo com tênue vinculação com interesses pessoais.

A Carta Magna de 1988 prevê que “todo poder emana do povo”, que elege seus representantes por via do voto, e também com participação social e controle social sobre a gestão pública.

Conforme dizem Bravo e Correia (2012, p. 127), “controle social” tem sido a expressão utilizada no Brasil como sinônimo de controle da sociedade sobre as ações do Estado, bem dizer a gestão da coisa pública. Tal sentido ganhou forma pela conjuntura de lutas políticas pela redemocratização do país no contexto da ditadura militar. Porém, na sociologia o sentido parece mais amplo, como sendo o “conjunto dos recursos materiais e simbólicos de que uma sociedade dispõe para assegurar a conformidade do comportamento de seus membros a um conjunto de regras e princípios prescritos e sancionados” (BOUDON; BOURRICAUD *apud* ALVAREZ, 2004, p. 169).

Então, em momentos como esses, podemos nos perguntar: por que não estamos exercendo nosso controle social sobre tais acontecimentos? Quais características estão no cerne de nossa formação social, e por que não econômica, para que justifique tantas vezes nossa passividade diante de escândalos cada vez mais frequentes na nossa política, na nossa economia e na nossa sociedade?

Buscar na obra *Raízes do Brasil* de Sérgio Buarque de Holanda, datado originalmente de 1936, “um clássico de nascença”, nas palavras de Antônio Cândido, as evidências de controle social, o germe das características do brasileiro e sua relação com o atual contexto

do país é a temática central desta escrita.

Para isso, o presente trabalho está organizado da seguinte forma: uma sessão dedicada a apresentar definições históricas e atuais sobre o termo “controle social”, e outra dedicada a buscar na literatura clássica de formação do Brasil, preponderantemente em Raízes do Brasil acima citado, as evidências desse controle social nos sentidos levantados na sessão anterior. Em seguida, tecemos nossas considerações finais para os dias atuais, pois, como diz ainda Antônio Cândido, “o conhecimento do passado deve estar vinculado aos problemas do presente” (Holanda, 2014, p. 23).

2 CONTROLE SOCIAL: UMA BREVE DEFINIÇÃO

Há certa dificuldade em dar um sentido único para a expressão “controle social”. Isso porque o conceito nasce nas Ciências Sociais, que acompanha a sociedade e, portanto, muda com ela.

Mannhein (*apud* CORREIA, 2008, p. 104) define “controle social” como sendo um “conjunto de métodos pelos quais a sociedade influencia o comportamento humano, tendo em vista manter determinada ordem”. No mesmo sentido, Correia (2008, p. 104) destaca que essa expressão é usada para indicar mecanismos que estabelecem ordem social para disciplinar a sociedade e submeter as pessoas a padrões sociais e princípios morais determinados.

Historicamente, nas Ciências Sociais, existem a tradição funcionalista e a tradição liberal sobre o conceito de controle social. Conforme diz Mattos (2016, p. 72), para a tradição funcionalista, “o controle social se dirige a promover a integração social, na medida em que busca reiterar valores morais compartilhados socialmente e expressos pela consciência coletiva”. O mesmo autor cita a contribuição de Norbert Elias (*apud* MATTOS, 2016, p. 72) que analisa o “processo civilizador como forma de constituição psicológica dos indivíduos e de composição do tecido social”. Já a tradição liberal,

com inspirações na sociologia de Weber, tem sua análise apoiada “nas relações de poder e dominação que caracterizam as sociedades modernas” (*Ibid.*, p. 73).

Consoante Alvarez (2004, p. 169), depois da Segunda Guerra Mundial, a expressão controle social começou a tomar outra dimensão, oposta as ideias anteriores: a relação do Estado com os mecanismos de controle social. Sendo um conjunto de “práticas de dominação organizadas pelo Estado ou pelas classes dominantes”. De acordo com o mesmo autor, a noção de controle social passou “do papel positivo em termos de integração social para o papel negativo em termos de dominação”. No Brasil, os debates acerca de controle social chegaram ao final do século XX e há diversas pesquisas voltadas para o período da Primeira República, que, segundo o Alvarez (*Ibid.*, p. 174), foi “um momento privilegiado para o estudo da emergência de estratégias de controle social”.

Correia (2008, p. 104) segue dizendo que na teoria política, controle social tem um sentido indeterminado: “tanto é empregado para designar o controle do Estado sobre a sociedade quanto para designar o controle da sociedade sobre as ações do Estado”. Na economia, continua a dizer, “o Estado tem exercido o controle social sobre o conjunto da sociedade em favor dos interesses da classe dominante para garantia do consenso em torno da aceitação da ordem do capital”.

Atualmente, o significado atribuído a controle na Administração Pública “pressupõe examinar se a atividade governamental atendeu à finalidade pública (em oposição às finalidades privadas)” (Enap, 2015, p. 05). É a Carta Magna de 1988 que traz no Brasil a figura do Controle, responsabilizando os órgãos da estrutura do Estado e dando a sociedade a oportunidade de participação. Assim, temos duas formas de controle na Administração Pública, sendo uma o controle institucional, exercido pelo próprio Estado sobre suas próprias ações; e outra, o controle social, agora no sentido de a sociedade controlar as ações do Estado e participar das decisões.

3 RAÍZES DO BRASIL E ALGUMAS EVIDÊNCIAS DE CONTROLE SOCIAL

Tal como vimos, “controle social” pôde assumir vários significados ao longo da história, nas ciências sociais, na política, na economia, na administração pública (sendo esse o sentido mais atual). Aqui, tomemos para análise o controle social nas suas mais diversas formas e definições. Veremos isso nos clássicos que descrevem a formação do Brasil, especialmente na obra *Raízes do Brasil* (1936), de Sérgio Buarque de Holanda, “um clássico de nascença” no prefácio de Antônio Cândido.

Nesta obra, podem ser encontradas várias evidências de controle social no interior da formação social e econômica do país. E essas evidências são denunciadas por intermédio da construção da personalidade do brasileiro tradicional que nos ajuda a compreender por que nosso país funciona de certo modo ao longo de seus acontecimentos através de sua história, como veremos adiante.

Como diz Antônio Cândido no prefácio da citada obra, Sérgio Buarque de Holanda (2014, p. 23) traz a sua análise do Brasil para o lado mais psicológico e histórico social, por meio da metodologia dos contrários de Max Weber, criando critérios tipológicos ao focalizar pares para tratá-los de modo dinâmico ressaltando sua relação com os processos históricos.

Antonio Cândido ressalta que “o conhecimento do passado deve estar vinculado aos problemas do presente” (HOLANDA, 2014, p. 23). Por isso buscamos nessa obra histórica que já explicava as raízes da sociedade brasileira para explicar o seu tempo na década de 1930, as evidências que explicam o nosso Brasil, hoje, século XXI.

Ainda no início da obra, no Post-scriptum, também de Antônio Cândido, em 1986, (*Ibid.*, p. 26), lemos que “Sérgio deixou claro que só o próprio povo, tomando a iniciativa, poderia cuidar de seu destino”. Podemos perceber nessa afirmativa a primeira ideia de controle

social, no seu sentido mais atual, e que consta na nossa Carta Magna de 1988, “todo poder emana do povo”. Percebamos: a obra é de 1936 e a palavras de Cândido de 1986. Já nessa citação, constatamos o perfil histórico e vanguardista de tal obra.

No primeiro capítulo, Holanda (*Ibid.*, p. 35) mostra-nos que tentar implantar a cultura europeia em nosso território brasileiro, com condições naturais e econômicas tão diversas de lá, é o fato que mais traz consequências para nossa sociedade brasileira. No início de nossa história, nossa economia era voltada para o mercantilismo decorrente das Grandes Navegações Portuguesas. Isso fez com que importássemos “nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas ideias”, por isso “somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra”.

Nesse sentido, Santiago (2016, p. 28) destaca que Espanha e Portugal, como uma zona de fronteira, ou seja, de transição, são uma zona de menos homogeneidade, consolidando algumas características próprias. Com base em Holanda, uma dessas características que a península Ibérica está longe de partilhar com o restante da Europa é o desenvolvimento da “cultura da personalidade”. Sendo esta caracterizada “pela importância particular que atribuem ao valor próprio da pessoa humana, à autonomia de cada um dos homens em relação aos seus semelhantes”. Sem embargo, Holanda segue dizendo que “o índice de valor de um homem infere-se [...] da extensão em que não precise depender dos demais”.

É dessa característica que surge o que Holanda chama de “singular tibieza”, ou seja, singular estado de fraqueza, das formas de organização dos ibéricos. E aí o autor levanta a reflexão a partir dessa ideia: “Em terra onde todos são barões não é possível acordo coletivo durável, a não ser por uma força exterior respeitável e temida”. Vejamos nesse trecho mais uma evidência de controle social que o Brasil herda da Ibéria. Traçando um paralelo com os dias de hoje, não é difícil perceber e situação social brasileira, em que nossos políticos não deixam de se achar donos da coisa pública e defender seus próprios interesses.

Holanda destaca que espanhóis e portugueses nunca se sentiram confortáveis em um ambiente em que o mérito e a responsabilidade individuais não encontrassem pleno reconhecimento. Essa característica se tornou o maior obstáculo para o espírito de organização espontânea, característica dos povos protestantes e em termos de colonização, característica dos povos de colonização de povoamento, como os povos ao norte dos trópicos. Nesse sentido, o princípio unificador de povos não propensos a organizações espontâneas foi corporificado por governos, e nos tempos modernos, esses governos formaram ditaduras militares (2014, p. 43).

Outra característica profunda levantada pelo autor de Raízes do Brasil, que se deve levar em consideração sobre os povos espanhóis e portugueses é a invencível repulsa de toda a moral fundada no culto ao trabalho. Para eles, “uma digna ociosidade sempre pareceu mais excelente” e mais nobre do que a luta pelo pão de cada dia. Característica de algum brasileiro que conhecemos? Holanda segue dizendo que o que se admira é “uma vida de grande senhor, exclusiva de qualquer esforço, de qualquer preocupação”. Pode-se perceber que a história do Brasil foi construída em cima dessas características herdadas dos portugueses. Ainda hoje percebemos em nossa sociedade o culto a uma vida luxuosa com pouco trabalho.

Na falta de valorização do trabalho, o resultado é nossa baixa capacidade de organização social. Nas palavras de Holanda, “o esforço humilde, anônimo e desinteressado é agente poderoso da solidariedade dos interesses e, como tal, estimula a organização racional dos homens e sustenta a coesão entre eles”. Numa sociedade em que falte a valorização do trabalho, dificilmente também haverá ordem entre os cidadãos. Holanda destaca que a solidariedade só existirá nesses povos se houver vinculação de sentimentos sobre as relações de interesse.

Santiago (2016, p. 30) afirma que a “transmutação do DNA ibérico para as terras brasileiras vem carregada pela ‘autarquia do indiví-

duo', pela 'exaltação extrema da personalidade', que não admite compromissos". O resultado disso é renunciar a personalidade em virtude de um bem maior: e surge a obediência como virtude maior dos povos ibéricos. E essa "obediência cega" foi para eles o "único princípio político verdadeiramente forte". Um bom exemplo disso, citado pelo próprio Sérgio Buarque de Holanda, são as ditaduras: "centralização do poder e obediência". Na história do Brasil, logo na colonização, a disciplina pela obediência foi utilizada pelos jesuítas para catequizar nossos índios. No sentido de controle social das ciências sociais, podemos dizer que aqui identificamos o traço de nossa personalidade herdado dos países ibéricos, o fato de ordens virem de cima para baixo, sem participação social, até porque, com esses mesmo traços de personalidade, também havia a baixa capacidade de organização, inclusive pela alta miscigenação dos povos. Como diz Holanda (2014, p.46) "nem o contato e a mistura com raças indígenas ou adventistas fizeram-nos tão diferentes dos nossos avós de além-mar como às vezes gostaríamos de sê-lo".

Faz-se importante também analisar o capítulo 2, Trabalho & Aventura. Nesse capítulo, Sérgio Buarque de Holanda, através dos modelos ideais weberianos, traz a ideia desses dois personagens: o trabalhador e o aventureiro. Holanda descreve o trabalhador como sendo "aquele que enxerga primeiro a dificuldade a vencer, não o triunfo a alcançar" (2014, p. 50). E, ao contrário disso, define o aventureiro tendo como ideal "colher o fruto sem plantar a árvore". Esse tipo "ignora as fronteiras. [...] onde quer que se erija um obstáculo a seus propósitos ambiciosos, sabe transformar esse obstáculo em trampolim". Torna-se importante analisar essas características para entendermos o processo de colonização do Brasil, e entendermos também as características dos que aqui foram se formando brasileiros. O espírito aventureiro foi essencial para esse processo, pois só o português, corajoso como foi, para suportar a região dos trópicos. Nesse sentido, Holanda questiona: "E essa ânsia de prosperidade

sem custo, de títulos honoríficos, de posições e riquezas fáceis, tão notoriamente característica da gente da nossa terra, não é bem uma das manifestações mais cruas do espírito de aventura?”

Destarte, Holanda continua a dizer que nos dias de hoje ainda convivemos com os descendentes daqueles que não tem vergonha de solicitar colocação de prestígio, daquele que não receava em pedir um cargo de governador. Em termos de controle social, observamos um belo caso de nepotismo e inclusive do famoso “jeitinho brasileiro”. Motta e Alcadipani (1999, p. 8) definem o jeitinho brasileiro como sendo o “genuíno processo brasileiro de uma pessoa atingir objetivos a despeito de determinações (leis, normas, regras, ordens etc.) contrárias”. Destarte, os autores dizem ainda quem em nosso país, interesses pessoais são mais importantes do que os interesses da sociedade como um todo, gerando falta de coesão na vida social brasileira. É uma característica cultural brasileira, sobre a qual acabamos de observar sua nascerça, junto da construção social do país. Assim sendo, podemos observá-la o como um mecanismo de controle social que se encaixa nas mais diversas definições levantadas no início deste trabalho.

Não se pode deixar de citar, quando se fala da formação social e econômica do Brasil, a miscigenação. A partir da leitura dos clássicos desse tema, conforme Antônio Cândido: *Raízes do Brasil*, aqui então explorado; *Casa-Grande & Senzala*, de Gilberto Freyre; e *Formação Econômica do Brasil* de Celso Furtado. Pode-se acrescentar ainda *Formação do Brasil Contemporâneo*, de Caio Prado Júnior e *O Povo Brasileiro*, de Darcy Ribeiro. Todos esses clássicos citam a miscigenação principalmente a partir dos aspectos econômicos. A partir da atividade econômica, no início, a exploração da cana-de-açúcar, havia o problema da mão de obra. Furtado (2007, p. 34) dizia que transportá-la da Europa traria grandes expensas econômicas para a empresa agrícola brasileira. Portugal já era experiente no conhecimento do mercado africano de escravos, assim empregaram recursos

para trazer essa mão de obra barata. Isso se deu pelo fato também de não conseguirem explorar a mão de obra dos índios nativos brasileiros, como diz Holanda (2014, p. 55), verificaram-se frustradas as tentativas de emprego do braço indígena, sendo mais fácil, como ratificado por Furtado, a introdução de escravos africanos.

Esses povos não tinham identidade racial, assim como os próprios portugueses (*Ibid.*, p. 61) que também eram um povo miscigenado. Portanto, nessa formação social do Brasil, o povo que havia, simplesmente, era objeto utilizado pela classe exploradora para reproduzir riqueza. Não havia noção de controle social. Destarte, ratifica essa ideia Darcy Ribeiro:

O Brasil foi regido primeiro como uma feitoria escravista, exoticamente tropical, habitada por índios nativos e negros importados. Depois, como um consulado, em que um povo sublusitano, mestiçado de sangue afros e índios, vivia o destino de um proletariado externo dentro de uma possessão estrangeira. Os interesses e as aspirações do seu povo jamais foram levados em conta, porque só se tinha atenção e zelo no atendimento dos requisitos de prosperidade da feitoria exportadora. [...] Nunca houve aqui um conceito de povo, englobando todos os trabalhadores e atribuindo-lhes direitos. (2015, p.327).

Voltando para análise mais precisa em *Raízes do Brasil*, encontramos o “homem cordial”, resultado de toda essa miscigenação brasileira com as características de nossos colonizadores portugueses. Esse personagem descrito por Holanda carrega as características já levantadas, decorrente dos povos ibéricos, principalmente da característica do personalismo. O homem cordial é tanto um resultado do controle social à sua época, como também um agente ativo em épocas posteriores. Veremos adiante.

Holanda já inicia o capítulo falando que o “Estado não é uma ampliação do círculo familiar [...] de certas vontades particularistas, de que a família é o melhor exemplo” (2014, p. 169). A partir daí, já se pode perceber uma crítica ao nosso personalismo que compro-

mete a atuação de um Estado forte, organizado e livre de interesses particulares. Holanda descreve como era a criação, a educação e o ambiente familiar desses homens, e a partir disso podemos entender como se forma o homem cordial: “tais ambientes chegam a constituir, muitas vezes, verdadeiras escolas de inadaptados e até psicopatas” (2014, p. 174) e continua “no Brasil, onde imperou, desde tempos remotos, o tipo primitivo de família patriarcal, o desenvolvimento da urbanização [...] ia acarretar um desequilíbrio social, cujos efeitos permanecem vivos ainda hoje”.

Assim, Santiago (2016, p.36) já resume o homem cordial como sendo:

(...) hospitaleiro ou agressivo, amigável ou hostil, generoso ou mesquinho, amigo eterno ou amigo ferrenho. Trata desconhecidos fraternalmente, quer sejam amigos, parentes, escravos e agregados. [...] busca a intimidade, principalmente com autoridades, não suporta as distâncias, e esta conduta se expressa na religião, pois se torna íntimo de Cristo e dos santos; no relacionamento com seus superiores, gosta de autoproclamação como discípulo, seguidor, fiel.

Holanda (2014, p.175) ressalta ainda que não era uma tarefa fácil homens formados nesse ambiente entenderem a separação entre o que era de domínio público e domínio privado. Como, resgatando ideia anteriormente exposta, não havia no Brasil, noção de povo, de nação, também não havia ideias de controle social pela população sobre a gestão pública, sendo possível aos homens de poder, tratar a coisa pública como sendo sua. Tomando Holanda como base para essa afirmativa: “é possível acompanhar ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal”.

Sem embargo, Holanda (*Ibid.*, p. 191) diz que “a ideologia impessoal do liberalismo democrático jamais se naturalizou entre nós”.

Os princípios só são assimilados até o ponto de coincidirem com a negação de uma autoridade incômoda, o que confirma nosso horror brasileiro às hierarquias.

Corroborando com esses aspectos, Holanda (*Ibid.*, p. 192) levanta a observação de que todos os movimentos reformadores do Brasil partiram quase sempre de cima para baixo: “nossa independência, as conquistas liberais que fizemos durante o decurso de nossa evolução política vieram quase sempre se surpresa; a grande massa do povo recebeu-as com displicência, ou hostilidade”. Como podemos ver, ao longo de todo esse trabalho, qualquer semelhança não é mera coincidência com os dias atuais no século XXI.

Um bom exemplo contemporâneo à época do autor de *Raízes do Brasil*, citado pelo próprio, foi a proclamação da República Brasileira: “O fato foi deles, deles só, porque a colaboração de elemento civil foi quase nula. O povo assistiu àquilo bestializado, atônito, surpreso, sem conhecer o que significava”. Pode-se perceber total falta de controle social da população sobre a coisa pública mais uma vez.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após realizar um breve levantamento sobre os sentidos de controle social em suas esferas sociológica, econômica, política e administrativa e buscar suas evidências em nosso país através do “clássico de nascença” intitulado *Raízes do Brasil* no interior da formação social e econômica, na parte final deste artigo concluímos essas relações.

Podemos perceber, com o estudo levantado, que o conceito hoje dominante do termo controle social, como sendo o controle da sociedade sobre as ações do Estado é recente no Brasil, não existindo a menor participação social em grandes acontecimentos na história do país, como a proclamação de Independência e a proclamação da República do Brasil. Tivemos um povo que não teve um papel ativo, quando o seu país se tornou independente de sua metrópole, nem

quando passou a ter seus governantes eleitos diretamente ou não. E a partir daí lembramos outros fatos históricos, como Política do Café com Leite, a Revolução de 1930, puramente elitista e a ditadura do Estado Novo.

Além desse fato ser uma grande evidência de falta de noção de controle social em seu sentido político e administrativo, é também uma demonstração dessa falta em seu sentido sociológico e econômico. Se não, vejamos.

Partindo de um dos sentidos sociológicos aqui apresentados, controle social como mecanismos para estabelecer uma ordem social que disciplina a sociedade e cria padrões sociais, nos dizeres de Correia (2008, p.104), vimos através de Raízes do Brasil sobre como nossa sociedade foi formada. Baseada nos interesses das classes dominantes e mais abastadas e voltadas para o desenvolvimento econômico primário-exportador.

Tomemos como base, os escritos de Darcy Ribeiro, em O Povo Brasileiro, quando descreve resumidamente a visão de Sérgio Buarque de Holanda sobre as características que nos formaram:

Para Sérgio Buarque de Holanda seriam características nossas, herdadas dos iberos, a sobranceria hispânica, o desleixo e a plasticidade lusitanas, bem como o espírito aventureiro e o apreço à lealdade de uns e outros e, ainda, sei gosto maior pelo ócio do que pelo negócio. Da mistura de todos esses ingredientes, resultaria uma certa frouxidão e anarquismo, a falta de coesão, a desordem, a indisciplina e a indolência. Mas derivariam delas, também, certo penhor ao mandonismo, para o autoritarismo e para tirania. (2015, p. 329).

Nossas relações sociais foram, ao longo de nossa história, se formando a partir de nosso sistema econômico. O poder nas mãos de poucos, ditando as regras da vida social, como no caso de nossa colonização portuguesa, nossa origem, voltada para o mercado externo e para isso explorando os índios e depois a mão de obra escrava.

Nos dizeres de Caio Prado Júnior (2011, p. 123), “nossa economia se subordina inteiramente a esse fim, isto é, se organizará e funcionará para produzir e exportar” A miscigenação de portugueses, índios e africanos deu base para a construção de nossa sociedade patriarcal e personalista conforme vimos em *Raízes do Brasil*, destacando principalmente o perfil aventureiro do colonizador.

A construção do homem cordial a partir das características do colonizador português, o homem que não consegue distinguir o que é de domínio público e o que de domínio privado. É como vemos nos dias atuais, os noticiários repletos de casos de corrupção do dinheiro e da coisa pública.

Vejamos como é delicado desenvolver a ideia de controle social da coisa pública a partir da própria sociedade tendo em vista as origens sociais e econômicas deste povo enraizadas pelo personalismo, pelo favorecimento de interesses pessoais em detrimento dos interesses coletivos, pela falta de valorização do trabalho, pela baixa capacidade de organização, pela miscigenação.

Aí se pode encontrar o motivo de hoje, oito décadas após a primeira edição de *Raízes do Brasil*, as origens de sermos um povo que está passivo diante de tantos acontecimentos. Mesmo com nossos direitos de controle assegurados por nossa Constituição, ainda temos muito para evoluir e superar nossas características de formação. Como diz Antônio Cândido em seu *Post-scriptum* em 1967, um dos grandes destaques da obra foi mostrar como estudar o passado pode ser uma forma de abrir caminho para os grandes movimentos democráticos com iniciativa do povo trabalhador, ou seja, da sociedade, exercendo o controle social da gestão pública superando suas características de formação social e econômica.

**BRAZIL AND ITS ROOTS:
EVIDENCES OF SOCIAL CONTROL
WITHIN ITS FORMATION**

ABSTRACT

*The 1988 Constitution provides that “all power emanates from the people” with participation and social control over public management. Increasingly frequent corruption scandals raise a question: What characteristics make up our social and economic formation to justify so often our passivity in the face of growing scandals in our politics, economy and society? It is through the understanding of the expression “social control” in its various aspects and a brief analysis of one of the classics of the formation of this country, *Raízes do Brasil* by Sérgio Buarque de Holanda, who sought answers. We conclude that the current dominant concept of social control, as a control of society over the state, is recent. It is delicate to develop the social control of the public thing considering the Brazilian social and economic origins rooted in personalism, favoring personal interests, lack of valorization of work, low organizational capacity and miscegenation.*

Keywords: *Social control. Roots of Brazil. Social and economic formation.*

REFERÊNCIAS

- ALVAREZ, M. C. **Controle Social:** notas em torno de uma noção polêmica. São Paulo Perspec. vol. 18 nº 1 São Paulo Jan./Mar. 2004. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000100020> Acesso em: 06 out. 2017.
- BRAVO, M. I. S.; CORREIA, M. V. C. **Desafios do Controle Social da Atualidade.** Serv. Soc. Soc., São Paulo, n. 109, p. 126-150, jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n109/a08n109.pdf>> Acesso

em: 08 out. 2017.

CORREIA, M. V. C. **Controle Social**. Dicionário da Educação Profissional em Saúde, 2ª Ed. Rio de Janeiro: EPSJV, 2008. p. 104-110. Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/sites/default/files/l43.pdf>> Acesso em: 12 out. 2017.

ENAP, Escola Nacional de Administração Pública. **Controle Social**. Módulo 1: Introdução e Conceitos Básicos. Brasília, 2015.

FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. 34ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

MATTOS, M. **Controle social no sistema coronelista brasileiro (1890-1930)**: “aos amigos se faz justiça, aos inimigos se aplica a lei”. Iberoamérica Social: revista-red de estudios sociales, número especial Vol. 1, PP. 70-88. Disponível em: <<https://iberoamericasocial.com/control-social-no-sistema-coronelista-brasileiro1-1890-1930-aos-amigos-se-faz-justica-aos-inimigos-se-aplica-lei2/>> Acesso em: 06 out. 2017.

MOTTA, F. C. P.; ALCADIPANI, R. **Jeitinho Brasileiro, Controle Social e Competição**. RAE. Revista de Administração de Empresas, São Paulo, v. 39, p. 6-12, 1999. Disponível em <<http://rae.fgv.br/rae/vol39-num1-1999/jeitinho-brasileiro-control-social-competicao>> Acesso em: 19 set. 2017.

PRADO JR., Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**. 1ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. 3ª Ed. São Paulo: Global, 2015.

SANTIAGO, Eduardo Girão. **Brasilidades**: ensaios socioeconômicos. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2016.

Criminologia das sexualidades e vitimologia do esquecimento: uma revisão de literatura sobre as leis sexuais anti-lsbtqi nos tempos do nacional socialismo (1933-1945)¹

Miguel Melo Ifadireó²

Antoniél dos Santos Gomes Filho³

RESUMO

O estudo em tela ou em mãos tem como objetivo analisar a sociogênese e a sociopoética das sexualidades não hegemônicas de forma específica, bem como verificar como se dava o tratamento das distintas formas de manifestação das (homo) sexualidades por pesquisadores alemães após 1933 com a implementação do Terceiro Reich até a subsequente derrota em 1945 dos países do Eixo Roma-Berlim-Tóquio, os quais tinham a frente Adolf Hitler, Benedito Mussolini e Michinomiya Hirohito. Para tal, foi realizada uma revisão da literatura com base em uma análise historiográfica, tendo como suporte a língua alemã. São teóricos que compõe o estudo: Magnus Hirschfeld (1904; 1910; 1914; 1920; 1930), por Burkhard Jellonnek e Rüdiger Lautmann (2012), Heindrun Kaupen-Hass e Christian Saller (2009) e por Bernd-Ulrich Hergemöller (2000; 1999a; 1999b) entre outros com semelhante reconhecimento pelos pares. Pode-se considerar que os processos e punição e perseguição durante o III

¹ Data de recebimento: 15/01/2019. Data de aceite: 10/05/2019.

² Doutor em Sociologia (UFPE). Professor efetivo assistente do Curso de Administração da Universidade de Pernambuco (UPE). Professor do Mestrado Profissional em Ensino em Saúde do Centro Universitário Dr. Leão Sampaio (UNILEÃO). Endereço eletrônico: crioulo.miguelangelo.melo@gmail.com

³ Mestre em Educação Brasileira pela Universidade Federal do Ceará. Professor da Faculdade Vale do Salgado (FVS). Endereço eletrônico: antoniél.historiacomparada@gmail.com

Deutsche Reich contra pessoas LGBTI, pode ser considerado um dos marcos históricos da trajetória dos processos de abjeção as sexualidades dissidentes.

Palavras-chave: *Nacional socialismo. III Deutsche Reich. Magnus Hirschfeld.*

1 INTRODUÇÃO

As grandes e indiscutíveis violações aos Direitos Humanos e à Ordem Jurídica Internacional que ocorreram entre o campo de tensão, determinado entre os anos de 1933 e 1945, durante a implementação e derrocada do Estado Nacional Socialista do III Reinado, foram responsáveis, por um lado, pela banalização do mal e invasão do Estado na esfera público-privada; e por outro lado, pela implementação de políticas públicas que conseguiram macular para sempre a história de toda a humanidade.

A partir destas experiências, não seria errôneo apontar que os “homens do poder e do saber” deixaram de lado o domínio da razão humana, que supostamente detinham, para agirem de forma irracional, conseguindo assim, tornar nebuloso e “negativo” todas as conquistas anteriormente promovidas pela filosofia alemã, medicina e demais áreas do saber, quando o indivíduo humano perdeu o controle sobre seus instintos, tornando-se incapaz de ressignificar o tempo, a fúria, os (pré)conceitos que foram por eles implementados contra o “Outro”.

Assim, pode-se em essência afirmar que todos os critérios básicos de verdade, racionalmente reconhecidos, implementados e legitimados pela ciência alemã ressignificaram a história e a memória dos indivíduos e das gerações posteriores oriundas da República Federativa da Alemanha, a qual viverá, como vilã e como vítima, à sombra da própria história, de sua filosofia pessimista e das ações e consequências advindas destas.

Na contemporânea sociedade do século XXI, vivenciamos o respeito aos ordenamentos jurídicos que foram positivados em forma de Tratados Internacionais (Convenções, Declarações, Pactos, Protocolos, entre outros instrumentos) de proteção, de garantia e de efetivação aos Direitos da Pessoa Humana. Pois, é muito difícil pensar como se foi possível a realização de terrível, sangrenta e inescrupulosa catástrofe, a qual domina ainda hoje o cenário de debates e pesquisas oriundas das mais distintas áreas do conhecimento que se debruçam sobre o passado, buscando assim, evitar que tais experiências sejam reconstruídas no presente e/ou que jamais venham a serem retomadas no futuro. Data vênua, torna-se razoável ressaltar que ciências tais como a história, a criminologia, o direito, a ética, a biologia e a medicina contribuíram, indistintamente, para a realização do fenômeno histórico em tela.

Pensando de forma interdisciplinar e por meio da colaboração ora expressa, ora tácita destas ciências, percebe-se que a dominação das sexualidades humanas pelos “homens das ciências”, pelos “homens da saúde” e, respectivamente, pelos “homens das leis” não se deu de forma abrupta, assim, da noite para o dia, pelo contrário, desde século XIX, a medicina e ciências afins já vinham se apoderando ora com maior, ora com menor autoridade sobre as mais distintas questões em torno das sexualidades humanas e, as identidades de gênero, (como conhecidas na atualidade), bem como as orientações sexuais não hegemônicas, tornavam-se objeto e problema para estas ciências; já no século XX, este exercício de dominação efetiva, tradicional e carismática, se deu de forma mais contundente, desempenhando papel fundamental e dicotômico na luta, na perseguição e na repressão à liberdade sexual de homens e mulheres, principalmente, com o advento dos parágrafos §§ 175 e 175a do Código Penal (CC) e das investigações e experimentos de ordem médica que foram sendo inseridos na sociedade germânica (INVERTITO, 2006).

Em princípio foi cogitado trabalhar a questão da criminalização

dos LGBTI⁴ na Alemanha entre o laço temporal de finais do Império, passando pela República de Weimar até a instauração do Estado Nacional-Socialista do III Deutsche Reich. Todavia, percebeu-se rapidamente que esta investigação seria inviável para apenas um artigo científico, o qual não conseguiria preencher as lacunas históricas, sociológicas, jurídicas e criminológicas, apenas de analisar “metaforicamente” se as valas entre gerações, o choro na memória viva de vítimas LGBTI e o espírito de aniquilação coletiva do Estado Nacional-Socialista do III Deutsche Reich, realmente terminou em 1945?. Viu-se a impossibilidade de apresentar em apenas um texto os três períodos históricos com espíritos da época “Zeitgeist” totalmente distintos e expressivos, recheados de acontecimentos político-sociais, específicos e, ao mesmo tempo (in)dependentes entre si.

Por isso, decidiu-se dividir a abordagem em tela em três artigos distintos, os quais serão apresentados numa série de três textos, a saber: a) as (Homo)sexualidades no Império Alemão (século XIX); b) as (Homo)sexualidades na República de Weimar (1919-1930) e o presente artigo, iniciando a série, c) as (Homo)sexualidades no Estado Nacional-Socialista Alemão (1933-1945) (JELLONNEK; LAUTMANN, 2012). Importante salientar que este estudo investigativo fundamenta-se em uma revisão de literatura de cunho histórico-descritivo, que em momento algum deseja responder ou esclarecer o fenômeno do holocausto, tampouco a psicogênese do terror implementado pelo Terceiro Reich, uma vez que nem mesmo as investigações mais específicas, tais como dissertações e teses, conseguiram satisfazer em plenitude este pleito (PRETZEL; ROBACH, 2010; STEINHÄUSER, 2008).

Nesse sentido, ressalta-se que a justificativa desta pesquisa, nasceu das discussões sobre gênero e sexualidades (identidade de gênero

⁴ Neste trabalho será feito uso da sigla LGBTI alemã quando nos referirmos aos indivíduos e sujeitos homossexuais e transgêneros - lésbicas, schwule, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais - durante período nazista, e não a abreviação LGBT, utilizada tanto pelo discurso acadêmico, quanto militante ativista de direitos humanos.

e performances de gênero), relações étnico-raciais, religiosidades e segurança pública, realizadas nas reuniões semanais e quinzenais junto ao Laboratório Interdisciplinar de Estudos da Violência (LIEV) do Centro Universitário Dr. Leão Sampaio (UNILEÃO) e ao Núcleo de Estudos em Gênero, Raça, Organizações e Sustentabilidade (NE-GROS) da Universidade de Pernambuco (UPE). Principalmente, na fase de preparo da literatura, desde o desenvolvimento, seleção e divulgação de textos e capítulos, a serem trabalhados nos encontros. Importante, também, destacar na literatura sobre gênero a predominância na literatura publicada pelos expertises: livros, dissertações, teses, artigos em periódicos, de autores e pesquisadores de países de tradição anglo-saxônica, ou seja, de língua inglesa; bem como na discussão teórica sobre “raça” e “racismo religioso” a dominação de “teorias e teóricos” ocidentais.

Em relação a relevância da pesquisa, acentua-se aqui, o fator histórico-sócio-jurídico e criminológico que é, frequentemente, desvalorizado pelas distintas ciências do conhecimento humano, ciências sociais (humanas), sociais aplicadas (jurídicas) e da natureza (médicas), uma vez que estas se debruçaram intensamente sobre o ponto de vista do holocausto judeu, holocausto cigano, holocausto de cunho político (comunistas) e holocausto eugênico (crianças com alguma deficiência física), não dando muita ênfase e visibilidade ao holocausto motivado pela LSBTIfobia, direcionado ao *“schwuler Mann”* (homem gay), a *“lesbische Frau”* (mulher lésbica), ao *“transsexueller Mann”* (homem transexual), a *“transsexuelle Frau”* (mulher transexual), a *“Transvestit”* (travesti) e aos *“bisexuelle Männer und Frauen”* (homens e mulheres bissexuais) (SCHMUHL, 1995).

Tomando como base, predominantemente, a literatura de língua alemã, intenta-se aqui trazer a conhecimento do público leitor do presente periódico: profissionais do Ministério Público, profissionais das demais carreiras jurídicas e estudantes da ciência jurídica; algumas questões e problemáticas que não podem jamais ser esquecidos,

e por isso, serão aqui, de forma panorâmica, recuperados e ressignificados, para que o nebuloso passado do holocausto, não caia no esquecimento tanto do coletivo em sociedade, quanto da ciência jurídica em constante transformação (HERGEMÖLLER, 1999, 2000), a saber: 1) perseguição (in)desejada LGBTI no Terceiro Reinado e os caminhos advindos da alta punição; 2) sexualidades libertas e à vida dos homossexuais antes de 1933; 3) (homo)sexualidades sob a suástica, da manipulação à aniquilação da privacidade pelo Estado nazista; 4) o terror nazista contra os homossexuais (sujeitos abjetos, deslocados e punidos pela doença amoral; e por fim, 5) Política de saúde pública hereditária e eugênicas e sua invasão na esfera privada por meio do Estado totalitário.

As questões anteriormente expostas sintetizam os objetivos deste artigo, que se propõe analisar a sociogênese e a sociopoética das sexualidades não hegemônicas de forma específica, bem como verificar como se dava o tratamento das distintas formas de manifestação das (homo)sexualidades por pesquisadores alemães após 1933 com a implementação do Terceiro Reich até a subsequente derrota em 1945 dos países do Eixo Roma-Berlim-Tóquio, os quais tinham a frente Adolf Hitler, Benedito Mussoline e Michinomiya Hirohito.⁵

Em relação à revisão de literatura que fundamentam teoricamente o estudo, destacam-se os trabalhos realizados por Magnus Hirschfeld (1904; 1910; 1914; 1920; 1930), por Burkhard Jellonnek e Rüdiger Lautmann (2012), Heindrun Kaupen-Hass e Christian Saller (2009) e por Bernd-Ulrich Hergemöller (2000; 1999a; 1999b) entre outros com semelhante reconhecimento pelos pares. Frisa-se, mais uma vez, a necessidade da utilização de livros escritos na língua alemã, salvo raras exceções. Importante, também, destacar que os “estrangeirismos” terminológicos, próprios da específica literatura Queer (LGBTI), quando realmente necessários, serão utilizados os

⁵ Neste sentido vale ressaltar que foi o Ministro das Relações Exteriores do Japão Mamoru Shigemitsu, cumprindo a determinação do Imperador Michinomiya Hirohito, quem assinou à bordo do navio USS Missouri (BB-63) em 1945, a Ata de rendição do Japão.

termos na língua alemã, dando assim, visibilidade para os termos, para que não se modifique os contextos originais.

2 DESENVOLVIMENTO/METODOLOGIA E EMPIRISMO NA CIÊNCIAS CRIMINAIS PARA COMPREENSÃO DO HOLOCAUSTO LGBTI

A ciência jurídica é, sem sombra de dúvidas, uma parte importante das ciências sociais, bem como, está inserida no rol das ciências que estudam a humanidade e as interações sociais. Dentre os distintos métodos de investigação social, eminentemente empíricos, a observação poderá aquecer as discussões e percepções da realidade, as quais muitas vezes, parecem ser supérfluas e distintas da tarefa da ciência jurídica. Fato este que fundamenta a questão sobre a importância da empiria ou do empirismo para o estudo e para as transformações para o aprimoramento da ciência jurídica. Segundo Thomas Raiser (2007), os métodos advindos das ciências sociais e humanas são muito mais difíceis de aplicar, tendo em vista a dificuldade normativa que está implantada e enraizada no ventre da dogmática jurídica, a qual receia que suas falhas venham a ser reconhecidas pela criticidade metodológica do positivismo empírico das ciências sociais.

Nesse sentido, o sociólogo do direito aponta que os discursos argumentativos da dogmática revelam-se com “isso não pode ser o que não pode ser” (RAISER, 2007, p. 11), mostrando-se assim, um discurso frequentemente fechado pelo imperativo normativo em relação ao fato a ser investigado, uma vez que a percepção da realidade parece ser completamente ignorada (BLANKENBURG, 1975). Apesar de que, desde início do século XX, proposituras neo-kantianas fundadas na especulação da antítese entre o Ser e do Dever Ser e no positivismo kelsiniano da lei pura do Direito, já demonstrassem que o objetivo do conhecimento enquanto reivindicação da pura doutrina jurídica

caminharia, em um futuro incerto, para outros oceanos.

De modo que, o defeso desta racionalidade não consegue mais encontrar em contextos globais, o sustentáculo da universalidade, que já predominou no pensamento jurídico e social de outrora na contemporaneidade. Todavia, não se é racional descontextualizarmos os efeitos que essas abordagens e escolas de pensamento deixaram em nossas sociedades, fato este, ainda hoje vem sendo claramente sentido (GRZESZICH, 2002). Corroborando com esta afirmativa, Miguel Melo et. al. (2018) acrescenta que:

A investigação empírica de natureza quantitativa e qualitativa tem uma longa tradição nas pesquisas com abordagem social – antropologia, sociologia, psicologia e pedagogia entre outras ciências –, é principalmente, nas ciências sociais aplicadas, como por exemplo, no direito, elas ainda encontram grande dificuldade em sua adesão [...]. (MELO et. al., 2018, p. 446).

Partindo dessas reflexões metodológicas, fundamentais para o aprimoramento de investigações empíricas, de abordagens qualitativas ou quantitativas no direito, e considerando, as dificuldades de adesão de juristas em fazerem uso dos mais distintos métodos que permeiam as metodologias e epistemologias das ciências sociais e naturais, recorre-se aqui, mais uma vez à Miguel Melo et. al. (2018), quando estes asseveram que no processo de revisão de literatura, deverá o pesquisador ter em vista, em primeiro lugar, qual o método de investigação que mais se aproxima dos objetivos (geral e específicos); e em segundo, se perguntar se a definição metodológica, ou seja, se o método de abordagem, o método de procedimento e o método de pesquisa se presta para responder com confiabilidade, segurança e flexibilidade os possíveis imprevistos, que poderão surgir na busca de respostas relativas à questão problema e/ou às hipóteses (in) determinadas postas para a investigação jurídica.

Salienta-se aqui que a metodologia do estudo em tela faz uso da

triangulação (SILVERMAN, 2009) dos seguintes métodos: a) a pesquisa faz uso de abordagem qualitativa, onde o que importa não é alcançar a generalização das informações, mas a especificidades e qualidades destas; a revisão de literatura em língua alemã propriamente dita (BOGDAN; BIKLEN, 1994); b) o método de procedimento é a abordagem documental, uma vez que a investigação ensejou no empreendimento de documentos que constituem o corpus satisfatório para a aproximação das informações desejadas, desde a coleta de dados, eliminação de dados supérfluos, refutação a influência que poderiam inviabilizar a interpretação e a neutralidade analítica da investigação (CELLARD, 2008); e finalmente, o método de pesquisa histórico enquanto procedimento de investigação social qualitativa hábil, para reconstruir o passado, fazendo uso de unidades de análise de cunho histórico.

Para solidificação deste método, se foi buscado fundamentação epistemológica, principalmente em Jörn Rüsen (2007), quando estabelece que a reconstrução do passado de seus problemas e de suas questões, deve ter sob o foco da análise a compreensão do “*Zeitgeist*” (espírito da época), bem como das regras do jogo e suas dimensões de sentido ora *stritu sensu*, ora *lato senso*, importantes e decisivos para a elaboração de intenções sobre a tensão do jogo entre as experiências e o tempo humano. Pois, estas observâncias são fundamentais e decisivas, por um lado, para o correto uso dos procedimentos heurísticos, críticos e analíticos; e por outro lado, atrelam-se às operações substanciais de cunho analítica, hermenêutica e dialética.

Por conseguinte, em Johann Gustav Droysen (1977) vamos encontrar o direcionamento no método histórico-compreensivo para as observações interpretativas eminentemente históricas, as quais segundo o autor, se subdividem em quatro distintas fases ou postulados, a saber: a) fase pragmática da história através da interpretação dos “vestígios, resíduos históricos, que podem restaurar o presente e o conhecimento” em sentido estrito (CALDAS, 2010, p. 15); b) fase

de interpretação das condições históricas que seriam os contextos “históricos existentes para que tal aspecto objetivo e factual adquira sentido”. (*IDEM*, p. 16); c) fase psicológica, também, interpretada como fase hermenêutica, a qual estaria compromissada com a reconstrução das intenções dos agentes históricos em interação com o espírito da época subjetivo no qual estes estavam inseridos (*IDEM*, 2010); e finalmente, d) fase interpretativa das ideias, uma vez que aconteceria nesta fase, o importante processo de atribuição de sentido e profundidade da análise objetiva por parte do pesquisador em relação as subjetividades dos agentes historicamente pesquisados (*CALDAS*, 2010).

Enfim, o uso correto de uma metodologia e a sistematização elaborada do problema em tela, poderá ser um impressionante mecanismo para compreensão de como - tomando por exemplo o estudo sobre as mulheres lésbicas e os homens gays, e as (os) mulheres (homens), as travestis e transexuais entre outras expressões da identidade de gênero e orientação sexual - a vida amorosa de grupos marginalizados durante a implementação do Terceiro *Reich*; e por conseguinte, como esse fenômeno poderia ter sido empiricamente esgotado pela ciência jurídica dogmática e não-dogmática, tendo como foco a diversidade de sexualidades (identidade de gênero e orientação sexual não hegemônica) sob a suástica.

3 DA PUNIBILIDADE À PROTEÇÃO LSBTI PELA LEI FUNDAMENTAL ALEMÃ

Na atual República Federativa Alemã (RFA), os direitos fundamentais estão consagrados na Constituição, os quais se baseiam na ideia da universalidade dos direitos humanos, ou seja, que toda pessoa tem direitos inalienáveis. Assim, de acordo com o 1º. § do Artigo 3 do “*Grundgesetz*” (Lei Fundamental) referenda que “[...]. Todos os homens são iguais perante a lei”; e por conseguinte, no seu 2º. §,

esta proteção se dá de forma ainda mais explícita, principalmente, por trazer à tona o princípio da igualdade, uma vez que ele acrescenta que todos os “[...] homens e mulheres são iguais” e caberá ao “Estado promover a implementação efetiva de direitos iguais para mulheres e homens, bem como trabalhar para eliminar toda e qualquer desvantagens existentes”. Muito embora, na contemporânea sociedade alemã a questão das (homos)sexualidades não são, desde o século XXI, consideradas como condutas sexuais “abjetas”, “anormais” ou “não-naturais”, uma vez que o povo alemão vem aprendendo a lidar com as diferentes nuances e representações da sexualidade humana, nas suas mais específicas formas, desde então a inclinação natural de uma mulher ou um homem em um parceiro do mesmo sexo, tornou-se questão de natureza privada e não pública (BOCK, 1989).

Por conseguinte, é válido ressaltar que esse mecanismo e forma de pensar e entender as diferentes manifestações das sexualidades humanas na República Federal da Alemanha, e seu respectivo respaldo igualitário na Constituição Federal, nem sempre perpassou por tratamento harmônico e dependente a esfera privada, pois, não faz muito tempo, que o Estado do “*Dritte Reich*” (Terceiro Reinado) manifestava-se, interferia, punia e perseguia aqueles que não seguissem o padrão de sexualidade reconhecido como essencial e natural para a ideologia do terrorismo no nacional socialismo alemão. Pois, homens e mulheres não heterossexuais foram perseguidos por um longo tempo, eliminados ou levados coercitivamente a serem transformados. De modo que foi na iminência e na instauração do terrorismo do Nacional Socialismo que culminaram as agitações criminosas e discriminações institucionais por parte do Estado Nacional Socialista Alemão, com a tomada do poder por Hitler, o qual no dia em que assumiu, proferiu um discurso no “*Reichstag*” (Parlamento Alemão) ratificando a sua aversão aos atos sexuais praticados entre homens como ações abomináveis comparáveis a Sodoma e Gomorra (HERGEMÖLLER, 2002).

Nesse contexto, foi a partir do Ato de Capacitação de 24 de março de 1933, que o *“Führer”* (Comandante) oficializou a implementação política do regime ditatorial e totalitário. Por conseguinte, seus *“homens de confiança”* foram em distintas e específicas áreas da gestão pública inserindo a ideologia e as práticas de políticas raciais, políticas demográficas e territoriais e, por fim, políticas sexuais (política de sangue, terra e para a procriação em prol do considerado aumento da população e supremacia plena da raça Ariana), tornavam-se seus objetivos a médio e longo prazo. Os homossexuais, especialmente os homens, foram oficialmente processados, penalizados e punidos, tratados como sujeitos não sujeitos, pragas, doentes e inimigos do Estado (HIRSCHFELD, 1904).

A fim de acelerar o processo de ajuste ao Estado Totalitário, reformas e novas leis foram introduzidas no início da tomada do poder. Em 1935 quando a nova versão do *“Unzuchtsparagraphen”* (parágrafo da fornicação), mais conhecido como § 175 do StGB (Código Penal Alemão), entrou em vigor, trazendo o texto expresso que todo e qualquer homem que dirige seus estímulos doentios “[...] para com outro homem, objetivando a fornicação ou a tentativa de abuso sexual com foco na fornicação [...] será punido com prisão” (HE, 2004, p. 703). Esta nova versão do parágrafo 175 do Código Penal aumentava consideravelmente a interpretação da prática de fornicação, a qual não mais necessariamente estaria atrelada a penetração entre os parceiros (INVERTITO, 2006). Por fim, acrescenta-se que esta inovação e criminalização das sexualidades não heterossexuais foi responsável pelo considerável aumento de homens gays e mulheres lésbicas pelos tribunais da justiça comum municipal (HIX, 1994).

4 COTIANOS DA INFELICIDADE LGBTI E A DEFESA CIENTÍFICA DE MAGNUS HIRSCHFELD ATÉ O TERCEIRO REICH

O desprezo, a exclusão e a perseguição de homossexuais não começaram na época da ditadura nazista na Alemanha, mas passaram pela história por séculos. A este respeito Helmut Blazek (1996), ao pesquisar sobre a história da(s) homossexualidade(s) e as manifestações de amor e ternura que ele denomina de “tempo rosa para o amor rosa”, chama atenção para as interações e atitudes sociais em relação às homossexualidades e/ou homossexualidade, termo que teria sido usado na Alemanha, pela primeira vez, apenas em 1869, mesmo tendo sido correspondido por outras terminologias em diferentes épocas e contextos históricos.

Fato importante é que a homossexualidade nem sempre foi alvo, do ponto de vista legal à implementação “NS-Staat” (Estado nacional-socialista), apenas do desenvolvimento médico eugenista ou científico (HIRSCHFELD, 1930), mas sim, o seu adversário secular vem sendo desde sempre, a Igreja Cristã, a qual a muito vem tentando estabelecer as regras de controle social e funcional da vida privada e social, estabelecendo os limites entre o desejo, o sexo, o impulso, o terror e o pecado (HIRSCHFELD, 1914). Pois, edificou assim, simbologias e tribunais de inquisição desde idade medieval contra o amor entre pessoas do mesmo sexo, o qual violaria as sagradas leis de Deus e da natureza divina (HERGEMÖLLER, 2002).

A este respeito Magnus Hirschfeld (1920) acrescenta que desde a Lei Geral da Terra Prussiana de 1794, também conhecida por trazer o nome do rei que a promulgou, Lei Frederick II, a qual trazia expressamente em seu parágrafo 1064, a criminalização dos indivíduos “sodomitas” era uma realidade constante, uma vez que esta lei expressamente versava sobre:

Sodomiterei e outros pecados não naturais, que não podem ser chamados aqui por causa de sua abominação, requerem uma total aniquilação da memória. [...] Tal criminoso, depois de ter sofrido uma sentença de prisão de um ou mais anos com boas vindas e despedida (isto é, espancamento), deveria ser banido para sempre do lugar onde o seu vício se tornou conhecido” (HIRSCHFELD, 1920, p. 835).

Dentro desse contexto, ressalta-se que as investigações do médico e sexólogo judeu-alemão Magnus Hirschfeld, o qual ao problematizar em suas pesquisas, a travestilidade e a questão do terceiro sexo, oferece importantes contribuições socioculturais consistentes, evidenciando assim, a importância de se promover discussões de cunho social, político, médico e jurídico-igualitário em relação às diversas identidades referentes ao gênero, às sexualidades e aos estilos de vida advindos destas identidades (*Ibid.*, 1904; 1914). Por conseguinte, acrescenta-se que estas novas descobertas de levaram a sociedade dos “homens da ciência” a se entrelaçarem com a questão do disfarce erótico de sujeitos travestis e, a respectiva extensiva casuística e material performativo em relação ao gênero e à sexualidade; em trabalho posterior, o estudo das homossexualidades masculinas e femininas em 1920, a dicotomia da sexualidade do “Homem-Ser” masculino e da “Mulher-Ser” torna-se objeto de sua proposta que é levada na contramão da tendência generalizante que considerava a homossexualidade como uma patologia social, antinatural e demoníaca (HIRSCHFELD, 1930).

Assim, eclodem, por um lado, movimentações científicas e não científicas dentro do emergente movimento LSBTI, principalmente, nas movimentações de Berlin, de Colônia e de Hamburgo, que passam, a partir de então, a se opor às predominantes abordagens teóricas que viam a propensão sexual para o mesmo sexo como uma doença que poderia ser “cl clinicamente” curada (PRETZEL; ROBACH, 2010; LIMPRICHT; MÜLLER; OXENIUS, 1991); e por outro lado, emergem posicionamentos jurídicos contra a reforma criminal

do Código Penal Alemão e a favor da abolição do parágrafo 175, o qual teve ajuda e a assinatura de um abaixo-assinado em forma de petição pública, que teve assinatura de quase duas mil pessoas só na cidade-estado de Berlin (BLAZEK, 1996), bem como novos conhecimentos sexuais em torno da sexualidade humana, como por exemplo, a quebra do silêncio em relação às pessoas hermafroditas (HERZER; STEAKLEY, 1986).

Corroborando com essa historicidade, acerca da criminalização e estranhamento em relação às sexualidades não hegemônicas homossexualidades, como defende Bernd-Ulrich Hergemöller (1999), Helmut Blazek (1996, p.121) retoma esse passado ao acentuar que a existência do parágrafo 175 advém desde a época do Código Penal do *Reich* (RStGB) de 1871, que já naquele período, não apenas criminalizava os atos, as posturas e os posicionamentos homossexuais, mas também tipificava-os como “sodomia” em todo o Império Alemão, uma vez que a “[...] fornicação antinatural cometida entre pessoas do sexo masculino ou de animais é punível com prisão; também pode ser reconhecido pela perda de direitos cívicos de honra”.

Já para Carola von Bulöw (2000), ao investigar, por um lado, as práticas ilegais de comportamentos sexuais e condutas de orientação sexual e identidades de gênero, tipificados enquanto crimes que traziam a rubrica de “homossexualismo”, bem como, por outro lado, as verdades jurídicas proferidas a partir da execução de sentenças dos condenados às prisões do “Terceiro *Reich*”, em razão das homossexualidades dos condenados, constata que o objetivo das medidas judiciais contra os homossexuais e, as homossexualidades, estava fundamentada na estratégia de tentar impedir que homens, mulheres, travestis, bissexuais, hermafroditas e intersexuais, fossem, em virtude das medidas de prevenção geral e especial, impedidos de “exercerem” suas homossexualidades. Por conseguinte, a pesquisadora constata que não havia um conceito ou um protocolo de “reeducação” ou “cura” da homossexualidade, uma vez que se buscava apenas através

da legitimidade de tais medidas judiciais, promover mudanças no comportamento destes indivíduos (BLEUELS, 1972).

Carola von Bulöw (2000) constata que as teses utilizadas nas sentenças judiciais, justificavam o possível envio de “alguns” indivíduos não recuperáveis, aos campos de concentração. Acrescenta-se aqui, a consolidação da discriminação especial aos prisioneiros homossexuais, os quais não tinham contra si, outro argumento taxativamente criminal para injustificada aplicação da pena de prisão e ao direcionamento da pena de morte (BULÖW, 2000). Carola von Bulöw ressalta que os argumentos eram fundamentados em um discurso jurídico em prol da implementação da “moralidade” e dos “bons costumes” para o crescimento e manutenção da população e da família alemã.

Carola von Bulöw ao finalizar a sua análise sobre a produção e legitimação da verdade e da LSBTI fobia, fornece o achado de que a criminalização e a perseguição jurídica da homossexualidade pelo regime do Estado Nacional-Socialista do III Reinado, buscava não apenas enfatizar e implementar uma nova ordem social por intermédio de políticas públicas de segurança nacional, mas também, desejava através de mecanismos e instrumentos jurídico-coercitivos a incorporação da funcionalidade em diferentes alçadas da estrutura familiar (BENZ, 1983).

Principalmente, quando retoma os números aproximados de sua pesquisa, acentua que mais de dois milhões de homossexuais foram perseguidos, torturados, presos e assassinados pelo regime nazista, e que, por conseguinte, as emendas incorporadas ao temido parágrafo 175, levaram a implementação de sentenças de prisão a indivíduos com comportamento homossexual. Fato este que teria levado a majoração fática e real do número geral de punições e efetivação do *juspuniendi* de condenação de até dez anos de prisão. Muito embora, seus estudos de análise documental configurem que estas penas eram, em boa parte dos casos, cumpridas em campos de concentração, uma vez que “[...] a severidade das medidas tinha

a intenção de provocar uma mudança de comportamento” (BULÖW, 2000, p. 187), uns eram enviados para simples prisões, já outros que não tinham a mesma sorte, eram condenados pela solução final, tendo estes, fim semelhantes aos judeus. Pois, estes sujeitos LGBTI, uma vez condenados e enviados aos distintos campos, eram identificados com o triângulo rosa em suas vestimentas. (*Ibid.*, 2000).

Por fim, Manfred Bruns (2011) ao estudar a acusação de homens homossexuais na Alemanha Ocidental depois de 1945 e, respectivamente, a Reabilitação de homens homossexuais sentenciados após 1945, apresenta seu estudo em relação ao elevado número de indivíduos LSBTI condenados e perseguidos pelo § 175 do Código Penal da República Federativa Alemã (RFA). Segundo este estudo e em termos quantitativos os números da LSBTIfobia chegaram à contínua e crescente perseguição legal de homossexuais ou aqueles suspeitos de algum tipo das homossexualidades, atingindo a marca de mais de 3.500 condenados em 1959, tendo em vista que “ [...] isso levou até que até mesmo ex-prisioneiros de campos de concentração foram reprocessados por sua orientação sexual - precisamente por causa da continuidade inalterada do endurecido durante o Reich nazista § 175 StGB” (BRUNS, 2011, p. 28).

5 O DIREITO, A MEDICINA EUGÊNICA E A USURPAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE PELA SUÁSTICA

Michael Heß (2004, p. 691), ao investigar a construção jurídica e religiosa do pecado mortal da Sodomia ao longo da história da intolerância sexual motivada por questões religiosas durante o Estado nacional-socialista do III Reinado, acentua que “é direito de todos o acesso à informação histórica”, tendo em vista que “so-mente àqueles que são insistentes, podem realizar o trabalho de esclarecimento histórico e abrir o ‘portão da memória’ para aqueles

que virão depois”, não se tornem desconhecidos e/ou “esqueçam da sua própria história”. E isso é especialmente importante para todo historiador do Direito, quando este busque compreender os processos sociais que ensejaram, como no caso do direito penal suástico, na usurpação da intimidade e dos direitos de personalidade, questões de direito privado.

Assim, o historiador e jurista complementa a sua fala, ao propor que conhecer a história da sexualidade e a secularização do Direito Penal à luz da suástica (1933 a 1945) é uma grande obrigação para a ciência e para os homens que a ressignificam por intermédio de suas ações. A este respeito, os historiadores do Direito, Stefan Maiwald e Gerd Mischler, destacam que:

A sexualidade é um dos aspectos mais importantes da psique humana. As crianças, bem como as autoridades seculares, sabiam sobre o poder da sexualidade em todos os momentos. Aquele que controla os instintos do homem, ele também governa o próprio homem. (MAIWALD; MISCHLER, 2012, p. 9).

Andreas Pretzel e Volker Weiß (2011) realizaram estudos semelhantes na seara da história do Direito Penal alemão sob o olhar da sexualidade reprimida pela suástica, apontam com olhares próprios, os efeitos que a ideologia do terror tiveram sobre a jurisprudência e a política de segurança interna. Assim, as distintas formas de comportamento e orientação sexual, deixam de ser questões de ordem privada, passando a serem tratadas pelo direito público. Esta inversão de valores espraiou-se mais que lentamente, influenciadas pela moralidade sexual altamente restritiva e conservadora, que passava oficialmente a institucionalizar múltiplas formas de discriminação e normalização da vida sexual na sociedade alemã (PRETZEL, 2010). De modo que, sob a ideologia do terror da suástica, o Estado passou não apenas a “legislar” especialmente em matéria penal e constitucional, inclui assim, como promoveu desarranjos interpretativos e

hermenêuticos em distintos tribunais em matéria sobre a sexualidade, mesmo depois do término do regime do terror implementado pelo nacional-socialismo, uma vez que todos os fenômenos extraconjugais e não heterossexuais em torno da sexualidade ensejavam em condenações, como acentua Hans-Joachim Mengel (2012) em seu estudo sobre os julgamentos oriundos da negação deliberada e ocultação dissimulada da perseguição ideológica nazista aos sujeitos LGBTI, a saber:

A decisão do Tribunal Constitucional Federal de 1957/10/05 afirma que a condenação moral das relações entre pessoas do mesmo sexo, é fruto da forte carga ideológica dos princípios religiosos advindos das diversas denominações cristãs, onde estas impõem a maioria da população normas de comportamento. [...] Por conseguinte, a perseguição institucional prescrita pelo § 175 viola, antes de tudo, o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. De fato, o Estado e a Igreja, atuaram conjuntamente como aliados em matéria de direito moral, na medida em que o segundo assegurou as “exigências morais” e, o primeiro a legitimação de leis penais. Assim, a homofobia foi concentrada nas mãos das igrejas e da elite política [...]. (MENGEL, 2012, S. 28-29.).

Fato lamentável a proibição expressa às distintas formas de sexualidade e identidade de gênero, entre estas as sexualidades e comportamentos sexuais vivenciados por LGBTI, os quais passavam, a partir de 1933, a serem considerados como uma antítese ao ideal de uma família saudável composta de pai, mãe e muitas crianças arianas. Por fim, Stefan Maiwald e Gerd Mischler asseveram que o Terceiro Reich conseguiu lograr tantos danos, danos estes imensuráveis aos olhos da civilidade mundial, ele jamais será como nenhum outro período da história, principalmente, porque ele conseguiu se inserir em esferas nunca antes desprezadas, como a esfera privada, que foi por esta ideologia-suástica totalmente atingida. O regime nazista conseguiu, ao mesmo tempo, manipular e destruir, na intimidade, a

esfera da vida amorosa de até mesmo seus súditos alemães, quando penetrou na esfera íntima e tomou de conta da sexualidade e da decisão de fecundidade e procriação das mulheres da sociedade alemã:

[...] em seus quartos, os alemães vão colocar a sua privacidade a serviço da sociedade, estado e nação. Os casais são convidados a testemunhar soldados e assegurar a perpetuação da “raça ariana”. O regime passou a usurpar o corpo de seus súditos, tendo em vista que na “visão de mundo” nazista, não há sexualidade, independente e/ou ativa no cotidiano das mulheres “arianas”; da mesma forma que para os homens, o casamento é a usina combinada e propiciadora da energia sexual que seria alimentada pela perspectiva de que os filhos do matrimônio e o dever conjugal cumprido, edificaria a nova nação. Pois, os membros da família enfrentam, em suas diversas responsabilidades, o compromisso reprodutivo e a recompensa será garantida pelo Estado [...]. É importante aumentar a taxa de natalidade a todo preço, custe o que custar. (MAIWALD; MISCHLER, 2012, p. 21).

Acrescenta-se que os doze anos do “III Reinado” terá impactos considerados na memória das futuras gerações que ainda não nasceram no país, uma vez que a sexualidade não foi em momento algum, usada de forma agradável ou praticada com autonomia para os “senhores da ciência”, “senhores da saúde” e “senhores da justiça”, mas para ser objeto geral e específico de reprodução e crescimento político. Assim, foi que o medo, o puritanismo e o fanatismo de extrema direita, levaram a manipulação e destruição da vida amorosa de seus súditos. Por fim, acrescenta-se que tanto o nascimento, quanto a maternidade foram militarizados pelo Estado nacional-socialista do III Reinado, onde a ternura e a educação não encontravam lugar no centro ideológico pró-reprodução, muito menos a diversidade sexual e de identidade de gênero. Dentro dessa conjuntura, não seria falso ressaltar que a ideologia suástica em relação as mulheres aplicavam-se apenas às mulheres “arianas”, “heterossexuais”, “reprodutivas” e sem nenhum problema “hereditário”.

Segundo a historiadora alemã Claudia Schoppmann (1997, p. 19), a ideologia eugênica da medicina suástica representava “uma determinação fundamental das mulheres para a maternidade e o casamento, bem como áreas estritamente separadas da vida e do trabalho para homens e mulheres”, uma vez que uma das grandes preocupações do Estado Nacional-socialista era o vertiginoso e explosivo aumento da taxa de natalidade, principalmente porque entre os anos de 1915-1933 houve, em comparação com os dados estatísticos anteriores, um declínio de 14 milhões de nascimentos (SCHOPPMANN, 1993). Corroborando com estes números, Iris-Marie Hix (1994) em seu estudo sociológico sobre o campo de tensão entre o espírito materno e o espírito do conhecimento na suástica, apresenta documentos do então ministro do Interior Frick, o qual criticava a baixa taxa de natalidade e nascimentos, durante o Fórum Peritos sobre População e Política Racial do III Reinando em 1933, quando o ministro asseverava que a taxa de nascimento e de reprodução das mulheres “arianas” deveria apresentar um número de 300.000 nascimentos a mais, dos que se apresentavam nas estatísticas oficiais. Assim, o casamento, a reprodução e o grande número de descendentes não eram apenas uma questão da esfera privada, deixando assim, de ser um assunto da esfera íntima, tornando-se um instrumento político para a sobrevivência ideológica da suástica e de toda a política internacional do III Reinando (BASTIAN, 1995).

6 CONCLUSÃO

Ao termino da presente revisão de literatura, seguido de uma análise historiográfica sobre as leis sexuais anti-lsbti nos tempos do nacional socialismo (1933-1945), ou seja, da República de Weimar até a instauração do Estado Nacional-Socialista do III Deutsche Reich, pode-se considerar que os movimentos historiográficos são fundamentais para a compreensão das realidades contemporâneas,

uma vez que a memória e representação de um povo está ligado ao seu passado. Passado este que de modo (in)consistente reorganiza as novas ações do presente, buscando assim evitar episódios como o do III Deutsche Reich, que reverberou por todo o mundo. Assim, sobre os processos de criminologia e vitimologia nos tempos de Nacional Socialismo (1933-1945) contra as pessoas LSBTI pode-se considerar que:

1) Os processos e punição e perseguição durante o III Deutsche Reich contra pessoas LSBTI, podem ser considerados um dos marcos históricos da trajetória dos processos de abjeção as sexualidades dissidentes.

2) A produção científica de Magnus Hirschfeld é ainda pouco discutida no Brasil. Como apresentado Hirschfeld apresenta contribuições e uma defesa de ordem sociocultural para com as sexualidades dissidentes em fins do século XIX e início do século XX. Destaca-se que Hirschfeld se contrapôs às ideias de patologia em relação as pessoas que não se adequavam a um estilo de vida heterossexual. Tal discurso não nos é estranho em tempos contemporâneos.

3) A criação de legislações que insidiam diretamente na sexualidade das pessoas, em especial nas pessoas LSBTI, constituíam-se como uma estratégia legal do Estado para impedir que os homossexuais e, as homossexualidades, estava fundamentada na estratégia de tentar impedir que homens, mulheres, travestis, bissexuais, hermafroditas e intersexuais, fossem, em virtude das medidas de prevenção geral e especial, impedidos de “exercerem” suas homossexualidades. Destaca-se que tais legislações estavam correlacionadas aos aspectos científicos de cura das homossexualidades.

4) A repressão e adequação do comportamento sexual deu-se de modo alargado, ou seja, toda a população alemã teve sua vida sexual atingida. No caso das pessoas heterossexuais, houve uma “obrigatoriedade” sexual para o aumento da natalidade, o que proporcionaria um alinhamento ideológico nazista.

CRIMINOLOGY OF SEXUALITIES AND VITIMOLOGY OF THE FOREGOING: A LITERATURE REVIEW ON ANTI-LSBTI SEXUAL LAWS IN THE TIMES OF NATIONAL SOCIALISM (1933-1945)

ABSTRACT

The purpose of the present study was to analyze the sociogenesis and sociopoetics of non-hegemonic sexualities in a specific way, as well as to verify the treatment of the different manifestations of the (homo) sexualities by German researchers after 1933 with the implementation of the Third Reich until the subsequent defeat in 1945 of the Eixo-Rome-Berlin-Tokyo countries, which were led by Adolf Hitler, Benedito Mussoline and Michinomiya Hirohito. For this, a review of the literature was carried out based on a historiographical analysis, having as support the German language. They are theoreticians who compose the study: Magnus Hirschfeld (1904, 1910, 1914, 1920, 1930), by Burkhard Jellonek and Rüdiger Lautmann (2012), Heindrun Kaupen-Hass and Christian Saller (2009) and Bernd-Ulrich Hergemöller (2000; 1999a; 1999b) among others with similar peer recognition. It can be considered that the processes and punishment and persecution during the III Deutsche Reich against LSBTI people, can be considered one of the historical milestones of the trajectory of the processes of abjection to dissident sexualities.

Keywords: *National socialism. III Deutsche Reich. Magnus Hirschfeld.*

REFERÊNCIAS

BASTIAN, Till. **Fuchtbare Ärzte und medizinischen Verbrechen im Dritten Reich**, München: Reinbeck Verlag, 1995.

BENZ, Ute. (Hrsg.). **Frauen im Nationalsozialismus**. Dokumente und Zeugnisse, München: Bölling- Rainer Verlag, 1983.

BLANKENBURG, E. (1975). Die Aktenanalyse, p. 117-135. In: E. Blankenburg (Hrsg.). **Empirische Rechtssoziologie**. München: Die öffentliche Verwaltung, 1975.

BLAZEK, *Helmut*. **Rosa Zeiten für rosa Liebe**: Zur Geschichte der Homosexualität. Frankfurt am Main: Fischer, 1996.

BLEUELS, Hans Peter. **Das saubere Reich**. Theorie und Praxis des sittlichen Lebens im Dritten Reich, München – Bern: Scherz Verlag, 1972.

BOCK, Gisela. Die Frauen und der Nationalsozialismus und die Zwangssterilisationen im Nationalsozialismus. Bemerkungen zu einem Buch von Claudia Koonz, s. 563-579. In: **Geschichte und Gesellschaft**, 15, 1989, S. 563-579.

BOGDAN, R. C; BIKLEN, S. K. (1994). **Investigação Qualitativa em Educação**. Tradutores Maria João Alvarez, Sara Bahia dos Santos e Telmo Mourinho Baptista. Porto-Portugal: Editora Porto, 1994.

BRUNS, Manfred. **Vom Verbot zur Gleichberechtigung**. Die Rechtsentwicklung zur Homosexualität und Transsexualität in Deutschland. In: Schriftenreihe der Hirschfeld-Eddy-Stiftung, Band 3, Berlin: Hirschfeld-Eddy-Stiftung, 2011.

BULÖW, Carola von. **Der Umgang der nationalsozialistischen Justiz mit Homosexuellen**. Betreuender Gutachter Prof. Dr. Helge Peters. Promotionssarbeit an der Universität Oldenburg. Carl von Ossietzky Universität, 2000.

CALDAS, Pedro Spinola Pereira. Teoria e Prática da Metodologia da Pesquisa Histórica: Reflexões sobre uma Experiência Didática. **Revista de Teoria da História**. Ano 1, Número 3, junho/ 2010, p.8-19.

CELLARD, A. A análise documental. In: POUPART, J. et. al. (Org.). **A pesquisa qualitativa**: Enfoques epistemológicos e metodológicos. Tradução Ana Cristina Nasser. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2008.

DROYSEN, Johann Gustav. **Historik**. Stuttgart; Bad-Canstatt: Frommann-Holzboog, 1977.

HERGEMÖLLER, Bernd-Ulrich. **Sodom und Gomorrha**. Zur Alltagswirklichkeit und Verfolgung Homosexueller im Mittelalter. Hamburg: MännerschwarmSkript Verlag, 2002.

_____. **Mann für Mann**. Biographisches Lexikon zur Geschichte von Freundschaft und mann-männlicher Sexualität im deutschen Sprachraum. Hamburg: MännerschwarmSkript Verlag, 2000.

_____. **Einführung in die Historiographie der Homosexualitäten**.

Hamburg: MännerschwarmSkript Verlag, 1999.

HERZER, Manfred; STEAKLEY, James (Hrsg.). Magnus Hirschfeld: Von einst bis jetzt. Geschichte einer homosexuellen Bewegung (1897-1922). Berlin: Verlag rosa Winkel, 1986.

HEB, Michael. Von Todsündern zu Trendsettern. Zur homosexuellen Toleranzgeschichte in Deutschland, S. 688-729. In: LADEMACHER, Horst / LOOS, Renato/ GROENVELD, Simon (Hrsg.): **Ablehnung - Duldung - Anerkennung. Toleranz in den Niederlanden und in Deutschland**. Ein historischer und aktueller Vergleich., XXII,799 S. (Studien zur Geschichte und Kultur Nordwesteuropas. 9, 2004. Münster: Waxmann Verlag, 2004.

HIRSCHFELD, Magnus. Berlins Drittes Geschlecht. Berlin – Leipzig: Seemann Verlag, 1904.

_____. **Die Tranvestiten**. Eine Untersuchung über den erotischen Verkleidungstrieb mit umfangreich casuistischem und historischem Material. Berlin: Pulvermacher e Leipzig: Spohr. 1910.

_____. **Geschlechts-Übergänge**. Mischungen männlicher und weiblicher Geschlechtscharaktere (Sexuelle Zwischenstufen). Leipzig: Verlag der Monatsschrift für Harnkrankheiten und sexuelle Hygiene, 1914 (Original, 1905).

_____. **Die Homosexualität des Mannes und des Weibes**. Berlin: Louis Marcus Verlag, 1920.

_____. **Geschlechtskunde auf Grund dreißigjähriger Forschung und Erfahrung**. 5 Bände bearbeitet., Stuttgart: Julius Püttmann, Verlagsbuchhandlung, 1930.

_____. **Perversions sexuelles**. Paris: François Aldor/ ed. de Felix Abraham, 1931.

_____. **Phantom Rasse. Ein Hirngespinnst als Weltgefahr**. Berlin: Eden & Cedar Paul, London: Victor Gollancz Ltd., 1938.

HIX, Iris-Marie. Zwangssterilisationen: eine spezielle Form der NS-Frauenpolitik, s. 232-246. In: KUHN, Annete (Hrg.). Frauen im NS-Alltag. Bön: Bonner Studien zur Frauengeschichte, Pfaffenweiler Verlag, 1994.

INVERTITO/FACHVERBAND HOMOSEXUALITÄT UND GESCHICHTE e. V (Hrsg.). **Homosexualitäten und Crossdressing im Mittelalter**. 3. Jahrgang. 4 Auflage. Jahrbuch für die Geschichte der Homosexualitäten. Hamburg: MännerschwarmSkript Verlag, 2008.

_____. (Hrsg.). **Homosexualitäten in der Weimarer Republik (1919 bis 1933)**. 4. Auflage. 3. Jahrgang. Jahrbuch für die Geschichte der Homosexualitäten. Hamburg: MännerschwarmSkript Verlag, 2006.

JELLONNEK, Burhard; LAUTMANN, Rüdiger (Hrsg.). **Nationalsozialistischer terror gegen homosexuelle - verdrängt und ungesühnt**. Paderborn – München – Wien – Zürich: Ferdinand Schöningh Verlag, 2012.

KAUPERN-HAAS, Heidrun; SALLER, Christian (Hrsg.). **Wissenschaftlicher Rassismus**. Analysen einer Kontinuität in den Human- und Naturwissenschaften. Frankfurt – New York: Campus Verlag, 1999.

LIMPRICHT, Cornelia; MÜLLER, Jürgen; OXENIUS, Nina (Hrsg.). **Verführte Männer und das Leben der Kölner Homosexuellen im Dritten Reich**. Köln: Volksblatt Verlag, 1991.

MAIWALD, Stefan; MISCHLER, Gerd. **Sexualität unter dem Hakenkreuz**. Manipulation und Vernichtung der Intimsphäre im NS-Staat. Wiesbaden: VMA-Verlag, 2012.

MELO, Miguel Ângelo S. de; ALBUQUERQUE FILHO, José Antônio de; ALBUQUERQUE, Érika de Sá M.; SILVA, Lielton Maia; GOMES FILHO, Antoniel dos Santos. *Investigação Empírica na Ciência Jurídica. Contribuições da Sociologia Jurídica para Produção do Conhecimento não Dogmático*. **Id on Line Rev. Mult. Psic.**, 2018, vol.12, n.40, p.443-469.

MENGEL, Hans-Joachim. **Strafrechtliche Verfolgung homosexueller Handlungen in Deutschland nach 1945. Zur Rehabilitierung und Entschädigung der nach § 175 und 175a StGB wegen homosexueller Handlungen in der BRD und der DDR Verurteilten**. Verfassungsrechtliche, verfassungspolitische und völkerrechtliche Erwägungen, Berlin: Rosa Verlag, 2012 (Dokumente lesbisch-schwuler Emanzipation, Bd. 29)

PRETZEL, Andreas; ROßBACH, Gabriele (Hrsg.). **Homosexuellenverfolgung in Berlin (1933-1945)**. Wegen der zu erwartenden hohen Strafe. Berlin: Verlag Rosa Winkel, 2010.

RAISER, Raiser, T. **Grundlagen der Rechtssoziologie**, 4. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

RÜSEN, Jörn. **Reconstrução do Passado – Teoria da História II: Os princípios da pesquisa histórica**. Brasília: Editora da UnB, 2007.

SCHMUHL, Hans-Walter. **Sterilisation, Euthanasie und Endlösung**. Erbge-

sundheitspolitik unter den Bedingungen charismatischer Herrschaft, S. 295-308. In: FREI, Norbert (Hrsg.). Medizin und Gesundheitspolitik in der NS-Zeit (Sondernummer der Schriftenreihe der Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte, München: Oldenbourg-verlag, 1995.

SCHOPPMANN, Claudia. **Nationalsozialistische Sexualpolitik und weibliche Homosexualität (Frauen in Geschichte und Gesellschaft)**. Berlin - Pfaffenweiler: Centaurus, 1997.

SCHOPPMANN, Claudia. **Zeit der Maskierung**. Lebensgeschichten lesbischer Frauen im „Dritten Reich“. Berlin: Orlanda Frauenverlag, 1993.

SILVERMAN, D. **Interpretação de dados qualitativos**: métodos para análise de entrevistas, textos e interações. Tradução Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 2009.

A psicopatia no direito penal brasileiro: respostas judiciais, proteção da sociedade e tratamento adequado aos psicopatas – uma análise interdisciplinar¹

Rafaela Pacheco Nunes²

Roberta Christie P. da Silva³

Érica Fontenele Costa Lima⁴

Filipe de Menezes Jesuíno⁵

RESUMO

Voltado à salvaguarda dos bens jurídicos mais caros à sociedade, o Direito Penal exsurge como derradeira saída, prevendo as consequências mais severas à sua transgressão. Nesse contexto, ganha relevo a figura do psicopata, que detém perfil propenso ao desafio das leis, vulnerando toda sorte de direitos alheios e se mostrando especialmente resistente à modificação deste padrão comportamental. Assim, utilizando como metodologias básicas a pesquisa bibliográfica e documental, foram objetivos deste trabalho: 1. analisar as possíveis respostas estatais às condutas delitivas perpetradas por psicopatas, na conjuntura jurídico-normativa brasileira atual; 2. verificar se essas

1 Data de recebimento: 15/01/2019. Data de aceite: 10/05/2019.

2 Advogada. Procuradora-Geral do Município de Bela Cruz, Ceará. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Pós-graduanda em Direito Material e Processual Penal pela Universidade de Fortaleza. E-mail: pacheconunesadv@gmail.com

3 Assistente de Unidade Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza. Pós-graduanda em Direito Público pela ESMEC. E-mail: robertachristiepg@gmail.com

4 Psicóloga, formada pela Faculdade de Tecnologia Intensiva, e especialista em Saúde Pública, com ênfase em saúde da família, pela Universidade Estadual Vale do Acaraú. E-mail: ericafontenele@yahoo.com.br

5 Psicólogo, Mestre em Psicologia e Doutor em Educação pela Universidade Federal do Ceará. Atua como psicólogo clínico e supervisor de psicoterapia. Professor da FATECI/ Faculdade Pitágoras.

respostas se mostram compatíveis com os conhecimentos científicos disponíveis acerca das características próprias destes indivíduos. Como resultado, foi possível concluir: 1. pela imputabilidade dos psicopatas, de acordo com os critérios adotados pelo Código Penal; 2. pela imposição de penas como resposta mais adequada para este tipo de infrator, embora ainda ineficaz para, por si só, prevenir a reincidência.

Palavras-chave: *Psicopatia. Imputabilidade. Reincidência. Prevenção.*

1 INTRODUÇÃO

Está bem sedimentada em nosso meio a concepção de que as características peculiares do indivíduo psicopata, tais como desprezo pelo sofrimento alheio e colocação de seus desejos e necessidades acima do bem-estar de quem quer que seja, fazem-no alguém intrinsecamente propenso à prática de ilícitos graves, bastando para tanto que isto lhe pareça conveniente. Seu comportamento antisocial costuma demonstrar-se desde a menoridade, sendo realçada por seu embotamento afetivo e marcada ausência de remorso (BINS; TABORDA, 2016, p. 09). Naturalmente refratário à submissão a regras, já que sua motivação maior é a busca do próprio prazer de forma imediata (HARE, 2013, p. 01 a 05), uma vez que adentre o mundo do crime, pode-se dizer que a replicação de condutas delitivas tende a se tornar um padrão imodificável para ele, pois dificilmente será atingido pelo caráter pedagógico das reprimendas legais (BINS; TABORDA, 2016, p. 09), sobretudo se chegar à conclusão de que o crime compensa (SILVA, 2014, cap. 11, p. 02). Estima-se que 0,6 a 4% da população geral (BINS; TABORDA, 2016, p. 09) e 15 a 25% da população carcerária (MELIÁ, 2013, p. 533) sejam compostos por psicopatas. Dentre estes, no primeiro ano após a saída de regimes

fechados, o índice de reincidência é aproximadamente três vezes maior que o observado em relação a egressos em geral, chegando a ser cerca de quatro vezes maior, em se tratando de condenados por crimes que envolvem violência (ESPINOSA, 2013, p. 579). Entre o quarto e o quinto ano de retorno ao convívio social, o percentual de reincidência desses indivíduos chega à ordem de 80 a 90% (*id., ibid.*).

Importante assinalar que, entendida atualmente como um transtorno da personalidade (CID 10, F-60.2) – e não como uma enfermidade mental propriamente dita –, no estágio de conhecimentos de que hoje dispõe a humanidade, a psicopatia é considerada um mal insuscetível de cura. Mais que isso: pesquisas apontam que a submissão a tratamentos convencionais, como psicoterapia, potencializam as chances de reincidência dos condenados que dela apresentam indicativos (ESPINOSA, 2008, p. 579). Ademais, a aquisição de saberes do campo das ciências relacionadas à saúde mental e de seus procedimentos, absorvíveis durante os tratamentos, tem aptidão para permitir ao psicopata aprimorar sua capacidade de camuflar seu transtorno e simular, com maior desenvoltura, respostas – inclusive emocionais – consideradas adequadas pelos demais, algo que o tornaria ainda mais perigoso (SILVA, 2014, cap. 11, p. 03).

De outra parte, embora investigações científicas deem conta da descoberta de alterações morfológicas no cérebro de indivíduos psicopatas, não se pode, com isso, concluir, adotando uma visão superficial e determinista, que, a partir de exames de imagem cerebral, seja possível prever, com certeza, se um indivíduo passará, ou não, a cometer violações legais (BINS; TABORDA, 2016, p. 13). Isto porque: 1. nem todos os psicopatas se engajam no mundo do crime; 2. embora a genética influencie o funcionamento do cérebro e, conseqüentemente, as ações dos indivíduos, o meio tem papel tão ou mais importante que ela na formação de uma personalidade criminógena, atuando, conforme o caso, como eliciador ou como inibidor de tendências pessoais (BINS; TABORDA, 2016, p. 10 a 12); 3. assim

como há estudos apontando que os esquemas de funcionamento do cérebro determinam as ações humanas, há outros que, de outra parte, nos permitem concluir que a plasticidade neural possibilita que: a) pela vontade e pela ação dirigida neste sentido, o indivíduo se autocontrole, moldando ou modificando os caminhos que sua mente percorre entre o gatilho e a ação e, por via de consequência, adquirindo ou remodelando padrões de comportamento (DUHIGG, 2012, cap. 9, p. 43 a 46); b) alteração comportamental semelhante à recém-descrita pode ser promovida se aplicada ao indivíduo disciplina adequada, que o conduza a um modo de agir socialmente aceitável (BINS; TABORDA, 2016, p. 11). Do contrário, nem mesmo ao não-psicopata seria atribuível responsabilidade por seus atos e não haveria, igualmente, sentido em tentar educar ou recuperar quem quer que fosse.

Nessa senda, se, por um lado, o diagnóstico não pode ser utilizado para embasar uma espécie de sentença condenatória antecipada, remetendo-nos à ideia de Direito Penal do autor, por outro, há que se ressaltar, que, inobstante isto, sua relevância e a necessidade de sua realização – embora isto, muitas vezes, possa ser difícil – revelam-se incólumes. Isto se infere, primeiramente, do fato de que a intervenção precoce mostra-se ideal na tentativa de moldar o comportamento do psicopata a padrões socialmente aceitáveis, buscando prevenir o seu encaminhamento para o crime (BINS; TABORDA, 2016, p. 10), mediante a adoção de medidas apropriadas e que lhe causem o menor sofrimento possível. Entretanto, ainda que ultrapassado esse ponto, quando tal indivíduo já haja incidido (ou reincidido) no crime, o diagnóstico ainda será de suma importância, como conclusão de profissional capaz de fornecer ao juiz maior segurança na tarefa de decidir acerca das consequências legais cabíveis e adequadas para o(s) fato(s) praticado(s) pelo agente.

Assim, o reconhecimento da necessidade de enfrentamento da situação do psicopata face ao Direito Penal, bem como de se con-

cluir acerca da resposta estatal apropriada à(s) sua(s) conduta(s) delitiva(s) que, a um só tempo, proteja a sociedade, as pessoas que com ele hão de conviver, se segregado, e ele próprio, sem descuidar de suas peculiaridades e direitos não atingidos por eventual pena ou medida imposta, enquanto ser humano que é, são objetivos centrais deste trabalho. Para tanto: 1. no primeiro capítulo, serão explorados o conceito e as características do transtorno em tela, a fim de, com o suporte de outras ciências, trazer para o Direito os mais atualizados conhecimentos acerca dele; 2. levando em conta o arcabouço teórico e as conclusões recém-referidas, será analisada, no segundo capítulo, a formatação atual do sistema penal, com o objetivo de concluir o que dele se pode extrair para aplicar em relação ao psicopata autor de crime(s), tendo em vista a necessidade de salvaguardar a paz social, sem descuidar da dignidade humana do agente, a qual é desvinculada de seus atos; 3. no terceiro capítulo, serão explorados alguns casos concretos de grande notoriedade, selecionados pelo critério qualitativo, com o objetivo de, a partir deles, decifrar a forma como a Justiça brasileira vem tratando o psicopata transgressor das leis penais; 4. na última parte do trabalho, será exposta a conclusão para os questionamentos levantados, buscando, ainda avaliar a adequação do modelo adotado pelo Direito Penal brasileiro, quanto aos seus objetivos.

Como resultado, o trabalho em tela visa a apresentar dados e conclusões que possam, de fato, contribuir para o alcance dos objetivos elencados, fruto de pesquisa, estudo e reflexão, utilizando como metodologias básicas a pesquisa documental, voltada à legislação pertinente, à pesquisa bibliográfica, sobretudo nas áreas do Direito, da Psiquiatria e da Psicologia, bem como pesquisas em sítios de notícias e de órgãos jurisdicionais, as quais embasaram os estudos de caso aqui exibidos.

2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA PSICOPATIA SOB O PRISMA DA PSIQUIATRIA, DA PSICOPATOLOGIA E DA PSICOLOGIA

A psicopatia é um objeto de estudo complexo sobre o qual se debruçam numerosas disciplinas, dentro as quais tem proeminência a Psicopatologia, ciência que se interessa pelos fenômenos humanos tanto do ponto de vista da natureza quanto do espírito (DALGALARRONDO, 2008, p. 27). O objeto da Psicopatologia, primariamente, é o sofrimento da alma. Secundariamente, pode-se afirmar que ela estuda os transtornos da mente ou do comportamento.

A Psicopatologia descritiva contemporânea organiza os transtornos psíquicos em uma estrutura naturalista de classificação (DALGALARRONDO, 2008, p. 27). Entre as categorias principais, encontram-se os transtornos de personalidade, que incluem os traços e sintomas mais relevantes para o entendimento dos comportamentos relacionados na psicopatia. Os referidos transtornos são definidos como “padrões arraigados de relacionamento com outras pessoas, situações e acontecimentos, caracterizados por um tipo rígido e mal-adaptativo de experiência interior e de comportamento, o qual remonta, geralmente, à adolescência ou ao início da vida adulta” (WHITBOURNE; HALGIN, 2015, p. 610).

De acordo com a Classificação Estatística Internacional de Doenças (CID-10), os Transtornos de Personalidade são “distúrbios graves da constituição caracterológica e das tendências comportamentais primários do indivíduo, i.e., não derivados diretamente de uma doença, lesão ou outra afecção cerebral ou a outro transtorno psiquiátrico” (OMS, 1997, p. 603).

O transtorno de personalidade antissocial (TPAS) é aquele que mais se aproxima das noções, menos tecnicamente precisas, de psicopatia e sociopatia, termos que produzem muitas divergências quanto às suas aplicações: alguns autores diferenciam seu uso, outros os

consideram intercambiáveis. De acordo com a CID-10 (OMS, 1997, p. 603) e com o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-V) (APA, 2014, p. 659), o TPAS é chamado, respectivamente, de transtorno de personalidade dissociada e transtorno de personalidade antissocial. O DSM-V, portanto, inclui a sociopatia e a psicopatia no diagnóstico de TPAS. Uma diferenciação fundamental é que o termo TPAS está associado à uma visão médico-psiquiátrica, enquanto o termo psicopatia se aproxima mais do uso médico-legal. Segundo Hauck Filho, Teixeira e Dias (2009, p. 341), “o TPAS é uma categoria diagnóstica mais abrangente e que pode incluir ou não a psicopatia como comorbidade”.

Este uso do termo psicopatia no diálogo entre o Direito e a Psicopatologia o torna relevante para este estudo, sobretudo considerando que esta designação indica: 1. o interesse do Direito no funcionamento psíquico dos que apresentam o transtorno e por seus aspectos interpessoais e afetivos; 2. uma especificidade em relação ao uso do vocábulo, que seria voltado não às pessoas com diagnóstico de TPAS em geral, mas àqueles que, por suas condutas, atraem a incidência dos mecanismos da ciência jurídica.

Enquanto o conceito de TPAS se apresenta como subcategoria dos transtornos de personalidade, em uma relação intrínseca com os estudos psiquiátricos e psicopatológicos, a definição da psicopatia e o seu estudo têm sua origem vinculada, muito mais, a criminosos apenados pela lei, tanto no universo dos presídios quanto no dos manicômios judiciários. “O conceito de psicopatia surgiu dentro da medicina legal, quando médicos se depararam com o fato de que muitos criminosos agressivos e cruéis não apresentavam os sinais clássicos de insanidade” (HAUCK FILHO et al., 2009, p. 341).

Por outro lado, relatos acerca da existência de pessoas com esses traços de comportamento antissocial remontam à história da Antiguidade. Kothe e Cruz (2015, p. 17) argumentam que a psicopatia é reconhecível em mitos e na literatura de civilizações antigas, como

ilustrado nas histórias de Medeia, da mitologia grega, e de Caim, no Antigo Testamento. A ideia de que alguns seres humanos podem ser vistos como intrinsecamente aproveitadores e inescrupulosos não é, pois, uma invenção midiática moderna. Um dos estudantes de Aristóteles, Teofrasto, provavelmente o primeiro a escrever sobre os psicopatas, chamou-os, simplesmente, de “pessoas sem escrúpulo” (KOTHE; CRUZ, 2015, p. 17).

O termo psicopatia, enquanto vinculado à Psicopatologia tradicional, guarda relação com a noção de doença mental. De acordo com Kothe e Cruz (2015, p. 17), o termo grego pode ser traduzido simplesmente como “psiquicamente doente” e, por isso, ao longo do século XIX, foi utilizado para se referir a todas as morbidades psíquicas.

Miranda (2015, p. 07) ratifica esse enfoque ao argumentar que as evoluções das noções de psicopatia e de doença mental seguiram paralelas ao longo da história da Modernidade. Os doentes mentais, aliás, por muito tempo foram alvo de segregação e discriminação, atuando como verdadeiros bodes expiatórios, depositários dos males sociais, que cabia expulsar, por isso, do convívio social, quando não fosse possível corrigi-los.

Nos termos mais contemporâneos do DSM-V, porém, a psicopatia está relacionada a “um padrão de comportamento repetitivo e persistente, no qual ocorre a violação dos direitos básicos dos outros ou de normas ou regras sociais importantes e adequadas à idade do indivíduo” (MIRANDA, 2015, p. 08).

Bins e Tabora (2016, p. 09) argumentam que “os psicopatas apresentam-se como lisonjeiros e grandiosos, mas enxergam as pessoas como objetos a serem usados para a própria gratificação, tendo estilo de vida parasita, sem remorso pelos danos que causam a outros, com pobre capacidade de empatia”. Tal indigência empática é uma característica bastante marcante em indivíduos com TPAS, pois esta, aliada à ausência de medo, ajuda a explicar por que esses

indivíduos violam facilmente os direitos dos outros, sem remorso ou culpa e, também, por que desrespeitam normas sociais.

Bins e Tabora (2016, p. 09) esclarecem, ainda, que “comumente, essas pessoas assumem condutas perigosas ou criminosas, resultando em persistente violação de expectativas e normas sociais, sendo incapazes de aprender com a punição, o que torna pobre a possibilidade de recuperação do comportamento desviante”.

Os psicopatas têm total ciência dos seus atos, uma vez que sua razão e cognição não são prejudicadas. Em outros termos, eles sabem que estão infringindo regras sociais e por que estão agindo dessa maneira. Sua deficiência se relaciona aos afetos e às emoções, o que os leva a considerar razoável o prejuízo do outro para alcançar seus objetivos, incluindo, mas não se restringindo, às formas mais violentas de agressão. Esses comportamentos resultam de escolhas exercidas de modo racional (cognição preservada) e livre de culpa (afeto e empatia prejudicados) (SILVA, 2014, p. 20).

Quanto às origens ou causas desse transtorno, o estudo do psiquiatra Santos Júnior nos esclarece:

As causas da sociopatia são complexas e envolvem diversos elementos, com determinantes biológicos, mas também com outros relacionados ao desenvolvimento e a fatores sociais. (...) Crescer em ambientes socialmente desintegrados, em que a convivência com criminalidade é algo crônico, pode fazer da tendência antissocial uma adaptação normal a um ambiente que, este sim, pode ser considerado anormal. (SANTOS JÚNIOR, 2015, p. 14 a 15).

De acordo com Miranda (2015, p. 09), certos autores atribuem, ainda, a origem da psicopatia ao isolamento afetivo e a uma precariedade nas relações parentais do sujeito na infância. Essa história estaria, assim, comumente marcada por experiências de forte carga emocional negativa – traumas –, tais como violência doméstica, omissão dos pais, desintegração familiar, insuficiência de cuidados

maternos, abusos físicos, às vezes sexuais, e situações envolvendo criminalidade em seu ambiente psicológico de base.

A par de tudo isso, conforme ressalta Jesuino (2012, p. 36), a Psicologia busca contemplar o indivíduo em sua subjetividade psíquica, que vai além da diagnose. Ainda segundo o mesmo autor (*id. ibid.*), seria necessário olhar para o sujeito com transtorno psicológico, inclusive TPAS, como uma pessoa singular que apresenta, mesmo em seus sintomas, representações simbólicas para o que vivencia. Com isso, seria possível ver além da imagem clássica e geral do psicopata como indivíduo fatalmente averso às regras sociais, violador dos direitos dos outros e irreversível e, considerando as variadas facetas do sujeito que possui esse modo de ser psicopático, buscar caminhos para sua harmonização, individual e social, prevenindo ilícitos.

3 A PSICOPATIA SOB O PRISMA DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Prevalece, no Brasil que, consoante conceito analítico, crime é o fato típico, antijurídico e culpável (NUCCI, 2013, p. 180). Ausente qualquer destes elementos, ausente estará o crime, de modo que o agente não poderá ser por ele condenado e submetido à punição estatal correlata. Inexistindo discussão acerca da possibilidade, a priori, de o indivíduo psicopata realizar condutas penalmente típicas e antijurídicas, subsistem, contudo, questionamentos acerca de sua culpabilidade, vez que controvertida a possibilidade de preenchimento de todos os seus requisitos pelo indivíduo que ostenta personalidade psicopática.

A culpabilidade é definida como o juízo de reprovação que se faz recair sobre o autor do fato típico e ilícito, o qual, podendo comportar-se em conformidade com o Direito, opta livremente por comportar-se de forma contrária a este (REBOUÇAS JÚNIOR; NUNES, 2017, p. 51). Em sua configuração atual no Direito pátrio, possui, conforme

a teoria de Hans Welzel, idealizador do finalismo, três requisitos, todos normativos: imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude (*id.*, *ibid.*).

Requisito analisável apenas no caso concreto, a exigibilidade de conduta diversa, isto é, de conduta conforme o Direito, está relacionada a fatores externos relevantes para o indivíduo e, por isso, capazes de exercer influência sobre o seu agir, impelindo-o no sentido do cometimento do fato típico e ilícito. Fundado na dicção do art. 22 do Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940, o Código Penal Brasileiro (CPB), esse requisito não pode, portanto, ser afastado aprioristicamente, pela mera presença do transtorno de personalidade em tela.

Quanto à consciência da ilicitude, sua ausência, para afastar a culpabilidade do agente, não está relacionada à mera falta de conhecimento acerca dela (que pode caracterizar circunstância atenuante, consoante o art. 65, II, do CPB), mas à ausência da opção imediata de adquiri-lo, dentro da esfera de possibilidades realisticamente atribuíveis ao sujeito, ou à presença de condições que tornem desculpável que ele julgue que seu comportamento é conforme o Direito, quando, na realidade, não é (art. 21, *caput* e Parágrafo Único, do CPB). Aqui, o agente não apenas desconhece as normas de Direito Penal: sua valoração (na dicção de Mezger (1956, p. 157), valoração paralela esfera do profano) da licitude ou ilicitude da própria conduta encontra-se afetada pelas particularidades de seu meio social, cultura e educação, fazendo-o incorrer em erro de proibição (a que Zaffaroni (2002, p. 542 a 548) denomina erro de compreensão culturalmente condicionado). Por conseguinte, é possível concluir que, ausentes tais particularidades, pode-se aplicar ao psicopata a regra geral, que é a presunção de que aquele que comete fato típico é capaz de saber que está agindo de modo ilícito.

Assim, a partir do explanado nos parágrafos precedentes, pode-se inferir que, salvo se presentes outros fatores, ou circunstâncias

capazes de justificar que se chegue a uma conclusão distinta, é seguro afirmar que o psicopata é, de modo geral, apto a preencher pelo menos dois dos requisitos da culpabilidade: a exigibilidade de conduta conforme o Direito e a potencial consciência da ilicitude. Resta, portanto, concluir se e em que medida ele é, ou não, imputável.

De acordo com a redação do art. 26 do CPB, pessoas que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, sejam, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapazes de compreender o caráter ilícito de suas ações, ou de se dirigirem conforme tal entendimento, não preenchem o último dos requisitos da culpabilidade – a imputabilidade. Assim, embora possam praticar injustos penais, isto é, condutas típicas e ilícitas, a elas não se dirigem as penas, mas outra modalidade de resposta estatal: as medidas de segurança (art. 97 do CPB), mediante sentença absolutória imprópria.

Medidas de segurança, por sua vez, podem consistir, conforme o caso, em tratamento ambulatorial, que é medida restritiva, ou em internação em manicômio judiciário ou, à falta, em outro estabelecimento adequado, hipótese de medida detentiva (art. 96, caput e incs., do CPB). O CPB prevê um tempo mínimo de internação ou tratamento, de 1 a 3 anos, a ser estabelecido pelo juiz sentenciante (art. 97, § 1º), findo o qual deverá ser realizada nova perícia (empós, renovada a cada ano, nos termos do art. 97, § 2º), a fim de aferir a permanência ou a cessação da periculosidade do agente. Não existe tempo máximo de internação previsto em lei. O STF, porém, possui entendimento consolidado no sentido de que o indivíduo não pode restar internado por tempo superior ao máximo previsto no CPB para o cumprimento de penas privativas de liberdade, que, consoante verificado no artigo 75 do referido diploma legal, é de trinta anos (STF, habeas corpus nº 84.219, julgado em 16 de agosto de 2005). Indo além, o STJ cristalizou, no enunciado nº 527 da súmula de jurisprudência (STJ, 2015), sua posição no sentido de que a duração da medida de segurança não deve ultrapassar a pena prevista abstratamente para

a prática do tipo penal ao qual se amolda a conduta levada a efeito pelo agente.

Feitas todas essas considerações, cumpre assinalar que, silente a seu respeito desde a reforma ocorrida em 1984, que suprimiu da exposição de motivos da parte geral o item 19 que lhe fazia menção, o CPB, a exemplo do restante dos diplomas correlatos, deixa para o intérprete a tarefa de enquadrar o psicopata entre os penalmente imputáveis, entre os inimputáveis ou a meio caminho entre um e outro, isto é, entre os semi-imputáveis do parágrafo único do art. 26.

Nessa esteira, não se pode olvidar que, consoante explicitado no capítulo anterior deste trabalho, partindo dos conhecimentos produzidos nos campos da Psicopatologia, da Psiquiatria e da Psicologia, é possível concluir que o psicopata não é um doente mental, mas uma pessoa com transtorno de personalidade, de modo que é capaz de compreender normas, inclusive jurídicas, de conduta impostas pela sociedade e de determinar-se de acordo com elas, se assim desejar. Seus processos cognitivos e seu senso de realidade não são prejudicados pelo transtorno da personalidade em si, embora possam sê-lo por alguma morbidade concomitante, como, aliás, pode ocorrer com qualquer pessoa. Diante disto, imperioso concluir que pode ser considerado plenamente imputável e, por conseguinte, passível de ser penalmente responsabilizado e punido por seus atos.

Portanto, o transtorno aqui analisado não tem o condão de afastar a imposição de pena, a qual deve ser normalmente aplicada, inclusive com a devida apreciação da personalidade do agente, de conformidade com o art. 59 do CPB (primeira fase do cálculo da pena), no momento da dosimetria. Assim, após devidamente processado e julgado, o psicopata considerado culpado pela autoridade competente, não sendo o caso de substituição nem de suspensão da pena e presentes as circunstâncias que conduzem à imposição do regime fechado, terá cárcere como destino, e não os locais destinados à custódia e ao tratamento daqueles que realmente padecem de psicopatologias (BINS; TABORDA, 2016, p. 14).

4 CASUÍSTICA RELACIONADA AO TEMA – BREVES ANÁLISES DE CASOS DESTACADOS NOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO BRASILEIROS

Os casos relacionados neste tópico foram selecionados tomando por base o critério qualitativo, na esteira da orientação de Hare (2013, p. 05), segundo a qual a repercussão social alcançada por certos eventos os torna especialmente úteis para ilustrar a manifestação da psicopatia naqueles que transgridem as leis penais. Assim, o farto material bibliográfico e jornalístico disponível, e a existência de razoável consenso acerca do enquadramento destes indivíduos como psicopatas, corroborada pela notória existência, nos autos processuais correlatos, de laudos médico-psiquiátricos nesse sentido, conferem o grau de segurança que o presente estudo requer. Além disso, o trânsito em julgado das sentenças referentes aos casos em questão, o amplo debate científico que fomentaram, e o fato de serem temporalmente distantes entre si os torna ideais para demonstrar a forma como o Estado vem respondendo às condutas penalmente relevantes perpetradas por psicopatas.

4.1 Caso de Francisco de Assis Pereira, o “Maníaco do Parque”

Este caso diz respeito aos crimes praticados por Francisco de Assis Pereira, indivíduo considerado um dos piores psicopatas da crônica policial brasileira: uma série de estupros e assassinatos de mulheres ocorridos no Parque do Estado, em São Paulo, no ano de 1998, cujos corpos foram encontrados abandonados num raio de duzentos metros, próximos a trilhas pouco conhecidas da referida área arborizada (GRAIEB; MEZAROBBA, 1998).

Em 1998, as investigações culminaram em um vasto inquérito policial, no qual relatos de algumas mulheres, que conseguiram escapar de sua armadilha, descrevem de maneira parecida a forma

como agia o homem que se passava por “caçador de talentos”. Ele as abordava em locais públicos, identificando-se como “olheiro” de uma agência de modelos. Em seguida, convencia-as a irem com ele, a bordo de sua motocicleta, a uma suposta sessão de fotografias no parque, onde as estuprava e estrangulava, usando um barbante, cadarço de sapato ou uma “chave de braço” (PINTO, 2000).

Após mais de vinte dias foragido, Francisco foi preso em 04 de agosto de 1998, na fronteira do Brasil com a Argentina, e negou todas as acusações. A confissão veio depois, ao longo do depoimento para a polícia. Durante os longos processo e julgamento que se seguiram, acusação e defesa tiveram como pauta primordial a saúde mental do réu e sua consciência de que estava cometendo crimes. Tendo prevalecido a tese que defendia sua imputabilidade, foi condenado a mais de cem anos de reclusão (RODRIGUES, 2002). Atualmente, encontra-se no presídio de Itaí, no interior de São Paulo, onde cumpre pena em regime fechado (ALONSO, 2018). Não há notícias de, devido ao seu estado de psicopatia, receba tratamento distinto daquele dado a outros presos.

4.2 Caso de Francisco Costa Rocha, o “Chico Picadinho”

O primeiro homicídio cometido por Francisco Costa Rocha, o homem conhecido como “Chico Picadinho”, ocorreu em 4 de agosto de 1966, quando ele assassinou Margareth Suida, uma bailarina e massagista austríaca, no apartamento que dividia com um amigo. Ele esquartejou e retalhou o corpo da vítima, usando uma faca de cozinha, uma tesoura, uma chave de fenda e uma lâmina de barbear (SACRAMENTO, 2012).

Em 21 de março de 1974, após oito anos de prisão pelo crime acima descrito, Chico foi solto, mediante parecer de uma junta médica, que atestou que estava apto a voltar ao convívio da sociedade (SACRAMENTO, 2012). Pouco tempo depois de sua soltura, no dia 16 de

outubro de 1976, conduziu Ângela Sousa da Silva para o apartamento de um amigo de sua mãe, onde a matou e dividiu seu corpo em onze partes, usando facas, uma lâmina de barbear e um serrote. (LEMOS *et al.*, 2016). Foi capturado, depois de vinte e oito dias foragido, e, posteriormente, condenado a mais uma pena privativa de liberdade (SACRAMENTO, 2012).

Em 2017, decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em conflito positivo de competência, permitiu que Francisco, então com setenta e cinco anos de idade, continuasse internado na Casa de Custódia e Tratamento Psiquiátrico de Taubaté (LEIMIG, 2017). O conflito teve origem quando o juiz da Vara de Família e Sucessões da Comarca – contrariando decisão da magistrada da Vara de Execuções Criminais, que havia concedido liberdade a Chico – entendeu que ele não deveria ser devolvido ao seio da sociedade, pois não se encontraria mais cumprindo pena corporal e, sim, submetido a necessária internação compulsória, uma vez que, no dizer do referido juiz: “Francisco Costa Rocha não tem vontade válida a externar, é absolutamente incapaz.” (Diário de Justiça de São Paulo (DJSP), 26 de abril de 2017).

Ainda consoante a decisão do juiz da Vara de Família, os últimos laudos psiquiátricos, informam que Francisco possui personalidade psicopática perversa, amoral e sádica, transtorno de personalidade dissocial e transtorno categórico misto, fazendo concluir persistente sua periculosidade, a qual colocaria em risco tanto os demais quanto ele mesmo, caso fosse posto imediatamente em liberdade (DJSP, 26 de abril de 2017).

5 CONCLUSÃO

A partir da interseção entre Direito Penal, Psicopatologia, Psiquiatria e Psicologia, é possível concluir que o possuidor de personalidade psicopática é, a priori, capaz de compreender o caráter ilícito de seus atos, bem como de dirigir-se orientado por tal entendimento,

se assim desejar. Diante disto, pode ser considerado imputável e, por conseguinte, passível de ser penalmente responsabilizado e punido por seus atos. Em verdade, caberá, ainda, ao magistrado levar tal característica de personalidade em devida conta na primeira fase da dosimetria da pena, a fim de impor ao réu, consoante os critérios legais, aquela que, ao final, mostre-se suficiente e adequada para reprimir e prevenir o crime.

Portanto, diante do cometimento de crimes passíveis de reclusão, em caso de condenação e estabelecimento de pena a ser cumprida em regime fechado, o destino do psicopata será uma das unidades do sistema prisional, onde, idealmente, deveria receber tratamento distinto dos internos comuns e apropriado às suas peculiaridades, salvaguardando, inclusive, os demais custodiados, sem descuidar da necessidade de preservação de sua dignidade. Não se ignora, entretanto, a omissão estatal no sentido de providenciar instalações prisionais minimamente adequadas – algo que submete psicopatas e apenados, em geral, ao que se convencionou chamar de estado de coisas inconstitucional (STF, ADPF nº 347, 2015).

Outra problemática que se coloca, e que desafia juristas e profissionais da área da saúde mental, advém do fato de que, sendo a psicopatia um estado permanente, não há razão para se esperar que o cumprimento de uma pena pelo psicopata perigoso, e tendente à reincidência, traga como resultado alguns dos objetivos primordiais da aplicação da reprimenda: a recuperação do infrator e a prevenção da replicação de práticas delitivas. Assim, embora o Judiciário possa, a depender das circunstâncias particulares de cada caso concreto, determinar medidas que refogem à seara penal, como a internação compulsória de um ex-detento psicopata, mediante postulação do órgão ministerial, amparada por laudo psiquiátrico que aponte para a indispensabilidade da providência, no interesse da sociedade e da pessoa com o transtorno, o ordenamento ainda carece de disciplina específica e adequada para a situação deste tipo particular de egresso.

**THE PSYCHOPATHY IN BRAZILIAN CRIMINAL LAW:
JUDICIAL RESPONSES, PROTECTION OF SOCIETY
AND THE ADEQUATE TREATMENT OF PSYCHOPATHS
– AN INTERDISCIPLINARY ANALYSIS**

ABSTRACT

Criminal Law exists as the ultimate mechanism, focused at safeguarding the dearest legal assets of society. Within this, the figure of the psychopath gains prominence, in that it has a profile prone to challenging the laws and is especially resistant to the modification of such behavioral pattern. Thus, using as basic methodologies the bibliographic and documentary research, this work aspires: 1. to analyze possible state responses to the delinquency behavior perpetrated by psychopaths, in the current Brazilian juridical-normative conjuncture; 2. to verify whether possible answers are compatible with the scientific knowledge about the characteristics of these persons. As a result it was possible to conclude: 1. for the imputability of psychopaths, according to the criteria adopted by the Penal Code; 2. for the imposition of penalties as a more adequate response for this type of offender, although still ineffective in order to, by themselves, prevent their recidivism.

Keywords: *Psychopathy. Imputability. Recidivism. Prevention.*

REFERÊNCIAS

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (APA). **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais**. Tradução de Maria Inês Correia Nascimento. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

BINS, Helena Dias de Castro; TABORDA, José Geraldo Vernet. **Psicopatia:** influências ambientais, interações biossociais e questões éticas. Rio de Janeiro: Revista Debates em Psiquiatria, jan/fev. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm>. Acesso em: 08 jul. 2018.

DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e Semiologia dos Transtornos Mentais**. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 2008.

DUHIGG, Charles. **O Poder do Hábito: por que fazemos o que fazemos na vida e nos negócios**. Tradução de Rafael Mantovani. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012 (*e-book*).

ESPINOSA, Manuel de Juan. Psicopatía Antisocial y Neuropsicología. *In*: CRESPO, Eduardo Demetrio (Org.). **Neurociencias y Derecho Penal** – nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid: Edisofer S. L., 2013, p. 575 a 600.

HARE, Robert D. **Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Tradução Denise Regina de Sales. Porto Alegre: Artmed, 2013.

HAUCK FILHO, Nelson; TEIXEIRA, Marco Antônio Pereira; DIAS, Ana Cristina Garcia. **Psicopatia: o construto e sua avaliação**. Vol. 8. n. 3. Porto Alegre: Avaliação Psicológica, dez. 2009.

JESUÍNO, Felipe Meneses. Do diagnóstico à partilha: relato de uma experiência de avaliação da aprendizagem na disciplina de Psicopatologia Geral. *In*: JESUÍNO, Felipe Meneses; FERREIRA, Antônio Alexandre Iorio; RIOS, Clauber-son Sales do Nascimento; RABELO, Michelle. **Vivências acadêmicas em Psicologia: estudos de psicopatologia**. Fortaleza: FATECI, 2012.

KOTHE, Rafael; CRUZ, Daniel A. Por Dentro do Mundo dos Sociopatas. *In*: **Revista de Psicologia Especial: conhecendo psicopatas**. n. 18. São Paulo: Mythos Editora, 2015.

LEIMIG, Luara. **Após conflito entre juízes, Tribunal de Justiça decide manter Chico Picadinho em cárcere em hospital psiquiátrico**, 2017.

Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/apos-conflito-entre-juizes-tribunal-de-justica-decide-manter-chico-picadinho-em-carcere-em-hospital-psiquiatrico.ghtml>>. Acesso em: 09 jul. de 2018.

LEMOS, Eduardo Dallagnol; FACHEL, Thiago Aguiar; BOHMANN, João Artur Krupp. **Chico Picadinho: o que seu caso demonstra?**, 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/chico-picadinho-o-que-seu-caso-demonstra/>>. Acesso em: 27 abr. de 2018.

_____. **Chico Picadinho: o novo julgamento**, 2016. Disponível em: <<https://>

canalcienciascriminais.com.br/chico-picadinho-o-novo-julgamento/>. Acesso em: 27 abr. 2018.

MELIÁ, Manuel Cancio. Psicopatía y Derecho penal: algunas consideraciones introductorias. *In*: CRESPO, Eduardo Demetrio (Org.). **Neurociencias y Derecho Penal** – nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid: Edisofer S. L., 2013, p. 529 a 546.

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal** – parte general. Trad. del alemán por BALESTRA, C.F. con la colaboración de FRIKER E. Buenos Aires: Roque De Palma Editor, 1956.

MIRANDA, Cássio Eduardo Soares. Psicopatia entre nós. *In*: **Revista de Psicologia Especial: Conhecendo psicopatas**. n. 18. São Paulo Mythos Editora, 2015.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de Direito Penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Organização Mundial de Saúde. **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas relacionados à Saúde**. 10 rev. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1997.

REBOUÇAS JÚNIOR, Aureliano; NUNES, Rafaela Pacheco. **A Valoração dos Atos Infracionais na Dosimetria da Pena**. Fortaleza: Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público, jul/dez. 2017, p. 47 a 67.

RODRIGUES, Daguito. **“Maníaco do Parque” é Condenado a Mais 121 Anos de Prisão em SP**. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2507200211.htm>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

SACRAMENTO, Lívia de Tartari e. **Psicopatologia Forense e o Caso Chico Picadinho: estória pregressa e primeiro assassinato**, 2012. Disponível em: <<http://www.redepsi.com.br/2012/06/21/psicopatologia-forense-e-o-caso-chico-picadinho-est-ria-pregressa-e-primeiro-assassinato/>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

_____. **Psicopatologia Forense e o Caso Chico Picadinho: segundo assassinato e relação com a Personalidade Psicopática**, 2012. Disponível em: <<http://www.redepsi.com.br/2012/06/21/psicopatologia-forense-e-o-caso-chico-picadinho-est-ria-pregressa-e-primeiro-assassinato/>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

SANTOS JÚNIOR, Amílton dos. Discussões Sobre a Sociopatia. *In*: **Revista**

de Psicologia Especial: conhecendo psicopatas. n. 18. São Paulo: Mythos Editora, 2015.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas:** o psicopata mora ao lado. 2. ed. São Paulo: Globo, 2014.

STF. Habeas Corpus **84.219**, 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79519&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2084219>> Acesso em: 9 jul. 2018.

TJSP. **Interdição 0005327-65.1998.8.26.0625**, 2017. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/451904165/andamento-do-processo-n-0005327-6519988260625-interdicao-26-04-2017-do-tjsp>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

WHITBOURNE, Susan Kraus; HALGIN, Richard P. **Psicopatologia:** perspectivas clínicas dos transtornos psicológicos. 7 ed. Porto Alegre: AMGH, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal** – parte general. 6 ed. Buenos Aires: Sociedade Anônima Editora, Comercial, Industrial y Financeira, 2002.

História da tradição da *civil law* e a questão do direito processual brasileiro: um breve ensaio sobre a nossa proximidade com a *common Law*¹

Ricardo Evandro Santos Martins²

RESUMO

O ensaio pretende desenvolver brevemente uma história da tradição da *civil law* e também pretende levantar questões sobre a proximidade entre a tradição jurídica brasileira e a *common law*. Para realizar esta tarefa, a abordagem metodológica está baseada no paradigma da hermenêutica filosófica desenvolvida por Hans-Georg Gadamer. O ensaio tem as seguintes hipóteses gerais: 1) a tradição da *civil law* nasce pela recepção do Código de Justiniano; 2) esta tradição também tem raízes na jurisprudência do Sacro Império Romano-germânico e na Escola Histórica do Direito; 3) mas, essencialmente, a *civil law* se fundamenta na doutrina da Escola da Exegese e depois passa a ter forte influência da doutrina pura de Hans Kelsen, especialmente quanto à tradição formada no Brasil; 4) atualmente as práticas e a legislação brasileira estão próximas da *common law*, como, por exemplo, o Novo Código de Processo Civil e as tentativas de reforma do Código de Processo Penal; 5) os cursos de mestrado e de doutorado influenciaram fortemente a mudança de mentalidade e o redirecionamento da nossa tradição jurídica, quando trouxe o instituto do “precedente judicial” como conceito central das reformas

¹ Data de recebimento: 23/02/2019. Data de aceite: 10/05/2019.

² Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará – UFPA. Professor Adjunto de Teoria do Direito e História do Direito na Faculdade de Direito, do Instituto de Ciências Jurídicas- ICJ-UFPA. E-mail: ricardo-evandro@hotmail.com

legislativas e das práticas judiciais. Nossa hipótese específica é: 1) A proximidade da nossa tradição com a *common law* pode causar riscos quanto ao respeito aos fundamentos constitucionais da CF/88.

Palavras-chave: *Tradição romano-germânica; Tradição consuetudinária; Positivismo jurídico; Discricionariedade; Novo Código de Processo Civil.*

1 INTRODUÇÃO

Hans-Georg Gadamer foi muito feliz ao afirmar que todo nosso acesso ao passado é intermediado pelo presente. Todo interesse pelo passado já é engajado pelo interesse presente. Gadamer afirma isto porque entende que o verdadeiro objeto do estudo histórico não é o evento passado, mas o significado atual deste evento que está em jogo. (GADAMER, 1999, [334] p. 487-489). Assim, ao nos lançarmos à tarefa de compreender a tradição romano-germânica, ou simplesmente chamada de *civil law*, como sistema histórico, é honesto colocarmos à mostra o nosso real engajamento, nosso interesse atual por esse passado, por essa história. E é claro que estamos falando do nosso engajamento presente sobre o a vigência do Novo Código de Processo Civil, conforme a Lei 13.105/15.

Nosso interesse está em volta do fato de que esta nova Lei parece adotar um conceito jurídico estranho à tradição do Direito brasileiro. A inclusão do precedente como fonte do direito, e suas consequências, nos levam à reflexão necessária, a de saber como esse processo é possível e se ele vingará, ou seja, se realmente a adoção de desse conceito típico da *common law* poderá auxiliar na celeridade, justiça e racionalidade do processo civil no Brasil. Mas esta reflexão não será objeto deste ensaio. Aqui, interessa-nos fazer questionamentos mais histórico-fundamentais, do que sobre o modo de operação e as possíveis vitórias e déficits da inserção do instituto

dos precedentes no Brasil. Queremos saber, antes, do que se trata a tradição romano-germânica? Qual a sua origem? O quanto essa tradição chegou nos influenciou? O Brasil pode ser considerado um país que adota seu sistema?

Lembramos que este trabalho se trata de apenas um ensaio. E, como todo ensaio, aqui falamos em caráter experimental, mostrando resultados de uma pesquisa iniciante, com o objetivo de se introduzir ao assunto. Assim, longe de querermos esgotar o tema, apresentaremos tentativas de respostas a essas perguntas. Por enquanto, nossos referenciais teóricos principais consistem no texto clássico de René David, na densa pesquisa do Prof. Mario Losano e no texto referência sobre a tradição romano-germânica, de Merryman e Pérez-Perdomo. E nossa abordagem é melhor compreendida pela descrição do processo compreensivo e pela busca da verdade nas Ciências Humanas a partir das concepções fundamentais da Hermenêutica filosófica de Gadamer. Este estudo, portanto, é um estudo histórico, a partir do pressuposto básico hermenêutico-filosófico de que nosso acesso ao passado é engajado por um interesse contemporâneo, que, neste caso, é o de tentar entender as implicações do Novo Código de Processo Civil brasileiro.

2 AS ORIGENS NO IMPÉRIO ROMANO ORIENTAL: O *CORPUS JURIS CIVILIS*

Apresentado na introdução o nosso interesse de fundo e o nosso “método”, modo de abordagem, adianto de pronto que vamos tentar apresentar o conceito de “tradição romano-germânica”. Lembrando que essa tentativa é falha se tiver como objetivo elaborar um conceito atemporal, universal, capaz de reduzir em poucas linhas a riqueza dessa tradição. Apresentaremos um esboço de seu conceito, a partir do nosso referencial teórico, destacando também um “limite” hermenêutico, portanto, o de que a apresentação de um conceito se mistura

com a sua história. Não podemos desvincular a tarefa da formação de conceito como se estivesse apartado de sua historicidade viabilizada pela nossa própria temporalidade.

Assim, começamos com o clássico de René David, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, texto de 1968, em que o historiador francês nos ensina que o a “família romano-germânica”, termo usado por ele, é aquele sistema em que a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano. (DAVID, 2014, p. 23). Lembrando do nosso alerta no parágrafo anterior, mesmo com a interessante e já clássica definição de David, por outro lado, não se pode reduzir esta tradição somente à conexão óbvia com o direito romano. A tradição da *civil law* é muito mais complexa. Sua história pode ser contada desde a publicação do *Corpus Juris Civilis* no contexto do Império Romano Oriental, no ano de 533 d. C, enquanto que a common law é muito mais recente, talvez datada desde o século XVII. Desse modo, a *civil law* tem uma riqueza histórica que precisa ser melhor apropriada por nós, aqui. Para começar, podemos dizer que a *civil law* pode ser entendida por fases.

Muito antes da codificação moderna, temos que ter consciência de que tal tradição já havia experimentado o Código de Justiniano, o Digesto e suas Institutas, que formam, ambos, o *Corpus Juris Civilis* – o grande legado do Império Bizantino para o Ocidente. A questão, então, é que, segundo Losano, no seu *Os Grandes Sistemas Jurídicos* (2000), a codificação de Justiniano, desenvolvida no Império do Oriente, acabou ser ver superada pela evolução natural do direito e também pelo conflito com o direito canônico, da Igreja. Com o fim do Império Oriental, pelas mãos das invasões otomanas, restou justamente aos ocidentais dar continuidade à tradição clássica conservada pelos bizantinos. Só que agora, a recepção ocidental, feita somente na Idade Média, seria sincrética com o direito canônico. (LOSANO, 2007, p. 49).

Somente assim o *Corpus Juris Civilis* foi descoberto pelo Ocidente:

na encruzilhada com a teologia e seu direito canônico. No tempo da Cristandade, o ensino do direito não era uma disciplina autônoma, não fazia parte das artes liberais, nem do *trivium*, nem do *quadrivium*. O direito era ligado aos estudos de ética, enquanto regras de costume, e à lógica, enquanto tarefa de interpretativa. Do mesmo modo, a teologia também ocupava dois lugares, um na ética e um na lógica. Deste modo, direito e teologia eram disciplinas com ligações esteiras e assim foram tratadas por um longo período. O direito só ganhará mesmo autonomia, como disciplina de ensino, com o estudioso de Bolonha, Irnério, no século XII. Ele foi responsável por reconstruir a compilação do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, na tentativa de construir um “direito comum” para a Europa. Esse impulso de Imério resultou no interesse em todo o século XII e XIII pelo *Corpus Juris Civilis* vindo da Escola dos Glosadores e da Escola de Bolonha. (LOSANO, 2007, p. 50-51). E quando o direito romano Justiniano chega às universidades medievais, ele se espalha pela Europa até Portugal e Espanha. Segundo Losano, na Espanha, o direito romano é recebido de modo que influencia diretamente a confecção das Siete Partidas, em 1265. Documento jurídico importante e que fora posteriormente exportado para a estruturação do direito na América colonial, séculos mais tarde. Tal recepção também ocorreu na Suíça, Holanda, mas, especialmente, e de modo mais duradouro, entre os territórios germânicos. (LOSANO, 2007, p. 55).

3 A CONTRIBUIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA PARA A TRADIÇÃO

Enquanto que nas demais nações o direito romano era aplicado de modo subsidiário, nos territórios alemães esse direito tinha autonomia, sendo aplicando ora subsidiariamente ao direito local, ora com peso hierárquico maior. Exemplo disto é o caso do Dígesto. De acordo com Losano, também chamado em grego por como

Pandectas, o Digesto teria sido encontrado pelo Imperador do Sacro Império Romano-Germânico, Lotário III, em 1137. (LOSANO, 2007, p. 56). Assim, o Sacro Império Romano-Germânico é importantíssimo para a devida compreensão da tradição da *civil law*. Não apenas por esta tradição levar o nome desse Império – é comum nos países de língua latina chamar de “direito romano-germânico”, aquilo que os anglófonos chamam de *civil law* –, mas também porque a sua história explica a sistematização que o direito romano sofrerá no século XIX, pela Escola Histórica de Savigny e pela Jurisprudência dos Conceitos de Puchta e de Jhering.

O Império se dizia herdeiro do Império Romano Ocidental. Mas agora numa versão “santa”, em que o imperador seria o representante do mundo espiritual e secular. O Sacro Império também pode ser conhecido como o I *Reich*, que durou um pouco mais de mil anos, entre 800 d.C e 1806, findando no período das guerras napoleônicas. A Alemanha como estado nacional ainda não existia. Ela era dividida em principados, e dentre eles, o Sacro Império, reunindo povos germânicos. Losano nos ensina, então, que o mito da descoberta do Digesto por Lotário III em verdade mistifica a formação dos juristas germânicos em Bolonha, onde aprenderam sobre direito romano na sua versão bizantina. Assim, de modo gradual, o direito romano se estabeleceu como o “direito comum” entre os povos germânicos, tendo sido, “(...), portanto, aplicado no território do Sacro Império Romano-Germânico não através da atividade legislativa, mas através da atividade de jurisprudência”. (LOSANO, 2007, p. 57).

Mas foi somente no século XIX, às portas da unificação alemã e do processo de codificação do direito tedesco, é que o Digesto, já sincrético com o direito canônico – algo típico do Sacro Império –, passou a ser sistematizado de modo moderno. Aliás, a própria noção de sistematização é moderna. A “pandectística”, também chamada de “Ciência dos pandectas”, é o nome dado para os manuais, frutos da construção doutrinária sobre o Direito, com base na Teoria Jurídica

da Escola História do Direito. Trata-se de uma verdadeira “civilística sistêmica” que somente foi possibilitada devido ao papel ativo do cientista do Direito, defendido pelo vigor espiritual do Historicismo jurídico. (WIEACKER, 2010, p. 491). A pandectística jus-historicista era a doutrina jurídica formada pelo conjunto de conceitos formais que os próprios cientistas do Direito formulavam a partir dos estudos sobre o direito romano “atual” na região alemã desde o Sacro Império. Por isto, na região do Sacro Império, mesmo após as guerras napoleônicas – e também justamente por elas – é que se resistiu por lá à codificação que a França de Napoleão estava sofrendo.

Este é o período em que Savigny entra em conflito com o Thibout, alegando que os germânicos não precisavam codificar o seu direito, porque ele já havia sido codificado por Justiniano em 533 d.C. Para Savigny, o antigo direito romano já havia experimentado, portanto, a codificação com Justiniano. Contudo, a sistematização em código a qual Thibout se referia não se tratava dos modos antigos da antiga Roma. Thibout fazia a defesa da codificação aos moldes do processo ocorrido no início dos anos de 1800, na França, com o Code Napoleon (1804). Assim, herdeiro legítimo do jus-historicismo de Savigny, a pandectística alemã atrasou um processo que acabara acontecendo, tardiamente, com a codificação alemã, tempo da criação do BGB (1900).

Mas, desse embate, o que queremos pôr em destaque é a cultura da codificação iniciada na França. Sabemos que tal cultura sofreu resistência na região alemã, especialmente pelo impulso dado por volta da década dos anos de 1830, pelo grupo de juristas franceses dedicados ao *Code Napoleon*. Este grupo ficou conhecido como Escola da Exegese. A Escola tinha um certo tipo de compreensão da Lei, que marcará a cultura jurídica da Europa continental, chegando a atravessar o Atlântico, sendo recepcionado pelo Brasil, país de influencia íbero-franco-germânica, ao menos quanto ao direito civil.

4 CIVIL LAW E POSITIVISMO JURÍDICO: A ESCOLA DA EXEGESE E A DOCTRINA PURA DO DIRITO NO IMAGINÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO

4.1 A influência da versão oitocentista da tradição da *civil law* no brasil do início do Século XX

A essa altura de nosso texto, podemos afirmar que tal tradição é dinâmica, podendo ser separada por fases. No século XIX, a tradição chamada pelos ingleses de *civil law* ganha este status de compreensão legalista do Direito. Muito disto é de responsabilidade da Escola da Exegese na França e de seu projeto de entender que o direito é somente o positivado, fundado na vontade geral do povo e sistematizado por um código – o qual é presumido como sendo íntegro e livre de lacunas, e que deve ser aplicado de modo silogístico, via raciocínio lógico-subsumtivo, pelos magistrados. A Escola da Exegese cria, então, uma cultura juspositivista. Essa cultura é de caráter legalista. E ela fora tão forte no mundo continental, que nos faz afirmar que por isto mesmo chegara a ser confundida com a tradição da *civil law*.

Finalmente, já falando de como o Brasil recepcionou todo este “movimento cultural”, Losano nos diz que foi Clóvis Beviláqua quem incluiu o direito brasileiro no ramo específico da *civil law*, como participante da grande família de origens romano-germânicas e francesas. Beviláqua fez isto quando elaborou o Código Civil Brasileiro, em 1916, e quando teorizou sobre o tema na sua obra chamada de Estado Atual do Direito Privado Brasileiro, publicada no final do século XIX, em Recife. Losano ainda nos ensina que, para Beviláqua, o direito brasileiro misturaria direito ibérico, de base romana, com as categorias do Code Napoleon. (LOSANO, 2007, p. XXXIX). Mas não podemos nos esquecer da influência alemã no direito brasileiro. O próprio Beviláqua era um germanista, estudioso do pandectista alemão, Rudolf Jhering.

Com a consciência deste modo como o civilismo fraco-germânico chega ao Brasil, resta ainda saber como esta influência da *civil law* de até então conseguiu atravessar para o século XX. Precisamos saber disto para entendermos a reviravolta que vivenciamos, ao menos legislativamente, na nossa tradição processual. Onde queremos chegar é ao ponto histórico crucial, que teve consequências filosóficas e impactos importantes no senso comum e em um certo imaginário jurídico: a influência da atualização do pandectismo pelos publicistas alemães do final do século XIX, e a seguida influência da doutrina pura do direito de Hans Kelsen sobre o direito brasileiro e o seu imaginário, especialmente a partir do Estado Novo, na década de 1930.

4.2 exegese francesa e a doutrina pura de kelsen entre os juristas brasileiros

Dessa maneira, a partir de tudo o que já dissemos até aqui, traçando as características centrais da *civil law* e mostrando como adotamos seus conceitos no direito brasileiro, até pelo menos à vigência do Novo Código Processual, que traz um conceito originado da *common law*, como o do “precedente judicial”, neste subtópico, abordaremos uma de nossas hipóteses centrais: a de que as ideias da Escola da Exegese subsiste na nossa tradição, assim como alguns elementos da teoria de Kelsen – mesmo a despeito do fato de ambos os juspositivismos serem inconciliáveis, especificamente quanto à hermenêutica jurídica. Em verdade, a nossa hipótese sobre a presença forte da Escola da Exegese na tradição brasileira fundamenta a nossa hipótese central: a de que a *civil law* coincide com as teorias juspositivistas, ao concentrar as suas fontes do Direito na Lei posta por uma autoridade legislativa. Interessante destacar que esta hipótese central também é o ponto convergente entre juspositivismo exegético e doutrina pura kelseniana.

O ponto convergente, fortemente presente na *civil law*, e que,

por consequência, é uma marca característica das práticas jurídica brasileiras, é o legalismo, numa versão formalista.³ Isso é acentuado por Kelsen e sua teoria de fundamento neokantiano. Ainda que semelhante aos exegetas franceses em alguns pontos, o tentar ler o direito como norma jurídica, válida em um mundo próprio, abstrato, desconectado da realidade (Ser), da história e da política, sendo um mundo de valores relativos, Kelsen refina o juspositivismo de seu tempo.

Assim, direito é somente aquele posto por uma autoridade, inclusive por uma autoridade judiciária, já que, para Kelsen, juízes não apenas conhecem o direito, mas também o criam. Diferentemente dos exegetas, Kelsen defendia que juízes são também legisladores, mas limitados pela lei que interpretam e que os vinculam dentro da noção de moldura. Interessante notar que a *civil law*, a partir de Kelsen, passa a entender que também é fonte do direito as decisões judiciais, vistas, agora, como normas jurídicas criadas livremente dentro das limitações de uma norma superior.

Aqui já temos então a tradição da *civil law* numa outra fase: a fase da possibilidade de ocorrer discricionariedade. Numa fase anterior, a Escola da Exegese jamais admitiria a discricionariedade judicial, ou seja, a possibilidade de decidir livremente. Ainda que não percebesse que em casos de anomia, antinomia e vagueza normativa, além dos princípios de direito natural, analogia e auto-integração,

3 Seu formalismo acaba por ter forte influência nos juristas brasileiros, especialmente no episódio da consulta feita pelo Congresso brasileiro ao famoso jurista austríaco, quando na Constituinte de 1933-1934 É importante lembrar da influência de Kelsen no Brasil, quando se destaca o fato de que, na Ata de Constituinte da época, o Mestre de Viena é "(...) o autor estrangeiro mais citado na constituinte, 33 vezes. Perde apenas para o brasileiro Rui Barbosa, citado 175 vezes e ganha do alemão Hugo Preuss, considerado um dos autores da constituição alemã de Weimar, citado 19 vezes. Escolhemos as principais citações de Kelsen para demonstrar quais ideias circularam no período." (SIQUEIRA; FERREIRA; LIMA, 2016, p. 250). Como é bem conhecido, um dos princípios do juspositivismo de Kelsen é a noção de que seu estudo científico apenas vê o direito como ele é, sem juízo de valor; além do mais, seu objeto, a norma jurídica, é participante do mundo do dever-ser, um mundo objetivo de valores, apartado do mundo do ser, dos fatos históricos e políticos. Portanto, Kelsen não poderia proferir parecer à questão da legitimidade da Assembleia constituinte de outra maneira: sua resposta seguiu seus "dois limites metodológicos", formulados já em 1911 (KELSEN, 1997, p. 9-10); ele foi objetivo, descritivo, desconsiderando a questão da legitimidade política, e tendo considerado a submissão formal da competência daquela Assembleia Constituinte à Revolução de 30 (MATOS, 2016, p. 630), reconhecendo esta como autoridade competente superior, competente, portanto, para outorgar uma nova constituição.

mesmo que usados como recursos de resolução destes “problemas do código”, conforme o Art. 4 do *Code Napoleon*, a Escola da Exegese nunca poderia endossar qualquer noção realista, como a da Escola Livre do Direito faz, em torno da tarefa essencialmente cognitiva dos juízes. Por isso, a fase da *civil law* posterior à da Exegese, como é a de Kelsen e sua doutrina pura do direito, está conectada ao positivismo jurídico do início do século XX. Esse juspositivismo, chamado comumente de “normativista”, entende a discricionariedade como “aceitável” ou, definindo de uma melhor forma, inevitável. Assim, a discricionariedade como possibilidade inevitável reflete o realismo da Escola Livre do Direito de Kantorowicz, e o positivismo jurídico normativista da doutrina pura do direito de Kelsen.

Mas, afinal, o que é “discricionariedade”? E como ela chega ao Brasil como tese “aceitável” e “inevitável”? Em outras palavras, como a doutrina de Kelsen passa a ser o paradigma da *civil law* brasileira, de raízes específicas da *civil law* continental, segundo dizia Beviláqua?

Primeiramente, discricionariedade é a possibilidade de se decidir, criar direito novo, como dizia Kelsen, sem a necessidade de fundamentação adequada ou de correção moral, já que a validade é completamente um critério formal, ligada tão-somente à autoridade dos juízes, de juízes que são legisladores. E, como legisladores, eles só devem respeito jus-criativo às normas superiores. Assim, é importante retomamos as ideias de Kelsen para agora mostrarmos como as adotamos no Brasil. Por enquanto, podemos concluir este subtópico, afirmando que nossas escolas de Direito acompanharam as modificações europeias até as primeiras décadas do século XX, tendo seguido o naturalismo positivista (Tobias Barreto e, tardiamente, Pontes de Miranda), o formalismo exegético pandectístico (Beviláqua) e, posteriormente, o neokantismo jurídico (Tobias Barreto tardio e, já no século XX, Reale).

Agora, estamos prontos para abordarmos a questão processual brasileira, sua natureza romano-germânica, a presença do juspo-

sitivismo normativista e as novas influências da *common law*, as quais surgem com a justificativa de sanar as supostas deficiências do normativismo referido.

5 A INFLUÊNCIA DA COMMON LAW NO NOVO CPC: DESAFIOS NUM PAÍS DE TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA

Como as modificações ocorridas dentro do processo civil brasileiro, nos anos 1970, e com a influência da teoria instrumentalista a partir de Liebman e outros, é possível afirmar que subsistiu na legislação processual brasileira, ao menos até sua reforma recente, feita em 2015, os elementos próprios da *civil law*, como: a) o domínio de princípio da legalidade, que coloca os códigos e a Constituição como fonte primária do Direito; b) a discricionariedade judicial, devido à possibilidade dos juízes interpretarem e decidirem o direito com liberdade, vide as noções de livre convencimento sobre as provas – como no caso da dosimetria da pena, no processo penal. Especialmente sobre o processo civil brasileiro, que mais nos interessa, mesmo com o art. 458, inc. II, do antigo CPC, o dever de fundamentação pelos juízes nas suas decisões era por demais vago e genérico, quando dizia que deveriam as decisões apresentarem “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”. Subsiste, portanto, a noção de que as fontes do direito na *civil law* não seriam capazes de evitar a discricionariedade.

Merryman e Pérez-Perdomo, no seu *The Civil Law Tradition*, já nos mostram que aquela antiga imagem do juiz *civil law*, como mero servidor, da aplicação mecânica da lei, enfraqueceu. (MERRYMAN; PÉREZ-PERDOMO, 2007, p. 38). A discricionariedade passa então a ser aceita pela doutrina e pela teoria do direito juspositivista dominante, pelo menos, no nosso contexto, até à abertura democrática. Nossa última experiência autoritária fez resistência às mudanças de compreensão e de prática – se é que podem ser separadas –, que só

iriam ocorrer após a CF/88, com a proliferação de pós-graduações em Direito pelo Brasil, em que desde o início dos anos 1990, vem pesquisando uma alternativa para o nosso modelo jurídico, que combina *civil law* e juspositivismo, principalmente buscando “saídas” em teorias do direito anglo-saxãs, como a de Ronald Dworkin e sua teoria do direito como integridade, mas também em teorias como a de Robert Alexy, que, ainda que seja um jurista germânico, tem no seu método de sopesamento a exigência da argumentação “razoável” e “adequada/necessária”.

Sabemos que nossa hipótese resume a influência da *common law* como algo surgido das escolas de direito, e de seus professores nos cursos de mestrado e doutorado brasileiros. E isso pode reduzir o fenômeno, furtando-se de uma hermenêutica que possa suspeitar das reais intenções, baseadas em questões neocoloniais – porque é como se estivéssemos dando continuidade à nossa cultura de acompanhar as “modas” teóricas do norte econômico, do mesmo modo como fizemos na era colonial, imperial e na República Velha e Estado Novo. Feita esta ressalva, por outro lado, entendemos que ainda sim é justamente por meio dessas pós-graduações, desde uma certa recepção das filosofias do direito não-positivistas, que surge a nossa aproximação atual com a tradição anglo-saxã da *common law*. E o elemento-chave, por meio do qual, nosso direito processual se aproximou da *common law* foi a figura do “precedente judicial”, como “saída”, caminho na tentativa de aferir maior “racionalidade” ao espaço discricionário que teriam as normas jurídicas, conforme o legado da compreensão kelseniana do Direito dentro da *civil law*.

Por fim, questionamos se essa recepção de um elemento típico da *common law* não implicaria necessariamente em um abandono da compreensão juspositivista do Direito por nós. Deixamos a seguinte pergunta, para um futuro desenvolvimento deste ensaio: Será que o Novo Código de Processo Civil, quando no art. 486, que se fundamenta no art. 93, inc. IX, da CF/88, estabelece que, não se

considera fundamentada a decisão que:

não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador"; "se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos"; "deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento;

pode realmente diminuir a discricionariedade judicial e garantir racionalidade nas decisões?

Mesmo pela inserção destes incisos no NCPC, nossas fontes do Direito ainda surgem das autoridades e, aqui, o precedente funciona como lei que, como qualquer dispositivo normativo que se seja utilizado como fundamento de uma decisão, deve ser interpretada e justificado por argumentos. De modo semelhante às súmulas vinculantes, os precedentes, por mais irônico que possa ser, também não se distanciam tanto do pensamento de Kelsen, quando defendia que juízes também legislam. Parece que a inovação está nos efeitos dessa legislação judiciária, que, agora, não é mais *inter partes*, mas alcançando uma validade geral. A questão que ainda resta, portanto, é: será que os precedentes conseguirão mesmo garantir racionalidade, diminuir discricionariedade do Judiciário? E outras questões subsidiárias também subsistem: o desafio de se interpretar os termos legais e outros os precedentes estão mesmo livres do risco da arbitrariedade e da vagueza semântica? Afinal, o conceito de *distinguishing*, que compõe o léxico do instituto do precedente judicial, conseguiria eximir o juiz do risco da discricionariedade?

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por enquanto, como dissemos no início deste texto, limitamo-nos, aqui, a somente reconstruir a tradição romano-germânica, a *civil law*, mostrando que ela possui um ramo latino-americano, como é o caso do Brasil, além de ter se desenvolvido por fases, quando supera a fase bizantina, depois a do Sacro Império romano-germânico, conectando-se no século XIX ao pandeciticismo alemão, ao positivismo jurídico exegético francês, ao realismo e, no século XX, ao normativismo de Kelsen, e, agora, sofrendo uma espécie de tentativa, para usar um termo hermenêutico-filosófico, de “fusão de horizontes” com a *common law*. Mas resta saber se essas tradições podem mesmo dialogar no nosso contexto brasileiro, e como será possível garantir a tão buscada e necessária para a nossa democracia, racionalidade na tarefa judicial. Por enquanto, entendemos essa aproximação com desconfiança: há sempre a possibilidade do precedente ser apenas somente um recurso que esconde a discricionariedade, mas, agora, com o simulacro da racionalidade, não mais silogística, obviamente, mas pretensamente argumentativa, que acaba por esconder casualismos judiciais e militância político-ideológica contrária aos fundamentos da CF/88.

Somos entusiastas da argumentação e do valor da retórica na prática jurídica, contudo, resta saber, dentre tantas questões postas aqui, se efetivamente se passará a se centralizar os argumentos jurídicos nas decisões judiciais. Pois a aproximação com a *common law*, como dissemos, pode ser apenas mais um modo de acompanharmos a moda das práticas estrangeiras e, de modo mais grave, inclusive trazer elementos flagrantemente inconstitucionais, como é o caso do flerte do nosso processo penal, de suas tentativas de reformas e de suas práticas com as práticas punitivistas norte-americanas.

THE HISTORY OF CIVIL LAW TRADITION AND THE BRAZILIAN PROCESSUAL LAW: SHORT ESSAY ABOUT OUR NEARNESS TO COMMON LAW

ABSTRACT

The essay intends to briefly develop a history of the civil law tradition and also intends to raise questions about the proximity between the Brazilian legal tradition and the common law tradition. To accomplish this task, its methodological approach is based on the paradigm of philosophical hermeneutics developed by Hans-Georg Gadamer. The essay has the following general assumptions: 1) the tradition of civil law was born by the reception of the Justinian Code; 2) this tradition also has roots in the jurisprudence of the Holy Roman Empire and the Legal Historical School; 3) but, essentially, the civil law tradition is based on the doctrine of the Exegesis School and then comes to have strong influence of the Pure Doctrine of Law, by Hans Kelsen, especially with respect to the tradition formed in Brazil; 4) Brazilian practices and legislation are currently close to common law, such as the New Code of Civil Procedure and attempts to reform the Code of Criminal Procedure; 5) Brazilian Master's and PhD's courses strongly influenced the change of mentality and the redirection of our legal tradition when it brought the institute of "judicial precedent" as a central concept of legislative reforms and judicial practices. Our specific hypothesis are: 1) The proximity of our tradition to the common law tradition may could be risky for the constitutional foundations of the Brazilian Federal Constitution/1988.

Keywords: *Civil law tradition. Common law tradition. Legal positivism; Discretionarily. New Civil Procedure Code.*

REFERÊNCIAS

- DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma Hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- KELSEN, Hans. **Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.
- LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MATOS, Andityas de Moura Costa. RECHTD. 2016. Disponível: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/download/22957/16496>. Acesso em: 10 fev. 2019.
- MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition**. Standford: Standford Press, 2007.
- SIQUEIRA, Gustavo; FERREIRA, Bruna Mariz; LIMA, Douglas de Lacerda de. **Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ** - Rio de Janeiro, n. 30, dez. 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/26905/19268>. Acesso em: 10 fev. 2019.
- WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

Os efeitos do funcionalismo teleológico de Claus Roxin sobre a dogmática penal: da culpabilidade à responsabilidade¹

Thiago Castro Praxedes²

RESUMO

Reconhecendo a influência das teorias funcionalistas do pós Segunda Guerra Mundial sobre o Direito Penal, realiza-se, no presente artigo, a análise dos efeitos do funcionalismo teleológico de Claus Roxin sobre a construção dogmática do conceito de crime, especialmente em relação ao seu terceiro substrato, que, sob o prisma finalista, era constituído pela culpabilidade. Para tanto, por meio de um processo de revisão bibliográfica, investigam-se, de início, as circunstâncias do surgimento das referidas teorias no âmbito das ciências criminais; posteriormente, analisa-se o modelo de funcionalismo desenvolvido por Claus Roxin, identificando-se, nos termos da sua concepção, as funções centrais do Direito Penal e as suas consequências sobre a demarcação das finalidades da pena. Por fim, estudam-se as mudanças engendradas pela sua teoria na construção da dogmática penal, centralizando-se a referida análise na passagem do conceito finalista de culpabilidade para o conceito funcionalista de responsabilidade.

Palavras-chave: *Funcionalismo teleológico. Culpabilidade. Responsabilidade.*

¹ Data de recebimento: 15/01/2019. Data de aceite: 10/05/2019.

² Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC), Pós-graduando em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro. E-mail: tcpraxedes@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, no âmbito da Filosofia do Direito, observou-se o afloramento de um ideal de superação do até então dominante pensamento juspositivista, rechaçando-se uma visão estritamente objetiva e pura do Direito para nele se possibilitar a inclusão de considerações de ordem valorativa (SOARES, 2013, p. 90). No mesmo período, reaproximaram-se das ciências jurídicas as demais ciências sociais, como a Sociologia e a Economia, arquitetando-se um modelo de compreensão do Direito em que os seus conceitos estruturais seriam analisados e interpretados a partir do reconhecimento e do estabelecimento de suas funções perante a sociedade, e não apenas a partir da apreciação de sua dimensão lógico-positiva (BOBBIO, 2007, *passim*).

Não alheio a esse fenômeno, também o Direito Penal deixou de ser pensado e concebido a partir de ideais de pureza objetivo-estrutural para passar a ser influenciado, especialmente em sua construção dogmática, por considerações relativas às suas funções sociais, tendo-se iniciado, sobretudo na Alemanha, uma onda de questionamentos ao modelo dogmático então vigente (BUSATO, 2015, pp. 232-239). De fato, sendo construído sobre os baldrames do Finalismo de Hans Welzel, uma corrente sistemática de núcleo ontológico, o pensamento dogmático-penal da época acabou observando, em decorrência desse rebrandamento axiológico, a proposição de significativas releituras acerca de suas formulações conceituais, denominando-se de funcionalistas as vertentes do pensamento jurídico oriundas desse novo recorte filosófico (*Id, Ibid*, p. 232-239).

Nesse contexto, tem o presente artigo o objetivo de analisar os efeitos de um específico modelo de funcionalismo, o modelo do professor alemão Claus Roxin, sobre a construção dogmática do Direito Penal, notadamente em relação às alterações provocadas no terceiro substrato do conceito analítico de crime, que, sob o prisma finalista,

era formado somente pela culpabilidade.

Para tanto, por meio de um processo de revisão bibliográfica, investigar-se-ão, de início, as circunstâncias do surgimento das teorias funcionalistas no âmbito das ciências criminais; posteriormente, analisar-se-á especificamente o arquétipo de funcionalismo desenvolvido por Claus Roxin, identificando-se, nos termos da sua concepção, as funções centrais do Direito Penal e as suas consequências sobre a demarcação das finalidades da pena; por fim, estudar-se-ão as mudanças engendradas pela sua teoria na construção da dogmática penal, centralizando-se a referida análise nas alterações efetivadas sobre a terceira estrutura do conceito analítico de crime.

2 O SURGIMENTO DAS TEORIAS FUNCIONALISTAS NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL

Segundo Cézaro Roberto Bitencourt, as fases inaugurais do desenvolvimento epistemológico do Direito Penal se caracterizaram por um pretense purismo metodológico em sua edificação dogmática, distinguindo-se o neokantismo pelo conteúdo valorativo de seus conceitos jurídicos, e o finalismo, por uma construção teórica de caráter eminentemente ontológico. (BITENCOURT, 2017, p. 132). De fato, as bases dogmáticas do Direito Penal, anteriormente construídas sobre o cientificismo positivista do sistema clássico, foram reorientadas por ideias de matiz neokantista no começo do século XX (BONFIM; CAPEZ, 2004, p. 537), realizando-se o enxerto de elementos dotados de carga valorativa no conceito analítico de crime (DOS SAONTOS, 2014, p. 85); posteriormente, com o advento do finalismo de Hans Welzel, centralizou-se a edificação do discurso dogmático em fundamentos lógico-objetivos, estruturando-se a compreensão dos conceitos jurídico-penais por meio da perquirição de suas bases ontológicas. (CAMARGO, 2002, pp. 36-37).

Reconhecendo vícios e virtudes em ambas as vertentes doutri-

nárias, determinadas teorias pós-finalistas intentaram efetivar, sem rechaçar o ecletismo metodológico, uma harmonização entre concepções sistemáticas axiológicas e lógico-reais. (BITENCOURT, 2017, p. 132). Dentre as correntes conciliatórias surgidas na segunda metade do século XX, destacaram-se as funcionalistas, de base sociológica, que buscaram submeter os conceitos ontológicos da ortodoxia finalista a um filtro valorativo delimitado pelos propósitos utilitários ou funcionais do Direito Penal. (BUSATO, *op. cit.*, pp. 234-239). Fez-se aflorar, portanto, com inovada roupagem material, o espectro normativista previamente estadeado por neokantistas na Teoria Geral do Delito, apartando-se da dogmática penal o emprego exclusivo de elementos estruturais lógico-objetivos. (ARAÚJO, 2014, p. 83).

Sobre a relação das teorias funcionalistas com as anteriores concepções dogmáticas, Luís Greco assevera:

São retomados, portanto, todos os avanços imorredouros do neokantismo: a construção teleológica de conceitos, a materialização das categorias do delito, [...]. Os conceitos são submetidos à funcionalização, isto é, exige-se deles que sejam capazes de desempenhar um papel acertado no sistema, alcançando consequências justas e adequadas. (GRECO, 2000, pp. 120-163).

De fato, com o advento do normativismo funcionalista, admitiu-se, na argumentação jurídico-dogmática, a inclusão de elementos de carga valorativa de viés utilitário (*Id, Ibid*, pp. 120-163), assumindo-se a relevância do papel missionário do Direito Penal como subsistema social. (ARAÚJO, *op. cit.*, p. 83). Sob essa perspectiva, portanto, o Direito Penal deixou de ser compreendido e construído por meio de uma matriz teórica fundamentalmente ontológica, como a finalista, para então concretizar a sua sistematização conceitual com base no reconhecimento e no estabelecimento de suas funções cardeais.

3 A ABERTURA VALORATIVA DO SISTEMA PENAL A FINALIDADES POLÍTICO-CRIMINAIS PREVENTIVAS: O FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO DE CLAUS ROXIN

Dentre os vários arquétipos de funcionalismo surgidos na Alemanha do pós Segunda Guerra Mundial, encontra-se o modelo teleológico de Claus Roxin, conforme o qual as finalidades político-criminais de uma sociedade devem orientar a construção de sua dogmática penal. (ARAÚJO, *op. cit.*, p. 84). De acordo com Cézár Roberto Bitencourt, o sistema elaborado pelo professor alemão prescreve que a compreensão de qualquer conceito da Teoria Geral do Delito deve passar por um filtro de valoração político-criminal, edificando-se, sobre essa apreensão funcionalmente determinada, a definição estrutural de cada elemento da concepção analítica do crime. (BITENCOURT, *op. cit.*, p. 133).

Elucidando a lição estadeada, Luís Greco aduz:

O que caracteriza o sistema de ROXIN é a sua tonalidade político-criminal. Já em 1970, dizia esse autor ser incompreensível que a dogmática penal continuasse a ater-se ao dogma liszteano, segundo o qual o direito penal é a fronteira intransponível da política criminal. Política criminal e direito penal deviam, isso sim, integrar-se, trabalhar juntos, sendo este muito mais “a forma, através da qual as valorações político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica”. Logo, o trabalho do dogmático é identificar que valoração político-criminal subjaz a cada conceito da teoria do delito, e funcionalizá-lo, isto é, construí-lo e desenvolvê-lo de modo a que atenda essa função da melhor maneira possível. (GRECO, *op. cit.*, 120-163).

Apesar de abdicar de uma construção teórica centralizada na exegese do direito positivo ou em estruturas puramente lógico-reais, não recai a teoria de Claus Roxin em um relativismo axiológico ilimitado ou em um normativismo extremo, comutando, em verdade, a imprecisão das valorações neokantianas por uma estimação valorativa

de natureza estritamente político-criminal. (*Id, Ibid*, p. 120-163). Por esse motivo, revela ser o funcionalismo teleológico um amálgama entre ontológico e axiológico (*Id, Ibid*, p. 120-163), permitindo-se-lhe a adjetivação de moderado.

No contexto de definição das diretrizes de política criminal responsáveis pela abertura valorativa do sistema, Claus Roxin aponta como função essencial do Direito Penal a proteção subsidiária dos bens jurídicos mais importantes para a coletividade (ARAÚJO, *op. cit.*, p. 84), centralizando a construção de sua teoria em torno do aprimoramento da defesa da sociedade contra a prática de atos delituosos. Segundo Luís Greco, ao fazer esse recorte axiológico, o professor alemão outorga à penalidade de natureza criminal o reconhecimento de pretensões essencialmente preventivas, ou seja, de pretensões referentes à proteção futura de bens jurídicos. (GRECO, *op. cit.*, 120-163). Com efeito, por meio da construção de um sistema inteiramente orientado para a defesa dos bens jurídicos mais importantes para a coletividade, impõe-se à sanção penal, por dedução lógica, um sentido fundamentalmente utilitário, não se lhe concebendo a imposição em caso de inutilidade quanto à prevenção de novos delitos.

Sobre o tema, assevera Luís Greco:

A teoria dos fins da pena adquire portanto valor basilar no sistema funcionalista. Se o delito é o conjunto de pressupostos da pena, devem ser estes construídos tendo em vista sua consequência, e os fins desta. A pena retributiva é rechaçada, em nome de uma pena puramente preventiva, que visa a proteger bens jurídicos operando efeitos sobre a generalidade da população (prevenção geral) ou sobre o autor do delito (prevenção especial). (*Id, Ibid.*, p. 120-163).

Sob a perspectiva do funcionalismo teleológico de Claus Roxin, prevenção geral e prevenção especial constituem as finalidades justificantes da punição criminal, devendo a sua imposição, em nome da proteção de bens jurídicos, projetar efeitos tanto sobre a sociedade

quanto sobre o apenado. (ROXIN, 1997, p. 95). O professor alemão, todavia, rejeita medidas de prevenção especial negativa, responsáveis pela neutralização do indivíduo, aderindo, nesse aspecto, somente à finalidade preventiva especial positiva da pena, pela qual se busca a ressocialização não forçada do infrator. (BITENCOURT, *op. cit.*, p. 167). Já em relação aos efeitos da pena sobre a sociedade, Claus Roxin mescla aspectos de prevenção geral negativa com elementos de prevenção geral positiva, reconhecendo, na punição criminal, além de uma capacidade intimidatória, a aptidão para acentuar a fidedignidade da sociedade na eficácia das normas penais e, conseqüentemente, para propiciar o correto funcionamento do sistema jurídico de pacificação social. (*Id. Ibid.*, p. 167).

Além disso, ao demarcar, como função central do Direito Penal, a tutela subsidiária de bens jurídicos, o professor alemão aparta ideais retributivos do discurso de justificação da sanção criminal (ARAÚJO, *op. cit.*, p. 84-85), já que a mera retribuição punitiva não protege, mas sim viola, ainda que de forma legal, bens jurídicos do apenado. De fato, ainda que represente uma das formas de uso legítimo da força em sociedade, a aplicação de uma sanção penal válida, como o fuzilamento, a prisão ou a multa, importa invariavelmente um ato de violência contra algum ou alguns dos mais relevantes bens jurídicos do indivíduo, como a vida, a liberdade e o patrimônio.

Nesse contexto, tendo o sistema penal por escopo a defesa de bens jurídicos, somente se revela justificável o emprego do direito criminal sancionador se o seu potencial efeito protetivo mostrar-se capaz de superar o seu inerente efeito violador, o que pode ser cotejado pela análise da aptidão da punição em prevenir novos delitos. Desse modo, ao revelar-se incapaz de legitimar o emprego do direito penal em um sistema fundamentalmente orientado para a proteção de bens jurídicos, deve-se rechaçar a aplicação de sanções cujas finalidades sejam meramente retributivas, construindo-se o modelo dogmático de Claus Roxin a partir das necessidades preventivas da pena.

4 A PROJEÇÃO DAS FINALIDADES PREVENTIVAS DA PENA SOBRE A TEORIA GERAL DO DELITO: A RESPONSABILIDADE

Engendrando a funcionalização do sistema criminal, Claus Roxin projetou a proteção de bens jurídicos e as suas conseqüentes considerações preventivas, inerentes à Teoria Geral da Pena, sobre a construção dogmática do Direito Penal, reorientando a formulação normativa dos elementos da Teoria Geral do Delito, os quais, até então, encontravam o seu embasamento filosófico no ontologismo finalista de Hans Welzel. Segundo Luís Greco, apesar de essa reabertura valorativa incidir sobre toda a construção dogmática do Direito Penal, “a categoria do delito que mais fortemente vem sendo afetada pela ideia da prevenção é a culpabilidade”. (GRECO, *op. cit.*, p. 120-163).

De fato, por não ter sido o sistema de Hans Welzel construído a partir de elementos valorativos (como o imperativo de proteção de bens jurídicos), a culpabilidade finalista, conceituada como o “juízo de reprovação pessoal que recai sobre a conduta daquele que praticou um injusto penal” (CARLOS; FRIEDE, 2015, p. 285), restava suficiente para justificar a aplicação de uma sanção ao autor de um fato típico e ilícito; contudo, sob o prisma de um Direito Penal funcionalizado para a proteção de bens jurídicos e, conseqüentemente, desprovido de qualquer caráter retributivo, a mera reprovabilidade do comportamento desvirtuado revela-se insuficiente para a validação racional do discurso de justificação da pena, fazendo-se necessária, como visto, a constatação de uma necessidade preventiva em sua imposição. (GRECO, *op. cit.*, p. 120-163).

Sobre o tema, Luís Greco assevera:

ROXIN não descarta a idéia de culpabilidade, valendo-se dela como elemento limitador da pena. Porém, a culpabilidade, por si só, seria incapaz de fundamentar a pena num

direito penal não retributivista, e sim orientado exclusivamente para a proteção de bens jurídicos. Daí porque é necessário acrescentar à culpabilidade considerações de prevenção geral e especial. [...] Será necessário o concurso tanto da culpabilidade como de necessidades preventivas para que se torne justificada a punição. (*Id, Ibid*, p. 120-163).

Com efeito, ainda que reconhecida a reprovabilidade comportamental do autor de um fato típico e ilícito³, não se justifica, sob a perspectiva de um Direito Penal orientado para a proteção de bens jurídicos, a imposição de uma sanção incapaz de lhes prevenir novas violações, fazendo-se necessária, para a validação do exercício do poder punitivo estatal, uma formulação dogmática capaz de considerar a utilidade preventiva da punição criminal. Nesse contexto, desenvolvendo a Teoria Geral do Delito sob o prisma do funcionalismo teleológico, Claus Roxin acresce à armação conformacional do crime as finalidades preventivas da pena, alocando-as ao lado da culpabilidade em seu terceiro compartimento estrutural, o qual, após a referida cumulação, batiza de responsabilidade. (BITENCOURT, *op. cit.*, p. 476).

Elucidando essa nova formulação dogmática, Luís Greco aduz:

Culpabilidade e necessidades preventivas passam a integrar o terceiro nível da teoria do delito, que ROXIN chama de “responsabilidade” (*Verantwortlichkeit*). A responsabilidade depende de dois dados, que devem adicionar-se ao injusto: a culpabilidade do autor, e a necessidade preventiva de intervenção penal, que se extrai da lei. (GRECO, *op. cit.* p. 120-163).

No mesmo sentido, assevera Fábio Roque da Silva Araújo:

Na concepção roxiniana, então, o crime seria entendido como ação típica e antijurídica, acrescida da ideia de

³ Neste artigo, tomar-se-ão a tipicidade e a antijuridicidade (ou ilicitude) como os dois primeiros substratos do conceito analítico de crime.

responsabilidade, que, por seu turno, seria constituída da culpabilidade e das finalidades preventivas. [...] Ao trabalhar com o conceito de responsabilidade, Roxin transplanta para a teoria do delito noções que são próprias da teoria das consequências jurídicas do crime. [...] para Roxin, a culpabilidade, por si só, não se mostrará suficiente, na medida em que será necessário aferir a necessidade de pena, o que se faz com a perspectiva de prevenção, que jamais pode ser afastada. (ARAÚJO, *op.cit.*, p.87).

Desse modo, ao designar a defesa dos bens jurídicos mais relevantes para a coletividade como vetor de orientação do sistema e ao exigir, conseqüentemente, a observação de necessidades preventivas na justificação da sanção penal, o funcionalismo teleológico de Claus Roxin reformula toda a compreensão dogmática do Direito Penal, fazendo o terceiro substrato do crime deixar de se fundamentar somente na reprovabilidade do agente, como ocorria no modelo finalista de Hans Welzel, para então passar a se construir pela junção das necessidades preventivas da pena com a culpabilidade em um único conceito: a responsabilidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como aquilatado na presente pesquisa, na segunda metade do século XX, teorias funcionalistas surgiram como correntes dogmáticas pós-finalistas, conciliando formulações conceituais neokantistas, de matriz axiológica, e finalistas, de base lógico-real. Observou-se então que, a partir do reconhecimento e do estabelecimento das funções cardeais do Direito Penal, tais teorias passaram a reorientar a construção da Teoria Geral do Delito, submetendo os conceitos eminentemente ontológicos do finalismo então dominante a um filtro valorativo advindo de suas considerações utilitárias. Em seguida, analisou-se especificamente a proposta funcional teleológica de Claus Roxin, responsável por engendrar a abertura valorativa do sistema penal a finalidades político-criminais, reconhecendo-se, no

núcleo das referidas finalidades, o imperativo de proteção dos bens jurídicos mais importantes para a coletividade.

Como consequência do estabelecimento dessa diretriz político-criminal, notou-se, na sanção de natureza criminal, o afloramento de pretensões essencialmente preventivas, rechaçando-se ideais retributivos do seu discurso de justificação. Efetivamente, em um sistema orientado para a proteção de bens jurídicos, a mera retributividade da pena, decorrente do reconhecimento da reprovabilidade da conduta do indivíduo, revela-se incapaz de legitimar o exercício do poder punitivo do Estado, fazendo-se cogente a percepção da necessidade da punição. Percebeu-se então que, por esse motivo, Claus Roxin deu início à edificação de uma sistematização dogmática capaz de abarcar as considerações preventivas da pena na conformação analítica do crime, alocando-as em seu terceiro substrato, que deixou de ser constituído somente pela culpabilidade, fundada na reprovabilidade do agente, para dar lugar a um conceito formado pela junção desses elementos.

Observou-se, portanto, no presente artigo, a funcionalização da argumentação dogmática gerada por Claus Roxin a partir da combinação de considerações de ordem preventiva, próprias da Teoria Geral da Pena, com elementos conceituais da Teoria Geral do Delito, exigindo-se, para a justificação do exercício do poder punitivo do Estado, não apenas a mera reprovabilidade do agente, mas também a efetiva aptidão da pena em favorecer a defesa de bens jurídicos, o que, nesse contexto, acabou originando uma significativa reformulação na compreensão analítica do crime: a substituição do conceito finalista de culpabilidade pelo conceito funcionalista de responsabilidade.

THE EFFECTS OF CLAUS ROXIN'S TELEOLOGICAL FUNCTIONALISM ON CRIMINAL DOGMATICS: FROM CULPABILITY TO RESPONSIBILITY

ABSTRACT

Identifying the influence of post-World War II functionalist theories on criminal law, this scientific article analyzes the effects of Claus Roxin's teleological functionalism on criminal dogmatics, centering its efforts on the study of the third element of the systematic concept of crime. In order to do so, through a bibliographic review, it initially investigates the circumstances of the emergence of functionalist theories in criminal sciences; afterwards, it analyses Claus Roxin's functionalist model, identifying the essential functions of the criminal system and its consequences on the outlining of punishment purposes. Finally, it studies the modifications generated by this theory on criminal dogmatics, especially on the passage from the finalist concept of culpability to the functionalist concept of responsibility.

Keywords: *Teleological functionalism. Culpability. Responsibility.*

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Fabio Roque da Silva. **Culpabilidade, livre-arbítrio e neurodeterminismo: os reflexos jurídico penais da revolução neurocientífica.** Tese de Doutorado, 197f. Universidade Federal da Bahia. 2014.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** Vol. 1 - Parte Geral, 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função:** novos estudos de teoria do Direito. Apresentação de Celso Lafer. 1. ed. Barueri: Manole, 2007.
- BONFIM, Edilson Mougénou; CAPEZ, Fernando. **Direito penal:** parte geral 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2004.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal:** parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves de. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CARLOS, André; FRIEDE, Reis. **Teoria Geral do Delito**: Primeiras Lições. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora. 2015.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral. 6. ed. atualizada e ampliada. Curitiba: ICPC. 2014.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito – Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal” de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 120-163, out./dez. 2000.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**, parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción y notas por Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. 1. Ed. Madrid: Civitas, 1997.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica jurídica**. Coleção saberes do direito, v. 60, 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

La necesidad de optimizar la normativa relativa al recupero de los bienes en la república argentina, como medio más eficaz para combatir la delincuencia organizada¹

Gonzalo Martín Serrano Guillot²

RESUMO

Si caracterizamos al actual sistema de administración de justicia en la República Argentina, respecto de la persecución de delitos complejos, son altos sus niveles de ineficacia y la incapacidad de llegar a las cabezas de las organizaciones criminales. Si bien es cierto que existe una tendencia a pensar que la única forma de resolver un caso de criminalidad es a través de la persecución, que busca encarcelar al autor de la conducta ilícita, en los delitos de criminalidad económica esto prácticamente no se cumple, porque hay pocas condenas y escasean las medidas orientadas a reparar el perjuicio producido. En este sentido, entiendo que el recupero de activos es una de las principales herramientas de política criminal diseñadas en los últimos tiempos para contrarrestar, principalmente, a esta clase de delitos económicos. Sustancialmente, su principal función es impedir que los bienes ilícitos sean reinvertidos en mercados prohibidos o incorporados a la economía formal. Por eso, resulta sumamente necesario que los estados empleen políticas para incidir sobre esta clase de bienes, tales como la sanción de una ley de extinción de dominio.

¹ Data de recebimento: 25/02/2019. Data de aceite: 10/05/2019.

² Abogado –Universidad de Morón-, Master en Derecho Penal –Universidad Austral- y Especialista en Crimen Organizado, Corrupción y Terrorismo –Universidad de Salamanca. E-mail: gonzaloserrano@outlook.com

La verdadera lucha contra la delincuencia organizada se debe librar en tres frentes: decomiso, blanqueo de capitales y recuperación de activos y, el objetivo común, debe ser combatir el beneficio económico que genera ese tipo de actividad delictiva.

Palabras claves: *Lavado de dinero. Recupero de activos. Decomiso. Ley de extinción de dominio. Argentina.*

1 ESTADO DE SITUACIÓN EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Desde la sanción de la Ley de Lavado de Activos, en el año 2000 hasta la actualidad, encontramos que hubo escasas condenas por este tipo penal³ en la República Argentina, a razón de menos de una por año.

La región latinoamericana no resulta ser la más efectiva hablando de este delito, máxime teniendo en cuenta el gran desarrollo que han tenido las actividades vinculadas con la producción y el tráfico de estupefacientes, y el posterior blanqueo de capitales.

Sin embargo, en los Estados Unidos, con fuerte legislación en la materia, se han observado relevantes casos en los que resultaron imputados importantes autoridades de los bancos más relevantes del país. En efecto, esta nación conlleva una política de control dura contra estas entidades: desde el año 2009, Credit Suisse, Barclays, Lloyds e ING han pagado grandes multas en virtud de las acusaciones promovidas por distintas Fiscalías, por haber operado con dinero de personas u organizaciones que figuraban en la lista de países sancionados por EEUU.

El mayor ejemplo, fue la sanción al Banco HSBC por su permisividad con criminales de todo el planeta, que empleaban sus servicios bancarios para lavar dinero del narcotráfico mexicano, burlar el

³ Cfr. Mariano Federici –titular de la UIF- en su exposición en la Jornada “Lavado de activos: problemas vinculados a la parte general del Derecho Penal”, organizado por la Cátedra de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Belgrano en el mes de Octubre de 2016.

embargo económico estadounidense a Irán o financiar operaciones terroristas islámicas a través de instituciones financieras en Arabia Saudita. La multa fue de 1900 millones de dólares y, una vez abonada, las autoridades norteamericanas decidieron no presentar cargos criminales. Esto demuestra la fuerte presión que se ejerce sobre los sujetos obligados en otros países y las consecuencias derivadas de la responsabilidad que les cupo.⁴

En este sentido, la problemática vinculada a las escasas condenas y escuetas investigaciones relativas al delito de lavado de activos de origen ilícito en la República Argentina, tiene su razón, entre otros menesteres, en la inexistencia de tribunales especializados en este delito. Al respecto, corresponde mencionar que, actualmente, este tipo penal es de competencia federal, y que los tribunales con jurisdicción para investigarlo, deben lidiar con otros delitos tales como evasiones tributarias, actividades vinculadas con el tráfico de estupefacientes, trata de personas, etc. y, por lo general, no expanden dichas investigaciones a los fines de verificar el patrimonio del imputado y las conductas vinculadas con el blanqueo de capitales; en parte por el gran caudal de trabajo que mantienen cotidianamente y, además, debido a la escasa capacitación en el tema que poseen sus funcionarios y empleados.

2 RECUPERO DE ACTIVOS DE ORIGEN ILÍCITO

La recuperación de activos puede ser entendida como una acción en la que lo único importante es el decomiso, o puede ser pensada como una estrategia compleja, donde actúan los actores que tienen que ver con la producción de información del sistema financiero, donde actúa el sistema anti-lavado y donde se orienta la persecución penal hacia la desarticulación de las redes que ponen en juego el

⁴ Ver noticia "HSBC pagará la mayor multa en EEUU por lavado de dinero" por Yolanda Monge, publicada en el Diario "El País Internacional", el día 11 de diciembre de 2012.

financiamiento de actividades criminales. Como se ha expresado en la introducción de este trabajo, su principal función es impedir que los bienes ilícitos sean reinvertidos en mercados ilícitos o incorporados a la economía formal.

Al respecto, al igual que con las investigaciones vinculadas al delito de lavado de activos de origen ilícito, podemos asegurar que, en la República Argentina, las herramientas con las que cuentan los Tribunales no son las idóneas para asegurar el decomiso de activos de origen ilícito en el marco de los procesos penales y, mucho menos, para encarar investigaciones patrimoniales en las que, posteriormente, puedan recaer condenas.

Sin perjuicio de esto, tanto en el Código Procesal Penal de la Nación y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contamos con diversas medidas cautelares que el magistrado puede adoptar, para asegurar el decomiso de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, de comunicación, etc; siempre que se traten de instrumentos o efectos relacionados con los delitos que se investigan (y a los fines de evitar que los bienes desaparezcan durante la investigación), a través de la inmovilización de los activos involucrados.

Ahora bien, más allá de lo señalado precedentemente, lo cierto es que, durante el transcurso de una investigación, a los efectos de asegurar los bienes ilícitos producto del delito, resulta fundamental encarar una investigación patrimonial, en paralelo con el juicio de responsabilidad penal, que permita llegar con bienes ya identificados, a un eventual juicio oral. Sin embargo, esta no es práctica habitual de los Tribunales, en parte por los motivos anteriormente expresados.

A su turno, si bien es entendible lo engorroso que resulta encarar una investigación en este sentido, muchas veces, es más fácil decretar una inhibición general de bienes, a los efectos de evitar realizar una pesquisa de este tipo (que, es cierto, dilata el trámite del expediente), sin determinar que posea bienes registrables o activos concretos.

Estas prácticas van en contra del recupero de activos y, generalmente, las medidas cautelares se adoptan tarde, con los sujetos involucrados ya anoticiados del proceso, quienes se desprenden de los bienes o los insertan en el circuito legal. Esto genera que, muchas veces, se llegue a juicio sin haber asegurado ningún bien o, al contrario, se termine archivando el expediente, al no ser identificada correctamente la maniobra, como consecuencia de no haber realizado una adecuada investigación patrimonial.

A su vez, conforme surge del Informe de Estado Actual respecto del recupero de activos en casos de corrupción, realizado por la Oficina Anticorrupción, se ha advertido que, en muchos casos, las medidas cautelares decretadas terminaron caducando por el vencimiento de los plazos de las anotaciones registrales de los bienes afectados, debido a la lentitud del trámite de los procesos penales.

Vale recordar que, el decomiso, es la acción, mediante la cual, el estado adquiere la propiedad definitiva del bien que se trata, sea para que finalmente quede en manos del propio estado o de un tercero. La doctrina lo ha definido como: “una forma de extinción de la propiedad privada sobre algunos bienes que, o pasan al patrimonio del Estado, o son destruidos, por razones de orden público, y sin que medie indemnización alguna a favor de los propietarios afectados, a diferencia de lo que sucede con la expropiación”⁵. A diferencia del resto de las medidas cautelares, en las que la persona puede conservar su bien, en el decomiso, la propiedad pasa a estar en cabeza del Estado. Por eso, este constituye un acto fundamental y de suma importancia en cualquier investigación de delitos de criminalidad económica.

El uso del derecho penal para decomisar bienes, ha sido tradicionalmente limitado al de los instrumentos usados para cometer el delito (medida de carácter punitivo) y al de los objetos socialmente peligrosos (medida de carácter preventivo). Las políticas de control

5 Juan Manuel Fernández Aparicio, “El comiso en los delitos urbanísticos”. Jurisprudencia aplicada a la práctica. Revista LA LEY PENAL”.

de lavado de activos actuales, modificaron esto e impulsaron una nueva forma de decomiso dirigida al producto del delito, es decir, a las ganancias o provecho obtenidos con la comisión del delito.

Como principal antecedente, podemos mencionar que la denominada ley RICO (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations) introdujo el concepto en los Estados Unidos, en la década de los años ´70, y lo extendió en el año 1986 cuando criminalizó el lavado de activos.

A fines de la década de los ´80, en plena carrera contra el tráfico de estupefacientes, la Convención de Viena introdujo el decomiso del producto del delito como una herramienta central para reducir el narcotráfico a nivel global. Por esta vía, fue implementado en la mayoría de las legislaciones del mundo y, en los últimos años, su alcance se fue ampliando a prácticamente todos los delitos que producen ganancias.

En la República Argentina, el decomiso es un instituto arraigado en la legislación penal, que fue considerado tradicionalmente por la doctrina y la jurisprudencia como una pena accesoria, dado que, en su concepción original, se dirigía únicamente contra los instrumentos y los efectos del delito.

Así las cosas, en consonancia a lo descripto con relación a las condenas recaídas por el delito de lavado de activos de origen ilícito, el total de decomisos efectuados hasta la actualidad en la República Argentina, ha sido relativamente limitado y las sumas recuperadas, modestas, sobre todo en comparación con los ingresos que obtienen quienes se dedican a la delincuencia organizada (se ha estimado que cada año se pierden entre 1 y 16 billones de dólares y que el dinero saqueado por funcionarios corruptos equivale al PIB anual de los 12 países más pobres del mundo, donde viven 240 millones de personas).

Para paliar esta situación, resultaría importante pensar al decomiso (y al recupero de activos en general) como parte de una opción más amplia de prevención y persecución de fenómenos criminales

complejos. En este sentido, no debe pensarse a este instituto como algo que excluya la pretensión de aplicar penas de prisión. Lo importante es que si se piensa a la criminalidad económica desde una perspectiva de mercado, entonces es fundamental incidir sobre la circulación de activos. Al respecto, el decomiso puede entenderse como una medida fundamental para desarticular mercados criminales y, al mismo tiempo, reparar el daño causal causado.

Como he expresado, el decomiso siempre tuvo poca relevancia en el Código Penal pero, para desarticular organizaciones, hay que privarlos de sus bienes y fortunas obtenidas ilícitamente.

De manera brillante, a mi entender, el Dr. Agustín Carrara –Director del Centro de Investigación para la Prevención de la Criminalidad Económica (CIPCE)- expuso, en una audiencia ante el Senado, la siguiente situación cotidiana, para explicar la postura propuesta: un niño se encuentra jugando con autitos y su hermano, con muñecos, y este le pega al otro con uno de esos autitos y le saca el muñeco. Luego, la madre interviene: le quita el muñeco al agresor y se lo devuelve a la víctima, además, le saca el auto con el que le pego y le deja el resto y, por último, le prohíbe ver televisión. ¿Cuál de todas estas medidas es la que se asimilaría a un castigo?: al sacarle el muñeco, la madre buscó que el bien regresara a su legítimo poseedor y, además, que todos los juguetes que tuviere el agresor, los hubiese obtenido de manera lícita. Es decir, buscó volver al escenario anterior y reparar el daño causado. Además, al quitarle, luego, el auto con el que agredió a su hermano (sin sustraerle los demás), buscó que aquel bien obtenido lícitamente, fuera utilizado de tal forma, porque si le hubiese quitado el resto de los autos, se lo estaría castigando. Por último, la prohibición de ver televisión sí resultaría un castigo o sanción, y lo utilizó para que el niño no repita su conducta, como así también para ejemplificar a sus otros hermanos.

Como puede observarse, esta resulta una interacción tan frecuente en la vida real, que no resulta difícil entender cuándo una medida se

toma con la intención de castigar y cuándo no.

La misma situación podría aplicarse al decomiso, puesto que no se trata de una medida para castigar, sino que se busca que las ganancias ilícitas no rindan beneficios (tal como fuera interpretado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diferentes fallos) y, a su vez, persuadir, a través del patrimonio, a otras personas que intenten realizar actividades similares.

3 NECESIDAD DE QUE SE LEGISLE UNA LEY EXTINCION DE DOMINIO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

A diferencia del decomiso, la extinción de dominio o decomiso civil, es la versión más palmaria del decomiso sin condena, en virtud del cual los bienes entran al patrimonio del Estado, mediante un proceso especial, no necesariamente penal, por el que se pesquisan los bienes de origen delictivo, mediante grupos de inteligencia e investigación especiales. La pérdida de dominio reafirma la aplicación y el reconocimiento del derecho de propiedad, en el entendido de que los bienes adquiridos con capital ilícito no alcanzan legitimidad ni pueden gozar de protección legal. Fue inicialmente incluido en la legislación antimafia italiana de 1965 y luego fue receptado en países de tradición jurídica anglosajona (Estados Unidos, Irlanda, Reino Unido, Australia, entre otros).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos aceptó la compatibilidad de este procedimiento con la presunción de inocencia y el derecho de propiedad en numerosos casos que ha enfrentado Italia y, a su vez, los Tribunales domésticos tampoco han encontrado objeciones constitucionales a este procedimiento.

Uno de los debates más relevantes, por las consecuencias prácticas que derivan de él, es el relativo a si el decomiso del producto del delito debe ser necesariamente regulado como una sanción penal o una acción real, que opere exclusivamente en relación con

el origen de los bienes, con independencia de la acción penal. En el primer caso, si el decomiso del producto, por sus características, solo puede ser regulado como una pena, debe quedar sujeto al sistema de garantías penales, la carga de probar el ilícito de los bienes debe corresponder a la acusación, el decomiso solo podrá ser aplicado por un tribunal de justicia, el imputado tendría derecho de recurrir la decisión, el principio de personalidad de la pena impediría el decomiso en caso de muerte del imputado, y se dificultaría frente a la inexistencia de un aceitado sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En cambio, si es regulado como acción real, podría ser sujeto a los estándares probatorios y a los principios de los procedimientos administrativos o civiles. La distribución de la carga de la prueba sería más favorable al Estado, el decomiso podría ser aplicado por una autoridad diferente de un tribunal de justicia, procedería contra personas jurídicas con independencia de su responsabilidad penal, no dependería de la presencia del imputado en juicio, operaría contra herederos y el Estado tendría una mayor fuerza investigativa frente a propiedades ubicadas en el exterior.

Los autores que hablan de extinguir, por vía de una acción real autónoma, el derecho sobre propiedades que hayan sido mal habidas por efecto de actos de corrupción o incumplimiento de los deberes de funcionario, lo fundamentan en orden a salvaguardar la concepción social y el interés general de la comunidad.

Comparando este instituto con la normativa vigente en la República Argentina, se puede remarcar que la ley modelo sobre extinción de dominio parte de la premisa que la finalidad y justificación de esta medida reside en la protección de la propiedad privada, dado que estamos ante bienes de origen ilícito. Sin embargo, el Art. 23 del Código Penal, hace hincapié en la finalidad pública, social y reparadora del decomiso, al delinear el destino que deben tener esos bienes, de la siguiente manera:

(...) si el bien decomisado tuviere valor de uso o cultural para algún establecimiento oficial o de bien público, la autoridad nacional, provincial o municipal respectiva podrá disponer su entrega a esas entidades. Si así no fuere, y tuviera valor comercial, aquella dispondrá su enajenación. Si no tuviera valor ilícito alguno, se lo destruirá.

La República Argentina, al día de la fecha, no cuenta con una ley de extinción de dominio, a pesar de haber rubricado diversos pactos internacionales que nos obligan en ese sentido, a saber: la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (ley 24.072), la Convención Interamericana contra la Corrupción (ley 24.759), la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional y protocolos complementarios (ley 25.632), la Convención Interamericana contra el Terrorismo (ley 26.023) y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (ley 26.024).

Regular una ley de extinción de dominio, por otra vía que no esté atada al proceso penal, ni a la imposibilidad de juzgar al imputado, que solo dependa de demostrar ilicitud del origen de los bienes, mediante indicios vehementes y suficientes de su ilicitud decomiso como algo separado de una sanción penal, no implica de ninguna manera que no vaya a existir sentencia o proceso donde pueda ejercer defensa y, a su vez, resulta de vital importancia para impedir que los fondos puedan utilizarse para financiar otras actividades ilícitas e incidiría en que el delito no resulte provechoso.

Las actividades de lavado de activos de origen ilícito se encuentran en plena expansión y los tribunales no dan abasto para poder afrontarlas con la seriedad que ello implica y, gran parte de esto, se debe a que las gestiones gubernamentales y parlamentarias no han tomado real dimensión de la problemática, no solo como política criminal, sino también a nivel macroeconómico, debido a la gran cantidad de dinero ilícito que acarrea esta actividad ilícita y que el Estado deja de percibir.

A mi entender, lo más importante radica en dejar de pensar que el único camino a tomar en las pesquisas en las que se investiga este delito, es el de la persecución y enjuiciamiento del culpable y, a su vez, diseñar mejores políticas para asegurar el decomiso de los bienes.

Tal como lo he expresado en párrafos anteriores, se debe pensar a la criminalidad económica desde una perspectiva de mercado y, a partir de ello, incidir sobre la circulación de activos. Por eso, entiendo que el decomiso resulta una diligencia fundamental para desarticular mercados criminales y, al mismo tiempo, reparar el daño causal causado.

La recuperación de activos en Argentina siempre fue un tema muy discutido y su incorporación en la agenda pública tuvo que atravesar diferentes resistencias durante más de dos décadas. Por eso, considero sumamente importante para nuestro país desarrollar una estrategia que reorganice la persecución de la criminalidad económica y la corrupción en función del empleo de mecanismos de recuperación de activos de origen ilícito. Si hay un elemento central en la caracterización del sistema de administración de justicia respecto de la persecución de delitos complejos, es su alto nivel de ineficacia y, especialmente, la gran incapacidad para perseguir poderosos vinculados a las finanzas, al poder económico y a las redes de articulación de ilegalidades entre poder económico y poder político. En Argentina, el delito económico es sinónimo de impunidad, privilegio y los códigos y reglas procesales que deberían ser reformados (el desarrollo de las políticas de recuperación de activos va de la mano con la necesidad de la reforma de la justicia federal).

4 CONCLUSIONES

Regular una ley de extinción de dominio en la República Argentina, por otra vía que no esté atada al proceso penal, ni a la imposibilidad de juzgar al imputado, que solo dependa de demostrar ilicitud del

origen de los bienes, mediante indicios vehementes y suficientes de su ilicitud decomiso como algo separado de una sanción penal; no implica de ninguna manera que no vaya a existir sentencia o proceso donde pueda ejercer defensa y, a su vez, resulta de vital importancia para impedir que los fondos puedan utilizarse para financiar otras actividades ilícitas e incidiría en que el delito no resulte provechoso.

La experiencia italiana ha demostrado que, para una mayor eficacia en la lucha contra la delincuencia organizada, es necesario implementar en el plano judicial al menos tres instrumentos: un Ministerio Público autónomo del poder político, una ley de extinción de dominio y una legislación para delincuentes arrepentidos.

Por lo expuesto, entiendo que son los miembros del Congreso –y no el Poder Ejecutivo, a través de un decreto– quienes deberán definir si, de una vez por todas, podrán dotar a los tribunales federales de herramientas realmente eficientes, con miras a combatir y repeler el lavado de activos de origen ilícito –con la dificultad que ello acarrea–, dotándolos de un adecuado régimen de extinción de dominio y repatriación de bienes que, con sus virtudes y defectos, ha demostrado ser el recurso más idóneo al respecto, dado que la verdadera lucha contra la delincuencia organizada se debe librar en tres frentes: comiso, blanqueo de capitales y recuperación de activos y que, el objetivo común, es combatir el beneficio económico que genera ese tipo de actividad delictiva.

**THE NEED TO OPTIMIZE REGULATIONS
REGARDING THE RECOVERY OF ASSETS IN THE
ARGENTINE REPUBLIC, AS THE MOST EFFECTIVE
MEANS TO COMBAT ORGANIZED CRIME**

If we characterize the current system of administration of justice in the Argentine Republic, regarding the prosecution of complex crimes, their levels of inefficiency and inability to reach the heads of criminal organizations are high. While it is true that there is a tendency to think that the only way to solve a crime case is through persecution, which seeks to imprison the perpetrator of the illegal conduct, in the crimes of economic crime this is practically not met, because there are few convictions and there are few measures aimed at repairing the damage caused. In this sense, I understand that the recovery of assets is one of the main criminal policy tools designed in recent times to counteract, mainly, this type of economic crime. Substantially, its main function is to prevent illicit assets from being reinvested in prohibited markets or incorporated into the formal economy. Therefore, it is extremely necessary that states use policies to influence this type of property, such as the sanction of a law of extinction of ownership. The real fight against organized crime must be waged on three fronts: confiscation, money laundering and asset recovery and that, the common goal is to fight against the economic benefit generated by this type of criminal activity.

Keywords: *Money laundering. Asset recovery. Confiscation. Domain extinction law. Argentina.*

REFERENCIAS

APARICIO, Juan Manuel Fernández. “El comiso en los delitos urbanísticos”. Jurisprudencia aplicada a la práctica. **Revista LA LEY PENAL**.

FEDERICI, Mariano. **Lavado de activos: problemas vinculados a la parte general del Derecho Penal**. Belgrano: Cátedra de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Belgrano, Octubre de 2016.

MONGE, Yolanda. HSBC pagará la mayor multa en EEUU por lavado de dinero. **El País Internacional**. España, 2012.

El por qué de las máximas de la experiencia en la experiencia jurídica nacional e internacional - Tensión entre la Política y el Derecho: ¿Qué hacer?¹

Miguel Angel Villalobos Caballero²

RESUMEN

En el presente ensayo se propone realizar un breve estudio sobre las máximas de la experiencia jurídica en general, esto es, su concepto, su doctrina, sus avances, y, su lugar adecuado en la valoración de la prueba, para lo cual servirá el análisis de algunos casos, y, su posible aplicación como reto de la justicia, al tener que afrontar una fuerte y permanente tensión entre Política y Derecho, como por ejemplo, el indulto presidencial dado en nuestro país, que más que representar un acto meramente facultativo de poder de un Presidente de la República, debió adecuarse a un mundo jurídico contemporáneo, que no solo dicta leyes, reglas, decretos, u otros

1 Data de recebimento: 17/03/2019. Data de aceite: 10/05/2019.

2 Miguel Angel Villalobos Caballero (Callao - Perú), es Abogado por la Universidad Nacional de Mayor de San Marcos y Fiscal Superior Penal titular en Perú, con más de veintitrés años de experiencia como funcionario público a nivel nacional, para lo cual se ha desempeñado como Fiscal en lucha contra el Terrorismo, Fiscal Ad hoc, Fiscal en Derechos Humanos en casos de la CVR y últimamente condecorador en grado de apelación como Fiscal de casos de Criminalidad Organizada. Tiene buena experiencia académica para lo cual cuenta con un Máster en Derecho en Magistratura Contemporánea por la Universidad de Jaén - España. Siendo catedrático de Filosofía del Derecho y Litigación Oral en la Universidad Continental, y, con experiencia como Docente de la Academia de la Magistratura dicta diversos cursos de Derecho. Ha escrito como columnista por varios años en medios de opinión y como obras de Filosofía del Derecho tiene que el año 2004 escribió "La Finalidad del Derecho"; en el año 2010 "El Derecho como reflexión filosófica" y en el año 2019 "La Justicia como valor supremo del Derecho Internacional". Fue seleccionado en Diciembre del 2018, en un evento en Cádiz - España, organizado por el Consejo General del Poder Judicial Español. El 2019 está dictando conferencias y cursos, siendo el último, "Ética de la Magistratura" para el ascenso de magistrados de la Amag. Con visitas académicas en San Juan de Puerto Rico, California - Estados Unidos de Norteamérica, Chile, Argentina, Colombia, España e Italia. E-mail: boss.villalobosch@gmail.com

disposiciones normativas a voluntad, sino, que debe asumir razones válidas – también equilibradas y hasta de sentido común – , y, sustentarse en una argumentación jurídica contemporánea, eficiente y en especial en una justificación conforme al ordenamiento jurídico nacional (al espíritu constitucional) e Internacional (al espíritu de los convenios mundiales), más allá de un puro deseo político, que en muchas oportunidades se inclina a “lo conveniente” , “lo útil”, dejando de lado a “lo justo” como criterio de decisión, lo que puede acarrear impunidad en la condena, o, también en la ejecución de la condena, no hay que olvidar que todos hacemos política en cierta forma, al decir de Aristóteles, y, siendo el Presidente de la República el primer político de la Nación, aquí o en cualquier nación, debe portarse como tal, pero encaminado al respeto no solo a la Constitución de su país, sino, a las normas éticas y jurídicas internacionales. Por lo que este ensayo procura ser una reflexión jurídica filosófica de cómo las máximas de la experiencia pueden ser aplicadas en diversas circunstancias en bien de la verdad y en bien de la solución de aquellos casos, que pueden ser considerados espinosos.

Palabras clave: *Máximas de la experiencia. Indulto presidencial. Ordenamiento jurídico nacional e internacional. Deseos políticos.*

1 INTRODUCCIÓN

Una de las ventajas de aquellos que pertenecemos al mundo jurídico es el poder observar, analizar y reflexionar sobre el sistema jurídico de cerca, así, en el Perú no solo es un problema la manera vertiginosa con que se ha desatado el crimen organizado – cada vez con mayor incidencia – , o, la corrupción que se ha enquistado entre otros, en las altas esferas de la Corte Suprema³, cuyas investigaciones

³ A raíz de unos escandalosos hechos de corrupción e inseguridad ciudadana que afectan la Paz, la Seguridad Jurídica y la Justicia en el Perú, así como la desestabilidad de uno de los organismos constitucionales, como es el Consejo Nacional de la Magistratura ha provocado diversos intentos de

mejora por varios sectores comprometidos por una mejor Justicia, allí están: la creación de la Comisión Consultiva denominada: “Comisión de Reforma del Sistema de Justicia”, dependiente de la Presidencia de la República, publicada en las normas legales del Diario El Peruano, mediante resolución suprema N° 142-2018-PCM de fecha 12 de julio del 2018, ello tiene por objeto proponer medidas urgentes y concretas para reformar el Sistema de Justicia a fin de aportar a la construcción de una justicia eficaz, oportuna, transparente, eficiente e incorruptible; la creación de la Junta Nacional de Justicia (antes Consejo Nacional de la Magistratura), mediante la Ley N° 30904 publicada en el Diario El Peruano, el 10 de Enero del 2019: “Ley de Reforma Constitucional sobre la Conformación y Funciones de la Junta Nacional de Justicia” que modifica los artículos 154, 155 y 156 de la Constitución Política del Perú de 1993; la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 401-2019-MP-FN publicado en el Diario El Peruano con fecha 26 de febrero del 2019, en la que oficializan la declaración de emergencia del Ministerio Público por el plazo de 60 días y aprueban otras disposiciones, en la que fundamenta entre otras, que “(...) en la percepción ciudadana, la corrupción y la delincuencia común son los males que frustran nuestro desarrollo como personas y como país. Nuestra historia muestra, lamentablemente, evidencias de que la corrupción no es algo esporádico sino más bien, un elemento sistemático, enraizado en las estructuras centrales de la sociedad” (...) “Si bien, en general, el delito representa la negación de los derechos, la ruptura del compromiso social de la convivencia social pacífica, pues afecta el proyecto de vida del ciudadano individualmente considerado; tal efecto crece a niveles exponenciales cuando el delito toma forma de corrupción; pues éste se constituye en un proceso degenerativo que trastoca la función natural de las instituciones, instrumentalizándolas para la satisfacción de intereses personales o de grupo; destruyendo los dos elementos constitutivos de nuestro sistema democrático: el carácter representativo de nuestro sistema político y el ideal de sujeción a la ley para todos los poderes del Estado.”, este razonamiento institucional del Ministerio Público, tiene a su vez fundamento en instrumentos jurídicos internacionales, entre ellos: La Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) de la cual es parte el Perú desde 1997 y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (INCAC) vigente desde el 2005; además de la Política del Estado N° 26 sobre la Promoción de la ética y la transparencia y erradicación de la corrupción, lavado de dinero, la evasión tributaria y el contrabando, adoptado por el Acuerdo Nacional; las recomendaciones sobre Integridad para el buen gobierno de América Latina y el Caribe: Un Plan de Acción de OCDE referidas a “reforzar el control y la auditoria internos y externos y mejorar la confianza en el sistema mediante mecanismos eficaces.” Cabe precisar, que existen en Perú varios intentos de reforma judicial, y, tal vez, seguirán “la formula de la reforma de las reformas judiciales”, mientras tanto, pensamos que la Justicia siempre se le ha querido reformar por muchos años, con instancias menores, como es la Justicia de Paz, pero pensamos, que la gran reforma es la misma Corte Suprema, de quien sería mejor su descentralización, a fin de eliminar lobbies de la capital, y, a su vez, como un gesto al ciudadano de democratizar efectivamente la Justicia en nuestro país a nivel nacional, así: “para mayor ilustración tenemos el siguiente diseño: CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA: Con sede en Lima, encargado únicamente de elaboración de Políticas Jurisdiccionales, integrada no solo por Abogados, sino por Economistas, Sociólogos y otros especialistas. Una función no jurisdiccional sino de estrategias y habilidades de gestión para cumplir con los fines de una Nueva Justicia Nacional (Una de las críticas del Postmodernismo al Modernismo es la falla del Sistema Clásico (Modernismo) de lo que entendemos por Justicia, que es igual según concepto ciudadano latinoamericano a anquilosamiento o imposibilidad), designado por el Consejo Nacional de la Magistratura (ahora, Junta Nacional de Justicia), para lo cual entre los requisitos que se les fije al profesional, es que se le incorpore por su brillo y trayectoria ética. Social y profesional. Definitivamente, se debe ubicar en un local distinto al actual (Posibilidad de un Museo de la Justicia, a fin de que en nuevo local, sea un nuevo Paradigma de lo que se espera por Nueva Justicia). SUPREMAS DE JUSTICIA: Integrada por vocales Supremos (Jueces Supremos), con los mismos requisitos señalados por la Constitución Política del Perú de 1993; estas Supremas de Justicia (función Jurisdiccional) a su vez, se dividen en tres: Suprema Justicia Norte, Suprema Justicia Centro y Suprema Justicia Sur. (...) Una Suprema Justicia no politizada, sino netamente jurisdiccional que atienda su Visión y Misión, como es de resolver conflictos sociales – jurídicos -, y garantizar la Paz.

Esta aventura, no se dará mientras solo se piense en la Corte Suprema tal como está estructurada, y, no se aplique la dialéctica de cambio en el pensamiento.

Si pretendemos que el cambio sea real, solo hay que poner en marcha la maquinaria de la imaginación (se alienta en este sentido otros ensayos sobre reforma judicial) y la valentía de delimitar ese statu quo de la Corte Suprema, que a la fecha no brinda la seguridad jurídica esperada por la Ciudadanía, sino que se ha dedicado a enseñar a su Jueces, vinculantemente como deben resolver” Villalobos Caballero, Miguel Angel

están pendientes y se espera, en el caso de los que resulten culpables se les castigue con una sanción ejemplar, para sanar de algún modo, una justicia dañada no solo por la tradición jurídica en parte, de hacer mal las cosas; sino, por otra parte, la de la Codicia – condición humana -, ejercida por aquellos que erróneamente pensaron estar por encima de la Ley.⁴

Ahora, el tema que nos atañe son las máximas de la experiencia en general, en la que luego, de un análisis sobre la misma, finalmente se pregunta: ¿Se debe respetar las sentencias en un ordenamiento jurídico nacional que aspire a la Justicia sustancial, independientemente, de lo que sienta, aspire o propugne los políticos –clase política- de turno de un país?

La respuesta, por lo pronto, es Sí. ¿De qué depende? Veamos:

Se comenta que casi siempre ha existido una tensión negativa entre Política y Derecho, tanto así, que “Habermas como Dworkin sostienen que ni el Derecho debe regir a la Política ni la Política al Derecho”⁵; entonces, ese conocimiento que plantean dichos filósofos del Derecho lo vamos a tomar en cuenta, por cuanto, en efecto, las mayorías de las discusiones que vemos en la experiencia jurídica de aquí o de otro lado, es cuando, los políticos se ven involucrados en hechos que se subsumen claramente en tipos penales (obviamente corrupción, entre ellos negociados ilícitos en perjuicio de

2010 “El Derecho como reflexión filosófica”, Lima, Perú, Librería Jurídica “El Renacer”, pp. 251-252. Es importante señalar que con fecha 8 de Marzo del 2019 se publicó en el Diario El Peruano, la designación de la Fiscalía de la Nación, tomando en cuenta además dos rectores, siendo así, se estaría conformando en forma total la Comisión Especial para elegir a la Junta Nacional de Justicia, ese hecho es una nueva esperanza de reformar y mejorar la justicia peruana, consecuentemente queda conformado dicha Comisión de la siguiente manera: Walter Gutiérrez, Defensor del Pueblo (quien lo Preside), los integrantes del Poder Judicial, José Luis Lecaros; la Fiscalía de la Nación, Zoraida Ávalos; el Presidente del Tribunal Constitucional, Ernesto Blume; el Contralor de la República, Nelson Schack; el rector de la Universidad Nacional de Ingeniería, Jorge Alva Hurtado; y el rector de la Universidad de Piura, Antonio Abruña Puyol. Esperamos que con la instalación de la Comisión Especial para elegir a la Junta Nacional de Justicia se elijan a los más adecuados Magistrados peruanos en bien de la Justicia.

4 Lo acaecido a dos ex Presidentes de la República de Perú, uno de ellos, Alan García Pérez, que se suicidó al no poder tolerar una posible Prisión Preventiva a raíz de los caso de corrupción de Odebrecht y, el otro, Pedro Pablo Kuczynski con arresto domiciliario por su edad avanzada son una muestra de que la Justicia peruana pretende luchar contra la impunidad, incluso, del más alto nivel nacional.

5 Carruteiro Lecca, Francisco 2004 “Filosofía del Derecho – Selección de lecturas”, Perú, Jurista Editores E.I.R.L., en “Impera el Derecho sobre la Política”, pág. 19.

la Sociedad)), pero, para salir de esos problemas, acuden al apoyo del Partido Político – esconderse en ellos -, o de aquel que dirige el Poder Ejecutivo (o su entorno), o, a la mayoría que ocupa el Poder Legislativo, para que mediante normas o decisiones cuestionables propicien situaciones, en afán de liberarlos de las penas o de las ejecuciones, burlando gracias a la Política (la mala Política) el orden legal establecido, es decir, del “Imperio de la ley y el orden”; es allí, donde se sugiere que el propio sistema de jueces y fiscales debe auto protegerse, con una decisión acertada (no solo legal, sino, basada en Valores y Principios de Justicia) en casos concretos –desde los sencillos hasta los difíciles-, no permitiendo que se de lo que señalan los Filósofos del Derecho, que la Política entre al Derecho o viceversa.

2 DESARROLLO

2.1 ¿Qué dice la Ley peruana sobre las máximas de la experiencia?

Art. 158 del Código Procesal Penal:

“1. En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y **las máximas de la experiencia**, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados” (...)

Art. 393. Normas para la deliberación y votación:

(...) 2. El Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con los demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

2.2 Casos de las máximas de la experiencia

Si bien es cierto, en la jurisprudencia nacional existen casos que hacen referencia a las máximas de la experiencia, ejemplo:

- R.N. 746-2013, Callao: Por máximas de la experiencia el imputado debía saber edad de la agraviada (error de tipo mal aplicado). Visualizar por internet:

Es así, que como comentario, sostenemos que si bien la legislación nacional de un país determinado puede legislar sobre las máximas de la experiencia, hay que tener mucho cuidado en su interpretación y/u aplicación por parte de los Magistrados, aquí un caso penal a comentar: ¿Sirven las máximas de la experiencia en la Litigación Oral?

Sí. Es un caso ocurrido en Junín – Perú, en la que básicamente un niño (o6) refiere haber sido violado por su propio abuelo (50) y, que podemos comentar como académicos al haber terminado el caso por decisión de la Corte Suprema.

Esta imputación radica en lo versado por el propio menor, como se advierte del expediente judicial, que fue sostenida por una serie de elementos probatorios validos en el juicio oral con una Sala Penal Liquidadora –casos antiguos -, que se inclinaron - luego de años - finalmente a la condena.

Lo curioso del expediente judicial es que como experiencia jurídica el caso penal duro un aproximado de veinte años, en la que no solo había suficiente material probatorio – a criterio del Ministerio Público -, sino, que falto entender a nuestro parecer – por parte de los Jueces, en un inicio - bien las máximas de la experiencia.⁶

Hubo una primera sentencia de la Sala Penal, absolviendo por unanimidad (tres vocales, ahora jueces superiores); luego, de cierto tiempo, otra Sala Penal, absolviendo por mayoría, para finalmente

⁶ En un evento de abril del 2019, Manuel Atienza y Luigi Ferrajoli en Lima a la pregunta: ¿El Juez crea derecho?, el español entiende que sí, mientras, el italiano no, nosotros pensamos que el Juez en un conflicto debe identificar en el espectro jurídico no solo principios, sino, valores supremos como la Justicia, es una labor de difícil comprensión para muchos, pero urgente en harás de lo correcto que debe ser el Derecho que soluciona casos, y, no los complica más.

condenar a pena privativa de libertad efectiva; la primera sentencia de fecha 20 de Diciembre de 1999, por unanimidad aplicaron el principio del INDUBIO PRO REO, en la que la Sala Suprema declaro Nula la sentencia (26 de octubre del 2000); La segunda sentencia de fecha 09 de Agosto del 2001, por mayoría aplicaron el principio del INDUBIO PRO REO y hubo un voto singular (La Juez Superior Norma Lujerio) condeno a veinte años al reo libre, en la que la Sala Suprema declaro Nula la sentencia.

En este proceso judicial, tuve la oportunidad de participar casi al final en mi condición de Fiscal Superior Titular de Junín – por primera vez -, al haber la Sala Penal dispuesto se lleve a cabo (Junio – 2017), otro juicio oral, conforme a la disposición de la Corte Suprema.

Siendo que el acusado, al estar internado en el penal, por haber sido detenido por la Policía en mayo del 2017, sujeto a la acusación fiscal.

Interesante fueron las audiencias orales que se llevaran a cabo (desde enero del 2017 hasta la sentencia de la Sala Penal de fecha 26 de setiembre del 2017).

Aquí el argumento sostenido por la Defensa, es que la agresión la habría efectuado un – can can - perro pequeño, sin embargo, en mi participación indique que conforme a las máximas de la experiencia, eso no era posible, salvo casos de zoofilia, que no era el caso a juzgar.

Recuerdo, que en el alegato final (destreza en la litigación oral⁷),

7 Recomiendo como Profesor de Derecho en Litigación Oral, que todas las destrezas de litigación oral son importantes en el trámite de las audiencias orales, como: saber bien el caso, la normatividad legal, el obtener una buena y válida información en el interrogatorio, así como saber desacreditar la información equivocada, en el contrainterrogatorio, estar bien preparado para hacer valer la evidencia a través de lo que se conoce como cadena de custodia – sin objeciones - de lo que va hacer la futura prueba (a través de principios fundamentales, entre ellos, el principio de contradicción),saber interrogar eficientemente a través de los exámenes respectivos al procesado, los testigos, los peritos y otros que concurran a las audiencias penales, aquí pensamos son sumamente importante los detalles al aplicar las destrezas en litigación oral, como estrategia para obtener éxito en el resultado del juicio oral. Así, tomando a Zun Tzu, filósofo oriental – el “conocerse a sí mismo”, el “conocer al enemigo” y el “saber escoger el lugar donde se va a llevar la batalla”. Claro está que conocerse a sí mismo, implica reconocer no solo nuestras fortalezas, sino, también nuestras debilidades, en especial como litigante, de la misma manera, conocer debilidades y fortalezas del contrario, por último, saber cuando y donde voy a emplear mis destrezas (en audiencias públicas), así, como observar al Juez en su prudencia y diligencia (a fin de no ser separado del proceso).

sostuve que han transcurrido veinte años, y, es necesario un pronunciamiento judicial que entienda el sentido no formal de una sentencia, sino el sentido sustancial de una sentencia –pensamos que la Justicia aunque tarde, es preferible a la impunidad, como se dan en los casos de Derechos Humanos -, para que no se continúe anulando por la Corte Suprema (última instancia en el Perú); que las máximas de la experiencia enseñan como dispositivo legal, como doctrina, como experiencia jurisprudencial, que este caso debe terminar, y no dar cabida a la impunidad.

Señale como máxima de la experiencia, que “los perros no violan”, porque si hubiese sido así, no se diría, que “el perro es el mejor amigo del hombre”, que a nivel mundial no hay casuística al respecto, que conforme al dictamen pericial en este caso a la pregunta al médico: ¿Si puede ser posible que el desgarró que presenta el niño agraviado puede haber sido ocasionado por el pene de un perro? Dijo, que no por porque de acuerdo a la anatomía morfológica del pene del perro, este no habría podido – ocasionar – las lesiones descritas en su certificado médico legal, ni aunque se tratara de un perro grande, las lesiones descritas pudieran haber sido causadas por un pene de mayor proporción y de otra morfología.

En buena parte esta afirmación del Ministerio Público, logró que se sentenciara al acusado, pero, por la edad del procesado, la Sala Penal, no lo condeno como solicite, a veinticinco años de pena privativa de libertad – en sus conclusiones del 19 de setiembre del 2017 -, sino, solo a nueve años, mediante sentencia de fecha 26 de setiembre del 2017, razones por el cual, interpuse recurso de nulidad – como estrategia para que se confirmarse el delito, pero, lo correcto es para que se incrementará - contra dicha sentencia, en cuanto a la pena impuesta, que por la características del delito debió ser mucho más severa.

Y digo en buena parte, porque si bien en la sentencia se utilizo la sana crítica, específicamente, no se utilizó ni positiva, ni negativa-

mente las máximas de la experiencia.

Finalmente, mediante recurso de nulidad N°2562-2017 de fecha 29 de enero del 2018, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, teniendo como ponente al Juez Supremo, San Martín Castro, y los Jueces Supremos impusieron veinticinco años de pena privativa de libertad.

2.3 Las máximas de la experiencia, el Derecho y la Política

Previamente hay que precisar que sobre las máximas de la experiencia existen diferentes autores que enriquecen el tema, así:

El grupo de las reglas de la experiencia está conformado por el número de conclusiones extraídas de una serie de percepciones singulares pertenecientes a los más variados campos del conocimiento humano (técnica, moral, ciencia, conocimientos comunes, etc.), consideradas por el juez como suficientes para asignar un cierto valor a los medios probatorios.

Son reglas contingentes, variables en el tiempo y en el espacio; y están encaminadas a argumentar el valor probatorio asignado a cada medio probatorio en particular, como primordialmente a su conjunto. Estas reglas, de otro lado, no pueden ser determinadas, por los menos de una manera pretendidamente exhaustiva. Ello no tendría sentido puesto que, si bien es importante detectarlas, no olvidemos que es el juez quien libremente las escoge y determina: solo le exigiremos que sea lógico, prudente y sensible para optar, en el caso concreto, por las reglas o pautas que mejor satisfagan al descubrimiento de la verdad.⁸

Pensamos, que en efecto la observación es vital para sacar conclusiones, para lo cual, se debe entender, que:

La máxima de la experiencia es una regla general que se construye inductivamente según la experiencia relativa a determinados estados de cosas. Esta regla puede ser empleada por el juez como criterio para fundamentar sus

⁸ Talavera Elguera, Pablo 2009. "La Prueba en el Nuevo Proceso Penal", Perú, Amag, Pág. 111.

razonamientos: siendo una regla general, le sirve al juez como premisa mayor de los silogismos en los que se articula su razonamiento.⁹

Así, nosotros construimos el siguiente ejemplo – de tanta casuística existente –, producto de la experiencia jurídica, utilizando las premisas:

Para hacer valoración de los medios probatorios:

Caso: Una persona “x” va a obtener su licencia de conducir, en la que minutos antes de entrar al Ministerio de Transporte, le sale al paso otra persona, y, le señala que a cambio de cincuenta soles, en breves minutos le entregaría dicha licencia, cuando luego de quince minutos, de forma intempestiva, ambas personas son detenidos por la autoridad policial intercambiando la licencia adulterada por dinero.

El razonamiento sería de la siguiente manera:

Premisa Mayor: (regla de experiencia) todas las personas que quieren obtener una licencia de conducir deben acudir a instalaciones públicas en el horario y con personal establecido, que incluye hacer colas, pagar tasas, cumplir con determinados requisitos exigidos para el trámite, y entre otros, esperar un tiempo prudencial para obtener dicho documento.

Premisa Menor: (hecho probado) El acusado ha laborado muchos años en diversas entidades públicas.

Conclusión: El acusado conocía el carácter delictuoso de su acto, al ir a obtener una licencia de conducir con gente extraña y sin cumplir con los trámites de ley, dada su experiencia en laborar en instituciones públicas.

Esta labor de premisas o de inferencia ha sido clásico en la labor del Juez, pero, también se dice que la labor del Juez es un acto de reconstrucción y tiene importancia en las máximas de la experiencia, así se señala que:

⁹ Talavera Elguera, Pablo, *op. cit.*, Pág. 112.

Entre los instrumentos cognoscitivos utilizados por el juez en su actividad de reconstrucción del hecho tienen una importancia particular las llamadas máximas de experiencia explícitamente identificadas a finales del siglo XIX y consideradas como enunciados de tipo general obtenidas a partir de la observación de sucesos pasados, susceptibles de ser formuladas por cualquier persona de buen entendimiento y mediana cultura.¹⁰

No hay que olvidar, que la:

Función principal de las máximas de la experiencia es, pues, la tópica - heurística: estas hacen posible el recurso a una pluralidad de perspectivas consideradas significativas para la investigación y proporcionan una serie de topoi (topos, clichés) utilizables como premisas para la solución de los diversos problemas que hay que afrontar durante la actividad desarrollada dentro de los contextos de descubrimiento, decisión y justificación.¹¹

Pensamos que en esos contextos anotados - descubrimiento, decisión y justificación -, la utilidad para la utilización de las máximas de la experiencia, es para tratar de encontrar “la verdad”, siendo, está muy relativa, de ahí, que una máxima de la experiencia puede ser cambiada por otra máxima de la experiencia, ahora, si “la obtención de la verdad” es a consecuencia de una actividad probatoria, dependerá de que tipo de prueba es, o de que si se utiliza la observación para llegar a una generalización, el juez no tenga problemas de percepción, o de interpretación, así es interesante, que se señale que:

Probablemente, la distinción entre prueba directa e indirecta es una cuestión de grado, que dependerá del número de inferencias que haya que realizar y del carácter más o menos evidente de las máximas de la experiencia. Por ello, no habiendo diferencia cualitativa entre ambos tipos

10 Ubertis, Giulio 2017 “Elementos de epistemología del proceso judicial”, Madrid, España, Editorial Trotta, pág. 75.

11 Ubertis, Giulio. *op.cit.*, pág. 78.

de prueba, se puede afirmar que los criterios de solidez rigen tanto para la prueba directa como para la indirecta.¹²

Por eso pensamos, que tanto sería acertado encontrar “la verdad” por los medios tradicionales (las reglas de la lógica, la ciencia), como también a través de las máximas de la experiencia, incluso, sabiendo su problemática – tal vez controversia –, siendo así, se señala que, “la verdad es un ideal inalcanzable”, se dice en ocasiones. Y es verdad (quiero decir, en la medida de lo alcanzable), si por <verdad> se entiende <verdad absoluta>, sin fisuras, sin posibilidad de error. Algunos autores han puesto de manifiesto que esto mismo ocurre en el proceso:

La experiencia nos enseña cómo a través del proceso no se consigue, en multitud de ocasiones, alcanzar la verdad, pese a lo cual el juez ha dictado sentencia convencido de la exactitud de los hechos afirmados por las partes. Si consideramos a la verdad como la finalidad de la prueba estaríamos admitiendo que la misma tiene un fin inalcanzable o irrealizable y, por tanto, como apunta CABAÑAS GARCÍA, si el fin de la prueba es irrealizable, la misma carecería de sentido.

Por ello, se ha afirmado que <uno de los errores que más confusiones ha producido en relación al concepto de prueba ha sido señalar a la verdad como finalidad esencial de la prueba procesal, afirmando que la prueba consistía en la demostración o averiguación de la verdad de un hecho>: Puesto que nunca podemos alcanzar la verdad absoluta, se dice, no tiene sentido orientar el proceso hacia ella. De manera que, o bien se orienta hacia otro tipo de verdad, distinta a la verdad absoluta.”¹³

12 Gonzáles Lagier, Daniel 2005 “Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción”, Colombia, Palestra Editores SAC, pág. 94.

13 Gonzáles Lagier, Daniel; *op. cit.*, pp. 94, 95.

Ahora, sobre Teoría y prueba judicial, se señala como conclusión, que:

(...) dada la complejidad del razonamiento probatorio, un buen juez no sólo debe conocer las normas sobre admisibilidad de las pruebas o sobre el procedimiento probatorio, sino también los métodos de conocimiento de otras ciencias, dado que su labor es muy semejante en lo esencial a la de los científicos e historiadores. Además, dado que la inferencia probatoria no sólo toma como reglas de inferencia máximas de la experiencia y presunciones, sino también definiciones y teorías (al menos cuando hay que interpretar los hechos probados), es importante que el juez esté al tanto del análisis de <conceptos fácticos>, como los de acción, causalidad, intención, consecuencia no intencional, salvo algunas excepciones, tampoco han sido objeto de estudio por la teoría del Derecho.¹⁴

Entonces, sabiendo que sobre máximas de la experiencia se tiene a manera de resumen que son útiles para solucionar una controversia de tipo judicial, en la que el Juez que tienda a la lógica y a la prudencia la encuentre ideal en determinados casos para encontrar la verdad, no una absoluta, pero, si una verdad, al menos la que sale de su boca o conciencia para solucionar un caso puesto en sus manos, sin dejar de estar rodeado por diversos tipos de principios procesales, sea capaz en su solución de darse a entender sino por gente de mediana cultura, al menos de la mayor cantidad de personas.

Ahora retomando, el tema sobre las máximas de la experiencia, el Derecho y la Política, en especial, el caso del indulto presidencial, pensamos, que un Presidente de la República, al tratarse de una facultad constitucional puede otorgarlo, sin embargo, de existir control jurisdiccional a esa decisión, le exige fundamentación, justificación a la medida impuesta, toda vez que al existir un régimen democrático, las normas se justifican por cualquier funcionario del Estado en especial en un Estado Constitucional de Derecho que requiere respeto no solo a las normas jurídicas internas, sino, también a las normas internacionales.

¹⁴ González Lagier, Daniel; *op. cit.*, Pág. 107.

El caso práctico, que tomamos es el indulto otorgado al ex presidente de la República, Alberto Fujimori –volvió a prisión -, en la que judicialmente fue encontrado responsable por delitos considerados de Lesa Humanidad, ahora, debido a su avanzada edad y estado de salud, el ex Presidente de la República le otorga la amnistía de conformidad a la facultad concedida en el numeral 21 del Artículo 118 de la Constitución Política del Estado Peruano, que a la letra dice:

Art. 118 Corresponde al Presidente de la República conceder indultos y conmutar penas (...).

Entonces, normativamente puede hacerlo, es su facultad, entonces ¿Por qué tanta discusión sobre su indulto?

Tal vez porque el ex presidente de la República que la otorgo, se encontraba en unas situaciones difíciles para él, que incluso ha generado investigaciones al respecto.

Pero, lo importante y es lo que trata esta última etapa del ensayo, es responder a la pregunta:

¿Se debe respetar las sentencias en un ordenamiento jurídico que aspire a la Justicia sustancial, independientemente, de lo que sienta, aspire o propugne los políticos –clase política- de turno de un país?

Y respondimos que sí, porque cuando un asunto se somete al orden jurisdiccional, la justicia tiene algo que decir, y, no solo en su aspecto formal sino sustancial, aun, se trate de un caso difícil.

Y, que mejor que responder a esta pregunta sino a través de la experiencia jurídica, encontrada en determinados casos.

Para lo cual primero dejaremos en claro, que las máximas de la experiencia y conforme se ha explicado es una de las formas de valoración de la prueba que tiene el órgano jurisdiccional, su aplicación puede ser relativa, sin embargo, queremos exponer que hay máximas de la experiencia que son tan claras y notorias que no pueden dejarse de lado, una de ellas: Nadie debe anteponer criterios políticos a los criterios jurídicos.

De ahí, la recomendación de Filósofos del Derecho anotados en

el presente ensayo, que ni el Derecho debe regir a la Política ni la Política al Derecho, sabio conocimiento que se extrae de la experiencia jurídica.

Entrando ya en detalle, a continuación veremos lo que piensa el Poder Judicial, en una de sus sentencias, de la cual será a manera de muestra.

En la Resolución N°. 10 de fecha 3 de Octubre del 2018, el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, en un incidente promovido en la ejecución de sentencia firme, dictada contra Alberto Fujimori en calidad de autor mediato de los delitos de homicidio calificado (Casos Barrios Altos), (Casos La Cantuta), (Casos Sótanos SIE) y Lesiones Graves, que constituyen crímenes contra la Humanidad según el Derecho Internacional, en la que se solicitó control de la convencionalidad, basados en que los hechos delictivos de Barrios Altos y la Cantuta son crímenes de Lesa Humanidad, por lo que el Indulto emitido mediante Resolución Suprema N° 281- 2017- JUS fue concedido de forma ilegal, pues, vulnera a las disposiciones emitidas por la Constitución Política del Perú, la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y los estándares internacionales pues este fue otorgado con el fundamento de cuestiones humanitarias de salud; sin embargo, ha sido corroborado que todo fue producto de una negociación política para evitar la vacancia de Pedro Pablo Kuczynski, dado que desde que comenzó su gobierno existió la confrontación con el congreso mayoritaria en el congreso que era controlado por la mayoría fujimorista.

El Juez entre otros menciona básicamente, que la Corte Interamericana de Derechos ha señalado (punto 119) que la obligación de garantía, está compuesta entre otros, por: 1) Prevenir razonablemente las violaciones de los derechos humanos (...), por lo que en aplicación del 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, obliga al Estado a adecuar sus prácticas y su ordenamiento jurídico interno a las exigencias mínimas interamericanas, cuando vayan en sentido

contrario a las normas interamericanas vinculantes, y no observen o no salvaguarde el ejercicio libre de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción.

Por lo que el Control de Convencionalidad presupone la interrelación de los tribunales nacionales y los tribunales internacionales en materia de Derechos Humanos puede aplicarse dicho control de convencionalidad, más aún, si el control de convencionalidad entraña la aplicación del orden supranacional (punto 164).

Que además, existiendo irregularidades en el procedimiento administrativo del indulto por razones humanitarias al no verificarse el cumplimiento de exigencias legales esenciales, es que luego de hacer un Test de Proporcionalidad (Juicio de Idoneidad, examen o test de necesidad y el Principio de Proporcionalidad) decide declarar que carece de efectos jurídicos, para la ejecución de la sentencia del presente caso, la Resolución Suprema N° 281- 2017-JUS de 24 de Diciembre del 2017, que entre otros, indulto por razones humanitarias al sentenciado Alberto Fujimori, asimismo, declarar fundado el pedido de la parte civil de no aplicación del indulto por razones humanitarias a favor del mencionado condenado.

Luego, ante un recurso de nulidad, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República con fecha 13 de febrero del 2019, señala entre otros, que vigente en el Perú el sistema mixto de control de convencionalidad – controlado y difuso –, todos los jueces tienen la obligación de efectuar un control de convencionalidad, que es complementario al primero; que, la ratificación por el Estado Peruano de la Convención Americana de Derechos Humanos, obliga a los jueces a velar por el cumplimiento de sus estándares jurisprudenciales.

Por lo que tomando jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como son: Al derecho de acceso a la Justicia, en cuanto al control de constitucionalidad, en cuanto al control de convencionalidad; Jurisprudencia Constitucional y Penal Nacional, decide declarar infundada la solicitud de nulidad procesal absoluta

planteada por la defensa de Alberto Fujimori; declarar infundado el recurso de nulidad formulado por la defensa de Alberto Fujimori que propuso se declare improcedente el control de convencionalidad por incompetencia funcional del Juzgado de Investigación Preparatoria Supremo (Juzgado de Ejecución) y Confirmar la Resolución N°. 10 de fecha 3 de Octubre del 2018, emitida por el señor Juez del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria que, entre otros, resolvió declarar que carece de efectos jurídicos, para la ejecución de sentencia, la Resolución Suprema N°. 281- 2017- JUS de fecha 24 de Diciembre de 2017, que concedió indulto por razones humanitarias al sentenciado Alberto Fujimori.

3 CONCLUSIONES

Primero. Si bien esta decisión del Órgano Jurisdiccional – en el caso del indulto - puede generar discrepancias de todo tipo – en especial políticas-, debe tenerse presente, que dentro de las máximas de la experiencia, para este caso, es aplicable, lo que dijeron en su momento Dworkin como Habermas, que “ni el Derecho debe regir a la Política ni la Política al Derecho”, sabio conocimiento que se extrae de la experiencia jurídica y que han tomado los jueces peruanos en una decisión en base al Derecho – nacional e internacional – , al menos de lo que se lee, ambas instancia hicieron lo que su criterio jurisdiccional les exigió, toda vez, que la Justicia siempre debe ser imparcial, autónoma e independiente.

Segundo: Que, las máximas de la experiencia deben emplearse con mayor frecuencia en las disposiciones fiscales y en las sentencias judiciales, por cuanto, a través de una observación se puede llegar a una generalización que puede resolver un conflicto judicial, pero, no solo mencionándolo, sino desarrollándolo como corresponde, de ahí, su legitimidad.

Tercero: Que, en efecto las máximas del Derecho nos enseña

como sabiduría, que cuando exista una tensión entre el Derecho y la Política es preferible que el Magistrado del Siglo XXI acuda a lo Justo, y, dejar de lado lo político, que es sinónimo de lo conveniente.

WHY THE MAXIMUM EXPERIENCE IN THE NATIONAL AND INTERNATIONAL LEGAL EXPERIENCE: TENSION BETWEEN POLITICS AND LAW: WHAT TO DO?

ABSTRACT

In the present essay, we propose to make a brief study about the maxims of legal experience in general, that is, its concept, its doctrine, its advances, and, its proper place in the evaluation of the test, for which the analysis will serve of some cases, and, its possible application as a challenge of justice, having to face a strong and permanent tension between Politics and Law, as for example, the presidential pardon given in our country, which more than represent a merely facultative act of power of a President of the Republic, had to adapt to a contemporary legal world, which not only dictates laws, rules, decrees, or other normative provisions at will, but, that must assume valid reasons - also balanced and even common sense -, and, based on a contemporary legal argument, efficient and especially in a justification according to the national legal order (to the constitutional spirit) and International (to the spirit of world agreements), beyond a pure political desire, which on many occasions leans toward "what is convenient", "what is useful", leaving aside "just" as a decision criterion, which can imply impunity in the sentence, or, also in the execution of the sentence, we must not forget that we all do politics in a certain way, according to Aristotle, and, being the President of the Republic the first politician of the Nation, here or in any nation, it must behave as such, but aimed at respecting not only the Constitution of its country, but also international ethical and legal norms. So this essay seeks to be a philosophical legal reflection of

how the maxims of experience can be applied in various circumstances for the sake of the truth and for the good of the solution of those cases, which can be considered thorny.

Keywords: *Maxims of experience. Presidential pardon. National and international legal order. Political desires.*

REFERENCIAS

- CARRUTEIRO LECCA, Francisco. **Filosofía del Derecho:** Selección de lecturas. Perú, Jurista: Editores E.I.R.L., *In: Impera el Derecho sobre la Política*. 2004.
- GONZÁLES LAGIER, Daniel. **Quastio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción.** Colombia: Palestra Editores SAC. 2005.
- TALAVERA ELGUERA, Pablo. **La Prueba en el Nuevo Proceso Penal.** Perú: Amag. 2009.
- UBERTIS, GIULIO. **Elementos de epistemología del proceso judicial.** Madrid, España, Editorial Trotta. 2017.
- VILLALOBOS CABALLERO, Miguel Angel. **El Derecho como reflexión filosófica.** Lima, Perú: Librería Jurídica "El Renacer". 2010.
- VILLALOBOS CABALLERO, Miguel Angel. **La Justicia como valor supremo del Derecho Internacional.** Lima, Perú: Idemsa, 2019.

El rol del Ministerio Público Fiscal en materia de derecho de la seguridad social en la Republica Argentina¹

Patricio Jorge Torti Cerquetti²

RESUMO

En la Argentina, hasta 1994, el Ministerio Público carecía de rango constitucional. Recién a partir de la reforma constitucional y la sanción de la Ley Orgánica del Ministerio Público (primero la ley 24.946 y luego la ley 27.148) se terminó de delimitar su misión y su rol en los diferentes tipos de proceso. En el presente artículo se hará referencia al Ministerio Público Fiscal en su intervención especial en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social en Argentina.

Palavras-chave: *Ministério Público Fiscal. Constitución Nacional. Derecho de la Seguridad Social.*

1 EL MINISTERIO PÚBLICO EN ARGENTINA

La Constitución de la Nación Argentina sancionada en 1853 dispuso, al organizar el Poder Judicial Federal, que este sería ejercido por una Corte Suprema compuesta por nueve miembros y dos fiscales, y por tribunales establecidos por el Congreso.

Por otra parte, la reforma acaecida en el año 1860 eliminó el

¹ Data de recebimento: 14/01/2019. Data de aceite: 10/05/2019.

² Abogado. Secretario Federal de la Fiscalía Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 1, Ministerio Público Fiscal (Argentina). Especialista en Derecho Judicial (UCES). Diplomado en Seguridad Social (UCES). Especialista en Gestión de Recaudación de los Recursos de la Seguridad Social (CEDDET). Doctorando en Ciencias Jurídicas (UCA). Docente universitario de las materias Derecho Constitucional (UCES) y Derecho de la Seguridad Social (UNLZ). Director de la Revista Argentina de Derecho de la Seguridad Social (IJ Editores). Publicista. E-mail: ptorti@mpf.gov.ar

número de miembros que debía tener la Corte Suprema de Justicia de la Nación; aquellos “dos procuradores fiscales” del art. 91 de la Constitución Argentina de 1853 desaparecieron a raíz de la modificación introducida por la Convención Nacional de Santa Fe de 1860.

A partir de ahí, la regulación de lo atinente al Ministerio Público se instrumentó en diversas leyes³, y también en el decreto-ley 1285/58.

Cuando en el año 1993 se procedió a sancionar la ley 24.309 que declaró la necesidad de reformar la Constitución Nacional, se incluyó, entre los temas autorizados para ser examinados por la Asamblea Constituyente, la consagración del Ministerio Público “como órgano extrapoder” mediante la “habilitación de un artículo a incorporarse en la Segunda Parte, en el nuevo capítulo”⁴.

El producto resultante de esta permisión fue el nuevo art. 120 de la Ley Fundamental, que dotó al Ministerio Público de “independencia”, “autonomía funcional” y “autarquía financiera”, asegurando a sus integrantes “inmidades funcionales” e “intangibilidad de remuneraciones”. Como misión, se le asignó la tarea de “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República”⁵.

Tal normativa constitucionalizó al Ministerio Público como un órgano extrapoder⁶, regulado en una sección independiente a la del Poder Judicial, cuyos atributos permiten afirmar que se ha querido dejarlo fuera del ámbito del órgano jurisdiccional. En ese sentido, la

3 Entre ellas, las N° 27, 1893, 3367, 4162, 4055, 17.516, 18.345, 19539, 20.521.

4 Conf. Carnota, Walter F., “El enclave constitucional del personal del Ministerio Público”, La Ley 1997-C, 796, cita online AR/DOC/6678/2001.

5 Conf. Carnota, Walter F., *op. cit.*

6 En ese sentido opinan Bidart Campos Germán, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, t. VI “La Reforma Constitucional de 1994”, Ediar, Bs. As., 1995, pág. 487; Sagües, Néstor Pedro, “Constitución de la Nación Argentina, Introducción”, Ed. Astrea, Bs. As. 1995, pág. 28; Quiroga Lavié, H., “Constitución de la Nación Argentina Comentada”, Zavalia Editor, Buenos Aires, 1996, pág. 692; Seisdedos, Felipe, “Algunas reflexiones acerca de la independencia del Ministerio Público”, *Idearium*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, N° 10/12, pág. 980; Masnatta, Héctor, “Régimen del Ministerio Público en la Nueva Constitución”, La Ley, 1994-E-878, Ekmejdjian, Miguel A. “Tratado de Derecho Constitucional”, t.V, Depalma, Bs. As., 1999, págs. 631 y ss., entre otros.

Procuración del Tesoro de la Nación expuso que el Ministerio Público, como órgano extra-poder, no posee por ello menor importancia jerárquica que los otros tres poderes⁷.

De esta forma, en un único artículo, el 120, la Constitución diseñó un Ministerio Público bicéfalo, con atribuciones propias de defensa de la legalidad, ejercida en todo tipo de proceso judicial, que incluye la actuación en casos en que se cuestiona la constitucionalidad de leyes y decretos. También se le reconoció la defensa de los intereses generales de la sociedad y de los pobres, ausentes e incapaces, a través del Defensor General⁸.

Pero la eficacia del Ministerio Público, está directamente relacionada con su independencia funcional y las garantías que la hagan posible. En tal sentido se ha dicho que “La Constitución Nacional destaca asimismo - y lo hace de un modo muy categórico- que el Ministerio Público es un órgano “independiente” - de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial - “autónomo - en el ejercicio de las funciones que le encomienda expresamente, y con autarquía, pues está sujeto al control externo de la Auditoría General de la Nación, y obligado a cumplir - como cualquier órgano autárquico- las leyes de administración financiera del Estado en la ejecución del Presupuesto”⁹.

En el año 1998, el Congreso Nacional sancionó la Ley Orgánica del Ministerio Público¹⁰, que establecía que:

(...) es un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la

7 Conf. Procuración del Tesoro, Expte. PT 2973/94 de agosto de 1994. En el caso se debía decidir ante quien debía prestar juramento de acatar la Constitución Nacional el Sr. Procurador General. Sobre ello, el Procurador del Tesoro se expidió en el sentido de que aquél debía jurar ante el presidente de la Nación en su carácter de Jefe de Estado.

8 Conf. Gelli, María A. “Constitución de la Nación Argentina, Comentada y concordada”, t.II, La Ley, pág. 580.

9 Herrero, Luis R. “El Ministerio Público Fiscal en el fuero de la seguridad social a la luz de la reforma constitucional de 1994 –Representante del Estado o de los intereses de la sociedad – Fiscalizador de los jueces o parte en el proceso”, Revista del Ministerio Público Fiscal, N° 5, pág. 156.

10 Ley 24.946, Boletín Oficial del 23/03/98. Modificada parcialmente por la ley 25.909, Boletín Oficial del 28/09/04.

actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. Ejerce sus funciones con unidad de actuación e independencia, en coordinación con las demás autoridades de la República, pero sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura¹¹.

Esta concepción se completó mediante la sanción de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal¹² que agregó, a lo dispuesto por la normativa anterior¹³, que “En especial, tiene por misión velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte y procurar el acceso a la justicia de todos los habitantes”¹⁴, estableciendo sus funciones¹⁵.

Resulta interesante en esta oportunidad destacar el contenido del Capítulo 6 de la ley 27.148, referido a la “Actuación en materia no penal” delimitada en los artículos 30 y 31 de la Ley de referencia.

Cabe mencionar que el art. 31 de la referida Ley Orgánica estipula que:

La actuación del Ministerio Público Fiscal de la Nación en materia Civil, Comercial, Civil y Comercial Federal, Contencioso Administrativo Federal, Laboral, Seguridad Social y de Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires estará a cargo de los fiscales y fiscales generales con competencia en esos asuntos.

Asimismo, equipara a estos magistrados y a los titulares de las unidades fiscales en materia no penal con asiento en las provincias¹⁶. En base a lo expuesto, se puede decir que:

(...) el Ministerio Público Fiscal en la República Argentina interviene y peticiona en todo asunto en el que se verifiquen

11 Conf. art. 1 de la ley 24.946.

12 Ley 27.148, Boletín Oficial del 18/06/15.

13 *Idem*. Cit. N° 8.

14 Conf. art. 1 de la ley 27.148.

15 Conf. art. 2 de la ley 27.148.

16 Conf. art. 30 de la Ley 27.148.

conflictos en los que se encuentre afectado de una manera grave el acceso a la justicia, por la especial vulnerabilidad de alguna de las partes o por la notoria asimetría entre ellas, o cuando se afecte el orden público y/o leyes no disponibles para las partes o estén amenazados o vulnerados los derechos humanos, las garantías constitucionales o la observancia de la Constitución Nacional¹⁷.

La actividad principal ha de orientarse a la defensa de la legalidad y la tutela de los intereses generales de la sociedad. En defensa de la legalidad significa que el Ministerio Público debe velar por el cumplimiento de la ley, no solo de parte de las personas, sino también por los propios poderes y órganos del Estado, en especial debe velar por la legalidad constitucional, ello debe entenderse como el control del cumplimiento de los derechos y garantías constitucionales; es un abogado de la constitución, un custodio de la legalidad constitucional. Es la conocida defensa del orden público¹⁸.

El nuevo cometido constitucional de defender los intereses generales de la sociedad en el proceso judicial, ha mutado el concepto y la función tradicional del Ministerio Público. Por esta razón, no sería desatinado afirmar que es un genuino representante del pueblo, aunque no sea elegido en forma directa. Asimismo, la defensa que ejerce en el proceso no se circunscribe solo a la legalidad o a los intereses generales de la sociedad, sino también a los derechos sociales¹⁹ y a los derechos de incidencia colectiva²⁰.

La Constitución Nacional y la ley reglamentaria han individualizado ese interés público o social, cuya tutela se le ha encomendado al Ministerio Público, y comprende los siguientes tópicos: observancia de normas de orden público; representación de menores e incapaces; representación de ausentes y carentes de recursos económicos; acción judicial pública en materia penal y civil; declaración de insania;

17 Conf. arts. 2 inc. e. y 31 inc. B, Ley 27.148

18 Conf. Ortiz Pellegrini, Miguel A., "El Ministerio Público Fiscal en la Constitución Nacional", DJ 1997-2, 1067.

19 Arts. 14 bis y 33 de la Constitución Nacional Argentina.

20 Art. 43 de la Constitución Nacional Argentina.

etc.; pureza del debido proceso; protección de bienes inmateriales vinculados al arte; a la naturaleza; a la historia; a los derechos humanos; etc.

También la Ley Suprema ha prescrito con señalado énfasis que el Ministerio Público es un órgano independiente de los Poderes Ejecutivo, Legislativo, y Judicial, pero esa cualidad comprende dos aspectos fundamentales: la autonomía funcional y la autarquía financiera.

La primera, se resuelve en la potestad de desempeñar la función requirente por sí, sin sujeción a instrucciones o sugerencias de otros órganos del Estado. En su exacto alcance esta cualidad, reconocida por la Constitución al Ministerio Público, encierra el poder, discrecional y exclusivo, de ejercer la función en la dirección y condiciones que establezca el propio órgano de control, sin intervención de ningún otro, con la única exigencia de adecuar su actividad a la ley. En la defensa de la ley y la tutela de los intereses sociales, es el titular del órgano, frente a cada caso concreto, el que debe establecer, sobre la base de la interpretación de las normas legales y constitucionales que libremente realice y de la valoración racional de los hechos y de las pruebas, la oportunidad y modos de actuación, sin que ninguna autoridad pueda sugerirle la conveniencia de actuar en modo distinto del que le dicta su conciencia.

Resulta necesario complementar la autonomía funcional con la autarquía financiera para redondear la garantía de la independencia del Ministerio Público. No hay dudas que la libertad de criterio para el ejercicio de la función requirente queda notablemente restringida por la falta de medios económicos o infraestructura material para ejecutar las decisiones adoptadas en ejercicio de esa libertad.

En coordinación con las demás autoridades de la República, se trata en primer lugar de una limitación a las funciones del Ministerio Público Fiscal, pues no puede actuar solitariamente al promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad, sino en coordinación con las demás au-

toridades de la Nación; debe concertar con ellas la búsqueda de un mismo fin, que es el fin del Estado, el bien común de la sociedad²¹.

2 ACERCA DEL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La vida del hombre está sometida a diversos acontecimientos y riesgos que, una vez producidos, generan una necesidad que debe ser atendida y satisfecha. Este esfuerzo de superación de la necesidad puede afrontarlo el hombre individualmente, o bien sumir la sociedad la tarea de repararla como una carga social que le incumbe colectivamente.

En los comienzos del desarrollo humano, el hombre estaba sujeto a su propia suerte y, por consiguiente, a él individualmente le incumbía proveerse de los elementos e instrumentos para satisfacer las necesidades más básicas. Con la evolución de la civilización y la vida en sociedad, muchas de las necesidades del hombre pasaron a ser satisfechas de manera compartida con los demás miembros del cuerpo social.

Más allá de la difusión que posee la expresión Seguridad Social, no es tan fácil delimitar con precisión cuál es su campo propio, ya que existen diferentes enfoques.

Como es sabido, el derecho a la seguridad social es un derecho humano:

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad²².

Conforme la Organización Internacional del Trabajo, la seguri-

21 Conf. Ortiz Pellegrini, Miguel A., *op. cit.*

22 Artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

dad social es:

(...) la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de no ser así ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte, y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos²³.

La Seguridad Social intenta asumir, el compromiso de garantizar a todos los miembros de la sociedad una plataforma de dignidad asentada en el principio de la solidaridad.

Entendida como como conjunto de recursos organizados por el Estado para satisfacer las necesidades de las personas que padecen consecuencias sociales, la seguridad social está estructurada en Argentina a partir de un Sistema Único de Seguridad Social²⁴, creado por el decreto 2284/91 y compuesto por varios subsistemas: el Previsional²⁵, el de Asignaciones Familiares²⁶, el de Desempleo²⁷, el de Riesgos del Trabajo²⁸ y el de Salud²⁹.

3 EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA JUSTICIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En 1986 se sancionó la ley 23.473, que creó la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social cuyo artículo 5 dispuso la creación de dos fiscalías de Cámara, cuyos titulares ejercerán el ministerio público, reemplazándose mutuamente en caso de licencia, excusación, impedimento o vacante.

23 OIT- AISS 2001:9.

24 S.U.S.S.

25 Ley 26.425.

26 Ley 24.714.

27 Ley 24.013.

28 Ley 24.557.

29 Leyes 23.660 y 23.661.

Al crearse la Justicia Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social³⁰, se determinó la institución del “Ministerio Público de Primera Instancia que actuará ante los Juzgados Federales de Primera Instancia de la Seguridad Social de la Capital Federal”³¹.

El art. 6 de la ley 24.655, indica una lista de atribuciones y deberes a los fiscales generales, sin que deba excluirse la posibilidad de que dichos magistrados intervengan también en otras cuestiones que puedan estar comprendidas dentro de las previsiones del art. 120, CN, y de la ley orgánica del Ministerio Público.

Cabe agregar que el Ministerio Público de la Seguridad Social extiende su actuación más allá de los tribunales del fuero especializado en la materia, pues también deben tomar la intervención que señalan las normas legales respectivas, los fiscales que actúan ante los juzgados federales con asiento en las provincias³².

Las leyes puntuales sobre la materia Seguridad Social³³, imponen diligencias para promover la actuación judicial y participar a lo largo de todo el proceso en resguardo del orden público. Es decir que los fiscales no son ni pueden ser testigos prescindentes en tales procesos.

En el campo de los derechos sociales, económicos y culturales, los fiscales, siguiendo las directivas de la Procuración General de la Nacional, deben cumplir siempre con las funciones de requerir e investigar. Estos cometidos surgen de la obligación de promover la actuación ante el órgano jurisdiccional en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad. Esto implica una actitud proactiva. Se debe actuar de oficio si la situación lo amerita. La actitud pasiva es una negligencia y un incumplimiento al mandato constitucional y legal, además de una falta a la unidad de actuación que impone la Constitución Nacional y la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Sobre el tema se ha dicho que la representación y la defensa de

30 Art. 1, ley 24.655, antes solo existía la Cámara Federal de la Seguridad Social, creada por ley 23.473.

31 Art. 5, ley 24.655.

32 Art. 15, ley 24463, modificado por el art. 3, ley 24.655.

33 Las mencionadas leyes 23.473, 24.463, 24.655, 24.946 y 27.148.

los intereses públicos sociales que se implican o que pueden estar implicados en el proceso no estarían suficiente o completamente satisfechos si se los dejara librados a la actividad ciudadana particular, mediante el ejercicio de la llamada acción popular, o se los atribuyera exclusivamente al órgano del poder jurisdiccional del Estado. Entre ambos extremos, aparece un organismo del Estado encargado de una compleja serie de funciones, que no solamente representa los intereses patrimoniales del Estado, y los intereses individuales de determinada categoría de personas, sino que en todos los casos, se le erige en defensor del sistema de legalidad dentro del Estado de Derecho³⁴.

El Ministerio Público ha de emplazar en el proceso judicial como una parte más y como titular excluyente de una pretensión procesal distinta a la del actor y demandado, cuyo fundamento o título lo constituye – por mandato constitucional – la defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad.

A fin de velar por esta garantía constitucional, el Ministerio Público Fiscal está obligado a impugnar toda norma, acto o conducta procesal que menoscabe la imparcialidad del juez, quebrante la igualdad de las partes, niegue a estas la oportunidad de participar con utilidad en el proceso, tomar conocimiento de su actos y etapas, ofrecer y producir pruebas, gozar de audiencia, etc. En síntesis, debe atacar todo acto que impida desplegar en plenitud el derecho de defensa en juicio.

En esa línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sosteniendo que:

(...) cuando el Ministerio Fiscal es llamado a intervenir en una causa... el representante del Ministerio Público goza para la determinación de los alcances y modalidades del dictamen requerido de una plena independencia funcional respecto del tribunal ante el que actúa, que es ínsita de la magistratura que aquél ejercita y que configura una condición insoslayable que es reconocida a dicho ministerio

34 Conf. Díaz Clemente A., "Instituciones de Derecho Procesal", T. II A, Abeledo Perrot, Bs. As., Año 1972, pág. 458.

como presupuesto esencial para el adecuado cumplimiento de su misión de preservar el orden público y procurar la defensa del orden jurídico en su totalidad³⁵.

4 CONCLUSIÓN

La seguridad social tiene por finalidad otorgar cobertura a todos aquellos que se encuentren afectados por una contingencia social, razón por la cual, el acceso a las prestaciones sociales reviste un especial interés para todos los miembros de la comunidad.

Todos los poderes del Estado deben contribuir desde su ámbito de actuación para garantizar el funcionamiento y la sustentabilidad financiera del Sistema, la protección de los ancianos, los niños, las mujeres embarazadas, las personas por nacer y todos los sectores vulnerables de la República así lo exigen.

A nivel mundial se aprecia una tendencia a favor de la ampliación del concepto y del contenido de la Seguridad Social, toda vez que el rol de la seguridad social ha cambiado de manera fundamental en los últimos años, pues va más allá de la redistribución de los ingresos y las prestaciones, para lograr un bienestar mínimo o asegurar el acceso a las necesidades esenciales.

Cabe recordar que la Constitución Nacional en su art. 120 y el art. 1° de las Leyes 24.946 y 27.148 colocan en cabeza del Ministerio Público la función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad. En consonancia con ello debe velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal, representar y defender el interés público en todas las causas y asuntos que conforme a la ley se requiera, intervenir en todos los procesos judiciales en que se solicite la ciudadanía argentina, etc.³⁶.

El Dr. Luis Herrero³⁷ ha manifestado en una reciente publicación:

35 Conf. CSJN, Fallos: 315:2255.

36 Conf. art. 25 ley 24.946 y art. 31 ley 27.148.

37 Camarista integrante de la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social en Argentina.

“Dudo que exista en nuestro país una institución pública más ajustada a los principios republicanos y al Estado Social de derecho que el Ministerio Público Fiscal, a la luz de la actual normativa constitucional y reglamentaria que disciplina su trascendental cometido en el proceso judicial”³⁸.

Luego de lo expuesto en materia de doctrina y las referencias normativas mencionadas sobre el Ministerio Público Fiscal, esta magistratura, muchas veces descuidada y apenas conocida en su proyección constitucional, tiene ahora un estatuto legal acorde con la alta misión que le concierne en la custodia del orden jurídico con base en la Constitución, la defensa de la causa pública y la tutela de los intereses generales de la sociedad³⁹.

En definitiva, el Ministerio Público Fiscal en materia de derecho de la seguridad, desde el más alto sitio de lo jurídico, brega por el establecimiento de lo justo concreto, presupuesto ineludible para el logro de una paz social genuina y perdurable, ejerciendo las funciones que le son propias y desplegando todos los esfuerzos necesarios para que así sea.

38 Conf. Herrero Luis R., “El Ministerio Público Fiscal en el Fuero de la Seguridad Social a la luz de la Reforma Constitucional de 1994. ¿Representante de del Estado o de los intereses generales de la sociedad? ¿Vigía de los jueces o una parte más en el proceso? Revista Aequitas, IJ-LXX-800, 01-12-2012, pág. 106.

39 Conf. Monti, José L., “El Ministerio Público a la altura de nuestro tiempo”, ADLA 1998-A, 101.

THE ROLE OF THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE IN THE FIELD OF SOCIAL SECURITY LAW IN THE ARGENTINE REPUBLIC

ABSTRACT

In Argentina, until 1994, the Public Ministry lacked constitutional status. Only after the constitutional reform and the enactment of the Organic Law of the Public Prosecutor's Office (first the law 24,946 and then the law 27,148) was finished delimiting its mission and its role in the different types of process. In this article, reference will be made to the Public Prosecutor's Office in its special intervention in the field of Social Security Law in Argentina.

Keywords: *Public Prosecutor's Office. Constitution. Social Security Law.*

REFERÊNCIAS

- BIDART CAMPOS, Germán. **Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, t. VI La Reforma Constitucional de 1994**. Ediar, Bs. As., 1995.
- CARNOTA, Walter F. **El enclave constitucional del personal del Ministerio Público, La Ley 1997-C, 796, cita online AR/DOC/6678/2001**. Acesso em: 14 jan. 2019.
- DÍAZ CLEMENTE A. **Instituciones de Derecho Procesal, T. II A, Abeledo Perrot**. Bs. As. 1972.
- EKMEKDJIAN, Miguel Angel. **Tratado de Derecho Constitucional**. t.V, Depalma, Bs. As., 1999.
- GELLI, María A. **Constitución de la Nación Argentina, Comentada y concordada**. t.II, La Ley.
- GERMÁN, Bidart Campos. **Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, t. VI La Reforma Constitucional de 1994**., Ediar, Bs. As., 1995.
- HERRERO, Luis R. El Ministerio Público Fiscal en el fuero de la seguridad social

a la luz de la reforma constitucional de 1994 – Representante del Estado o de los intereses de la sociedad – Fiscalizador de los jueces o parte en el proceso, **Revista del Ministerio Público Fiscal**, N° 5.

HERRERO, Luis R. El Ministerio Público Fiscal en el Fuero de la Seguridad Social a la luz de la Reforma Constitucional de 1994. ¿Representante de del Estado o de los intereses generales de la sociedad? ¿Vigía de los jueces o una parte más en el proceso? **Revista Aequitas**, JJ-LXX-800, 2012.

MASNATTA, Héctor. **Régimen del Ministerio Público en la Nueva Constitución, La Ley**. 1994-E-878.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto. **Constitución de la Nación Argentina Comentada**. Zavalía Editor, Buenos Aires, 1996.

SAGÜES, Néstor Pedro. **Constitución de la Nación Argentina, Introducción**. Ed. Astrea, Bs. As. 1995.

SEISDEDOS, Felipe. Algunas reflexiones acerca de la independencia del Ministerio Público, Idearium. **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza**, N° 10/12.

**VENDA PROIBIDA
IMPRESSO COM
RECURSOS PÚBLICOS**



Rua Assunção 1.200 - José Bonifácio, Fortaleza-CE
CEP: 60.050-011 - Fone: (85) 3452.4521 / 3433.7713
www.mpce.mp.br/institucional/esmp

*Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público
do Ceará Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério*