

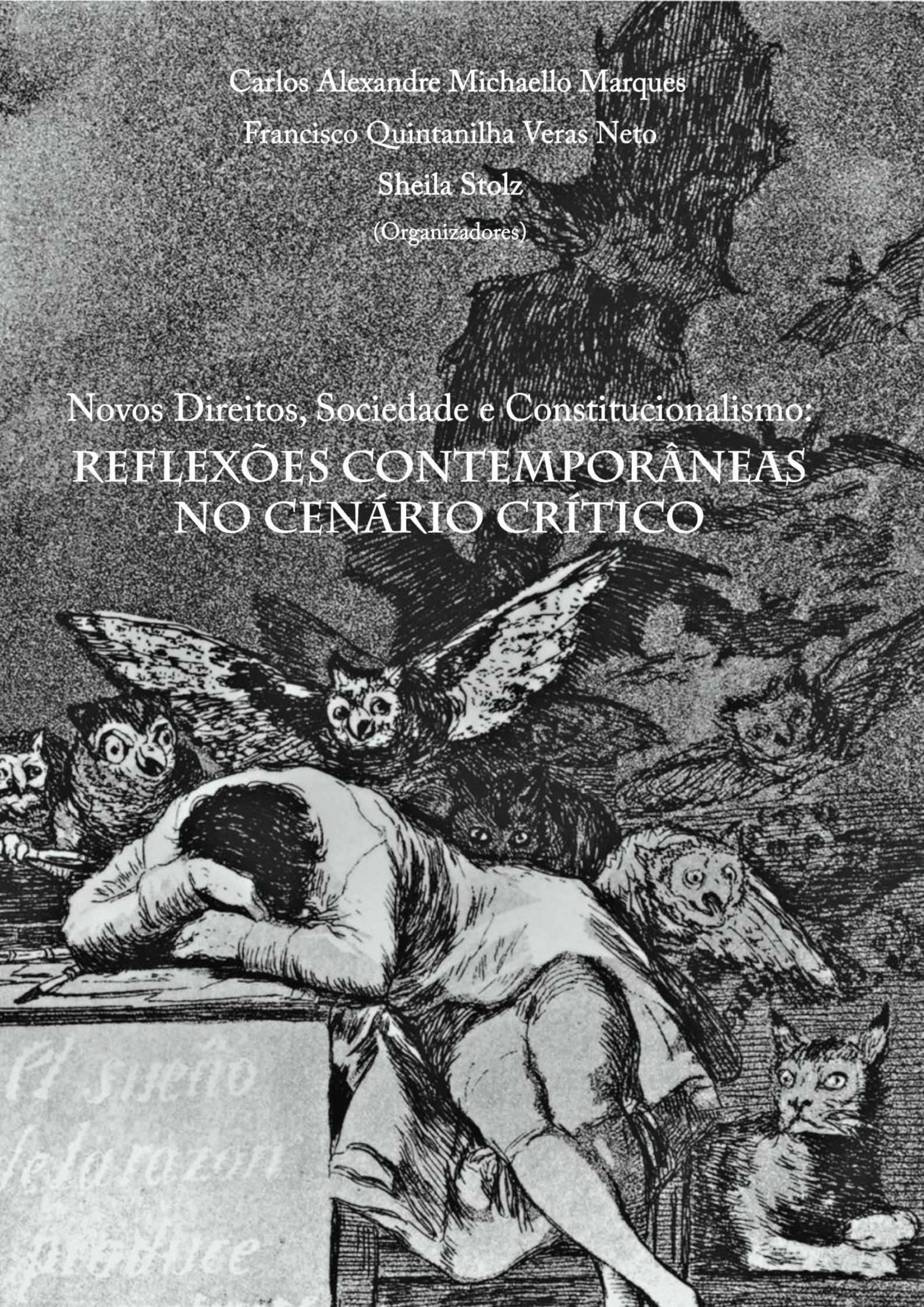
Carlos Alexandre Michaello Marques

Francisco Quintanilha Veras Neto

Sheila Stolz

(Organizadores)

Novos Direitos, Sociedade e Constitucionalismo:
**REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS
NO CENÁRIO CRÍTICO**



OLHARES E REFLEXÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA SOCIAL

Novos direitos, sociedade e constitucionalismo:
reflexões contemporâneas no cenário crítico

Carlos Alexandre Michaello Marques

Francisco Quintanilha Vêras Neto

Sheila Stolz

(Organizadores)

Reitora

CLEUZA MARIA SOBRAL DIAS

Vice-Reitor

DANILO GIROLDO

Pró-Reitora de Extensão e Cultura

LUCIA DE FATIMA SOCOOWSKI DE ANELLO

Pró-Reitor de Planejamento e Administração

MOZART TAVARES MARTINS FILHO

Pró-Reitor de Infraestrutura

MARCOS ANTÔNIO SATTE DE AMARANTE

Pró-Reitora de Graduação

DENISE MARIA VARELLA MARTINEZ

Pró-Reitor de Assuntos Estudantis

VILMAR ALVES PEREIRA

Pró-Reitora de Gestão e Desenvolvimento de Pessoas

MARIA ROZANA RODRIGUES DE ALMEIDA

Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação

EDNEI GILBERTO PRIMEL

Diretora da Secretaria de Educação a Distância

IVETE MARTINS PINTO

Diretor da Faculdade de Direito

CARLOS ANDRÉ HUNING BIRNFELD

Vice-Diretor da Faculdade de Direito

EDER DION DE PAULA COSTA

Coordenadora do Curso de Especialização em

Educação em Direito Humanos

SHEILA STOLZ

Organizadores:

CARLOS ALEXANDRE MICHAELLO MARQUES

FRANCISCO QUINTANILHA VÉRAS NETO

SHEILA STOLZ

Editora da FURG

Coordenador Editora, Livraria e Gráfica

JOÃO RAIMUNDO BALANSIN

Chefe Divisão de Editoração

CLEUSA MARIA LUCAS DE OLIVEIRA

Campus Carreiros

CEP 96.203-900 – Rio Grande – RS – Brasil

Integrante do PIDL

Editora associada à



@Sheila Stolz, 2015.

Coleção Olhares e Reflexões sobre Direitos Humanos e Justiça Social, Volume 5.

Novos direitos, Sociedade e Constitucionalismo: reflexões contemporâneas no cenário crítico

Núcleo de Revisão Linguística

Responsável: Ingrid Ferreira e Gleice Cupertino

Revisores: Eliane Azevedo, Gleice Cupertino, Ingrid Ferreira,

Luciano Cáceres, Marco Müller, Micaeli Soares e Vanessa Matias

Núcleo de Design e Diagramação

Responsável: Lidiane Fonseca Dutra

Capa: Lidianne Fonseca Dutra, sobre a obra "Transverse Line" de Wassily Kandinsky (1923)

Diagramação: Bruna Heller e Carolyne Azevedo

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária Daiane Schramm CRB10/1882

N935 Novos direitos, sociedade e constitucionalismo: reflexões contemporâneas no cenário crítico. / Carlos Alexandre Michaello Marques, Francisco Quintanilha Vêras Neto, Sheila Stolz, organizadores. – Rio Grande : Editora da FURG, 2015.

320p.:il.; 20cm. – (Coleção Olhares e Reflexões sobre Direitos Humanos e Justiça Social; v.5).

Vários autores.

ISBN 978-85-7566-320-2 (Coleção Completa)

ISBN 978-85-7566-366-0 (Volume V)

1. Temática. 2. Novos direitos. 3. Direitos humanos. 4. Constitucionalismo.
I. Vêras Neto, Francisco Quintanilha. II. Marques, Carlos Alexandre Michaello.
III. Stolz, Sheila.

CDU: 342.7

NOVOS DIREITOS, SOCIEDADE E
CONSTITUCIONALISMO:
REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS NO
CENÁRIO CRÍTICO

Coleção Olhares e Reflexões sobre
Direitos Humanos e Justiça Social
Volume V

Comitê Científico e Editorial

Membros Externos

ALEXANDRE WALMOTT BORGES
Universidade Federal de Uberlândia (UFU)

ALFREDO ALEJANDRO GUGLIANO
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

ALVARO SANCHEZ BRAVO
Universidad de Sevilla (Espanha)

ANTONIO CARLOS WOLKMER
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

ANTÔNIO HILÁRIO AGUILERA URQUIZA
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS)

BERENICE ROJAS COUTO
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS)

CASTOR MARI MARTÍN BARTOLOMÉ RUIZ
Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)

DAVID ALMAGRO CASTRO
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS)

DRAITON GONZAGA DE SOUZA
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS)

EDUARDO GOMES
UNIBRASIL/Paraná

ELISABET LEAL
Centro Universitário de Cascavel (UNIVEL)

FERNANDA FRIZZO BRAGATO
Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)

GABRIELA KYRILLOS
Discente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UFSC)

GIUSEPPE TOSI
Universidade Federal da Paraíba (UFPB)

GONZALO AGUILAR CAVALLLO
Universidad de Valparaíso (Valparaíso-Chile) e
Universidad Andres Bello (Santiago-Chile)

HECTOR CURY SOARES
Fundação Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA)

HUMBERTO NOGUEIRA
Universidad de Talca e Centro de Estudios Constitucionales de Chile

JOACHIM ENGLISHCH
Geschäftsführender Direktor des Instituts für Steuerrecht / Professor für Öffentliches Recht und Steuerrecht
Universität Münster (UM/Alemanha)

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA
Universidade Católica de Pernambuco

JOÃO RICARDO WANDERLEY
DORNELLES
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ)

JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS)

JOSÉ OSVALDO JARA GARCÍA
Universidad de Valparaíso (UV/Chile)

JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ
Fundação Getúlio Vargas (FGV) e
Permanente do CEBRAP

JULIÁN SAUQUILLO
Universidad de Autónoma de Madria (UAM/Espanha)

JULIO CESAR LLANAN NOGUEIRA
Universidad Nacional de Rosario (UNR/Argentina)
Membro do Comité Internacional del Programa de Educación para la Paz No violencia y los Derechos Humanos

LÚCIA DE FÁTIMA GUERRA FERREIRA
Universidade Federal da Paraíba (UFPB)

MARIA CRISTINA CERESER PEZZELLA
Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC)

MARIA DE NAZARÉ TAVARES ZENAIDE
Universidade Federal da Paraíba (UFPB)

MIRIAM COUTINHO DE FARIA ALVES
Sociedade de Ensino Superior de Sergipe (SESS)

PAULO RICARDO OPUSZKA
Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA)

ROBERTO BUENO
Universidade Federal de Uberlândia (UFU)

ROBISON TRAMONTINA
Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC)

SOLEDAD GARCIA MUÑOZ
Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)

Inter-American Institute of Human Rights (IIHR)

TAYSA SCHIOCCHET
Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)

THADEU WEBER
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS)

TIAGO MENNA FRANCKINI
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

VERA KARAM DE CHUEIRI
Universidade Federal do Paraná (UFPR)

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA
Universidade Nove de Julho (UNINOVE)

Membros da Universidade Federal do Rio Grande - FURG

CARLOS ANDRÉ HÜNING BIRNFELD
CARLOS ALEXANDRE MICHAELLO MARQUES
CLARICE GONÇALVES PIRES MARQUES
EDER DION DE PAULA COSTA
FRANCISCO QUINTANILHA VERÁS NETO
JAIME JOHN
JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA
JÚLIA MATOS
LIANE HÜNING BIRNFELD
RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER
RENATO DURO DIAS
SALAH HASSAN KHALED JUNIOR
SHEILA STOLZ
SUSANA MARIA VELEDA DA SILVA

Sumário

Prefácio	7
Apresentação	9
▪ Igualdade de tratamento e não discriminação no trabalho: ponderações sobre a nova legislação espanhola sobre teletrabalho	
<i>Jesús Lahera Forteza e Sheila Stolz</i>	13
▪ O discurso de Direitos Humanos e seus paradoxos: por uma crítica da colonialidade e ideologia humanista	
<i>Daniel Carneiro Leão Romaguera</i>	53
▪ Marcas que ainda doem, corpos que ainda sangram: uma análise dos relatos de três ex-presas e torturadas políticas	
<i>Francisco Quintanilha Véras Neto e Natália Centeno Rodrigues</i>	83
▪ Jurisdicción universal derecho penal internacional y relativismo jurídico: el caso del África Subsahariana	
<i>Juan Ramón Álvarez Cobelas</i>	111
▪ Itinerário de uma epistemologia persecutória: a refundação do processo penal inquisitório através da cientificidade e do positivismo jurídico	
<i>Salah Hassan Kaleh Junior</i>	147
▪ Novos horizontes da autonomia da constituição: a compreensão de bloco de constitucionalidade como blindagem aos direitos humanos e como vetor hermenêutico	
<i>Rafael Fonseca Ferreira</i>	173
▪ El poder constituyente de la constitución: entre el derecho, la ética y la política	
<i>Julián Sauquillo de Oliveira</i>	195
▪ Os significantes vazios para uma totalidade latino-americana: as demandas antagônicas no coração do continente e seus reflexos nas relações internacionais (e no direito comunitário) da América do Sul	
<i>Alexandre Neves Sapper</i>	249
▪ Diretivas antecipadas de vontade: possibilidades no direito brasileiro	
<i>Amanda Barbosa</i>	271
Sobre os autores	311

Prefácio

A contemporaneidade é marcada pela fluidez dos institutos que se consolidaram nas conquistas da Modernidade, em especial da modernidade tardia da América Latina, notadamente a do Brasil.

Diante disso, em tempos de excessivas veleidades que colidem com o Estado de Direito, nunca foi tão necessário estudar Direito Constitucional para que se tenha certeza e compreensão dos principais pilares do Republicanismo, do Federalismo e da Democracia de seletividade brasileira e para que não se parem dúvidas sobre as formas de Estado, Governo, Regime e participação popular.

Nesse contexto, recebo com satisfação a incumbência de prefaciар o livro intitulado **NOVOS DIREITOS, SOCIEDADE E CONSTITUCIONALISMO: REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS NO CENÁRIO CRÍTICO**, da Editora da Universidade Federal do Rio Grande – FURG.

O presente trabalho – produzido por precisos dedos e brilhantes mentes – é composto por textos que refletem, de forma transdisciplinar e crítica, acerca da centralidade da condição da Sociedade Contemporânea e do surgimento de Novos Direitos no paradigma do novo Constitucionalismo.

A obra foi desenvolvida a partir de pesquisas de colegas da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, principalmente do Mestrado em Direito e Justiça Social da FURG e do Grupo de Pesquisa Transdisciplinar em Pesquisa Jurídica para a Sustentabilidade (GTJUS) e seus convidados. Parabenizo os Organizadores, Professores Carlos Alexandre Michaello

Marques, Francisco Quintanilha Vêras Neto e Sheila Stolz, que, por intermédio do Curso de Especialização em Educação em Direitos Humanos, ofertado pela Secretaria de Educação a Distância – SEaD/FURG, proporcionam aos futuros leitores um livro com a marca de uma reflexão crítica.

Recebam o presente prefácio como um abraço sinestésico de uma parceria eterna nas lides intelectuais e práticas sociais.

Santa Maria, 25 de março de 2015.

Paulo Ricardo Opuska

Doutor em Direito pela UFPR

Professor Adjunto da Universidade Federal de Santa Maria/RS

Professor Colaborador do Mestrado em Direito Empresarial e

Cidadania do Centro Universitário de Curitiba

Apresentação

Com grande entusiasmo, apresento esta obra realizada a várias mãos, a qual demonstra que o esforço da produção acadêmica de qualidade está cada vez mais descentralizado, seja em terras brasileiras ou internacionalmente. Novos Direitos, Sociedade e Constitucionalismo: reflexões contemporâneas no cenário crítico se consubstancia em apresentar temas extremamente estimulantes, visto que esta proposta pretende suscitar reflexões contemporâneas no cenário crítico em que vivemos.

Esse trabalho, que ora se apresenta, é composto, primeiramente, pelo texto Igualdade de tratamento e não discriminação no trabalho: ponderações sobre a nova legislação espanhola sobre teletrabalho, de Sheila Stolz e Jesus Lahera Forteza, que abrange a interpretação da lei espanhola sobre o teletrabalho, demonstrando a flexibilização da legislação trabalhista e as mudanças do mundo do trabalho em tempos de neoliberalismo e de crise europeia.

Na sequência, encontra-se o texto O discurso de Direitos Humanos e seus paradoxos: por uma crítica da colonialidade e ideologia humanista, de autoria de Daniel Carneiro Leão Romaguera e Carlos Alexandre Michaello Marques, os autores refletem sobre um tema central na teoria do pluralismo jurídico e da decolonialidade, por meio de uma crítica da epistemologia da subalternidade dos saberes latino-americano e humanista que, mesmo com o eurocentrismo/etnocentrismo, possui elementos, não categorias/classificações, que podem ser incorporados em uma nova práxis insurgente sem afastar a necessidade de uma revisitação crítica.

O terceiro capítulo, *Marcas que ainda doem, corpos que ainda sangram: uma análise dos relatos de três ex-presas e torturadas políticas*, de autoria de Francisco Quintanilha Verás Neto e Natália Centeno Rodrigues, trata do ocultamento dessa realidade e da forma como é negligenciada pela trajetória política conservadora brasileira, apesar da importância do relatório recente da Comissão Nacional da Verdade. Este demarca a importância e a relevância da questão dos direitos humanos ainda não resolvidas na história recente latino-americana; e as dificuldades explícitas na busca da justiça de transição e da consolidação da democracia formal brasileira, tendo em vista os avanços mais significativos alcançados em países como a Argentina.

O quarto trabalho, intitulado *Jurisdicción universal derecho penal internacional y relativismo jurídico: el caso del África subsahariana*, de Juan Ramón Álvarez Cobelas, traz a importante reflexão da questão africana abordada a partir do Direito Penal Internacional e do relativismo jurídico que emerge de questões de diálogo interculturais e, também, do pluralismo jurídico no caso africano, com sua dimensão pluriétnica, cultural e nacional, moldada pelas potências europeias.

No quinto capítulo, o trabalho *Itinerário de uma epistemologia persecutória: a refundação do processo penal inquisitório através da cientificidade e do positivismo jurídico*, de autoria de Salah Hassan Kaleb Jr., trata das práticas de poder do sistema inquisitório penal e sua renovação nos quadros do positivismo e do cientificismo do passado, mesmo nos debates contemporâneos, abrindo um espaço paradigmático de questionamento dentro das estruturas epistemológicas da dogmática penal e da criminologia. O texto denota novas formas de controle social biopolítico e disciplinar sobre as mentes e os corpos pelos sistemas de poder que, dentro da ambiência da microfísica do

poder, criam sistemas de poder amparados em novas epistemologias derivadas das formas de controle social exercidas pelo processo penal contemporâneo.

O sexto trabalho, intitulado *Novos horizontes da autonomia da Constituição: a compreensão de bloco de constitucionalidade como blindagem aos Direitos Humanos e como vetor hermenêutico*, de autoria de Rafael Fonseca Ferreira, considera outro tema central a partir da teoria do direito e dos direitos humanos, compreendendo o vetor hermenêutico: as formas de saber destinadas à interpretação, filtragem e orientação dos direitos humanos dentro do vetor de constitucionalidade vigente.

O capítulo sete, de autoria de Julián Sauquillo, *El poder constituyente de la constitución: entre el derecho, la ética y la política*, relaciona o problema investigativo e político da constitucionalidade na seara das interpelações existentes entre ética, direito e políticas essenciais para uma ponderação epistemológica adequada à constitucionalidade, abrindo espaço para a insurgência do direito em suas configurações emancipatórias e libertadoras.

O penúltimo capítulo, de autoria de Alexandre Neves Sapper, *Os significantes vazios para uma totalidade latino-americana: as demandas antagônicas no coração do continente e seus reflexos nas relações internacionais (e no direito comunitário) da América do Sul*, busca uma abordagem diferenciada de temas centrais decorrentes da formação de uma nova realidade emergente nos blocos sul-americano e latino-americano, os quais trazem a emergência de uma nova realidade de poder geopolítico que altera as relações de poder com reflexos no Direito Internacional Contemporâneo.

O nono e último capítulo, de autoria de Amanda Barbosa, versa sobre *Diretivas antecipadas de vontade: possibilidades no direito brasileiro e convida o jurista a esta nova orientação jurídica*. Esta escrita se volta para os pacientes em situação terminal e debate uma questão central dos direitos humanos

concernente à dignidade da pessoa humana e à dimensão ética no que diz respeito à fixação dos limites da vida pelo próprio indivíduo.

Desse modo, o livro busca fomentar presentes e futuras análises dos paradigmas que orientam contemporaneamente a Hermenêutica, a Sociedade e a Natureza. Em outras palavras, o que esperam os organizadores dessa obra, com a certeza da concordância dos demais autores, é a contribuição para a produção de saberes críticos, conscientes e comprometidos com o processo de mudança social e no Direito.

Clarice Gonçalves Pires Marques

Cidade do Rio Grande

Igualdade de tratamento e não discriminação no trabalho: ponderações sobre a nova legislação espanhola sobre teletrabalho

Equal treatment and non-discrimination on grounds of gender and the new
Spanish legislation on teleworking

*Igualdad de tratamiento y no discriminación en el trabajo: ponderaciones sobre la
nueva legislación española sobre teletrabajo*

Jesus Lahera Forteza

Sheila Stolz

SUMÁRIO: *Introdução; 1 - A Economia Informacional: Sua Configuração e Seu Alcance na Gestão das Organizações e no Mundo do Trabalho; 2- Denominação e Singularidades do Trabalho a Distância; 3- Marco Internacional, Europeu e Espanhol de Regulação do Teletrabalho; Aportes Finais; Referências.*

Introdução

Se no passado a tendência geral era a de canalizar a força humana produtiva através do contrato de trabalho presencial [1], contemporaneamente se assiste a um processo de mudanças caracterizado, entre outros aspectos, pela perda da hegemonia sociocultural e jurídica do trabalho típico. Isto porque, como é notório, desde os anos setenta do final do século passado, o mundo do trabalho vem transitando por um período de grandes transformações que modificaram substancialmente os pilares sobre os que se instituiu o Direito do Trabalho.

A revolução tecnológica e a convergência digital facilitaram a produção a nível global, convertendo em paradigma da unidade produtiva a chamada empresa em rede – aquela que tem como principal característica a organização a partir da conexão de suas competências essenciais e um alto nível de interfaces com outras empresas também componentes da rede. Tais características implicam não somente um aumento do volume de transações, quando comparado com uma organização verticalmente integrada – tal como eram as organizações que seguiam o modelo fordista –, mas também e, sobretudo, o fato de que estas novas organizações são, como bem frisa Manuel Castells (2000), “capazes de se formar e expandir por todas as principais ruas e ruelas traseiras da economia global” (p. 160).

Assim, o cenário produtivo contemporâneo mostra variadas tendências que convivem simultaneamente e que podem ser resumidas da seguinte forma. Por um lado, o panorama em que as empresas elegem se subdividir em um conglomerado de organizações empresárias sempre dirigidas a partir de uma central, e, por outro lado, estas mesmas empresas transladam a outros empreendimentos fases de sua produção, tendo a estas últimas como subcontratadas e provedoras. Ambos processos sucintamente descritos dão forma à descentralização produtiva que, apoiando-se nas novas tecnologias e na minimização dos custos, visa obter mais e maiores níveis de eficiência produtiva em termos nacionais e internacionais.

Na contramão da remodelação empresarial, com vistas a se fortificar, constata-se o debilitamento do Estado acirrado, sobretudo, pela globalização da economia e pela perda dos espaços nacionais desbordados por unidades econômicas que transcendem suas fronteiras – circunstância que acaba provocando a perda de controle sobre elas. Fato que pode ser constatado quando se averigua, tal como demonstrado no estudo realizado por James Stefania Vitali

e Stefano Glattfelder (2011), que 40% do valor de todas as transnacionais do mundo estão controladas por um núcleo (*core*) de 147 transnacionais, o qual é composto, ademais, por três quartas partes de entidades financeiras.

A empresa em rede não é somente a demonstração organizativa de uma nova ordem econômico-social, mas como bem advertem Luc Boltansky e Eve Chiapello (1999), é um anúncio de que o capitalismo está em “plena expansão e profundamente regenerado” (p.18). Precisamente por isto, defende-se aqui a ideia de que as mudanças na produção e nos mercados, assim como as transformações culturais – a chamada pós-modernidade –, não são, tal qual afirma Ellen Wood (1997), manifestações separadas, “mas sim vinculadas a um momento de maturação e universalização do capitalismo” (p. 539).

O impacto desses fenômenos supôs, igualmente, um incalculável desafio para as normativas laborais acostumadas a regular – em âmbito estritamente nacional – o trabalho subordinado e por conta alheia realizado dentro do modelo de organização empresarial tradicional. Como o mundo do trabalho se encontra moldado por essa nova sistemática produtiva em suas diversas e poliédricas variantes, certo é que ele requer tipologias de trabalho mais flexíveis e informais. Não obstante, cabe recordar que convivem com esta tendência contemporânea de produção, as tradicionais e paradigmáticas formas fordistas e tayloristas de produção [2], bem com o tráfico de pessoas e o tráfico ilícito de imigrantes com a finalidade de exploração do seu trabalho – fenômeno bastante comum em países desenvolvidos [3] –, e as deploráveis formas análogas ao trabalho escravo que ainda ocorrem em países como o Brasil.

Nesse cenário em que os paradigmas do mundo do trabalho se transformaram substancialmente, pode-se dizer que para as empresas o teletrabalho supõe uma resposta apta a se fazer frente às rápidas e ágeis mudanças que exigem, entre outros fatores: 1) o incremento da flexibilidade

organizativa e pessoal; 2) o aumento das possibilidades de contratação – dado que as barreiras do distanciamento e dos condicionantes geográficos foram quase que totalmente superadas; 3) a redução de custos, como por exemplo, na aquisição e/ou aluguel de imóveis e de transportes; 4) a ampliação das comunicações; e, 5) a maior mobilidade e melhoria da produtividade e da competitividade.

No que diz respeito à trabalhadora [4] e ao trabalhador, pode-se arguir, pelo menos em um primeiro momento, que o teletrabalho: 1) tende a incrementar as oportunidades de trabalho, principalmente, para os grupos mais vulneráveis (mulheres e pessoas com deficiência, por exemplo); e, 2) a possibilitar um grau maior de autonomia e de gestão do tempo e do lugar de trabalho, já que elimina a carga de se transladar ao local de trabalho. Em consequência disto, possibilita também a otimização da relação entre tempo de trabalho e tempo livre.

Não obstante todas estas “benesses”, o teletrabalho também apresenta zonas sombrias. Antes de tudo, porque existe o risco manifesto de que este tipo de trabalho seja utilizado como forma encoberta de reduzir significativamente o contingente de mão de obra, precarizando ainda mais as relações de trabalho dado o rebaixamento dos níveis de proteção e/ou de que se estabeleça o que, todavia, é ainda mais grave, o chamado “*dumping* social”. Tal fenómeno é levado a termo por empresas de países desenvolvidos nos países em que as legislações trabalhistas e previdenciárias são menos protetivas e que visam, em efeito, a contratação de mão de obra de baixo custo.

O teletrabalho e o seu entorno sócio-jurídico – tema deste ensaio–, é um dos objetos que fez parte de uma pesquisa mais ampla levada a termo durante o doutorado sanduíche (PDSE-CAPES) realizado pela autora na Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid (UCM/España)

sob a orientação do Professor Dr. Jesús Lahera Forteza (co-autor). Em sentido amplo, nessas páginas serão analisados os desafios que este tipo de atividade e os novos direitos que demanda comportam para o cenário crítico vivenciado pelas democracias constitucionais do século XXI. Em sentido mais restrito, parte da pesquisa aqui transcrita procurará averiguar se a nova regulamentação do teletrabalho, advinda da Reforma Laboral espanhola consolidada em 2012 através da Lei n. 3/2012, consegue enfrentar de forma adequada o valor-princípio-direito concernente à igualdade de tratamento e não discriminação das teletrabalhadoras e dos teletrabalhadores.

Portanto, com o objetivo de sopesar qual *é* e também qual *deve ser* o significado e o conteúdo da proteção social das teletrabalhadoras e dos teletrabalhadores no que concerne a igualdade de tratamento e não discriminação – âmbitos de proteção que configuram um catalizador da promoção da dignidade humana – lançar-se-á mão, metodologicamente, do necessário diálogo entre as fontes jurídicas do Direito Internacional, da União Europeia e da Constituição e Legislações ordinárias espanholas.

A partir destas premissas e na primeira seção, se apresentar à um quadro geral sobre a economia informacional (aquela que tem seus alicerces fundacionais na comunicação e no processamento da informação) e sua influência na gestão das organizações e no mundo do trabalho. A partir de distintas terminologias, tratar-se-á, na segunda seção, da denominação e das singularidades do teletrabalho. Realizadas estas aproximações iniciais, analisar-se-á, na terceira e última seção, a regulamentação sobre o teletrabalho, tendo como marco normativo os âmbitos internacional, comunitário e espanhol.

Dado a amplitude e o dinamismo do teletrabalho, concluir-se-á que este tipo de atividade laboral necessita de uma regulamentação específica e adaptável as suas singularidades. Sendo assim, este tipo de atividade laboral

requer que se atenda aos interesses de um mercado flexível, mutável e volátil, mas também e, sobretudo, que se protejam os direitos fundamentais das teletrabalhadoras e dos teletrabalhadores – papel que efetivamente sempre jogou e que deve seguir jogando o Direito do Trabalho em um Estado de Direito Constitucional Democrático.

1- A Economia Informacional: Sua Configuração e Seu Alcance na Gestão das Organizações e no Mundo do Trabalho

A partir das três décadas finais do século XX, iniciou-se uma etapa na qual o setor terciário (comércio e serviços) se ampliou, passando gradativamente a incorporar parcelas maiores de trabalhadoras e trabalhadores em relação ao setor secundário (indústrias). Em ambos os setores o emprego das novas tecnologias se tornou crescente, gerando constantes mudanças nas formas de gerir e executar o trabalho, agora alicerçado nas Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC's) – entendido, como bem retratado por Jordi Vilaseca i Requena (2004), como aquele conjunto convergente de aplicações de informática, microeletrônica, telecomunicações, optoeletrônica e outros tantos avanços científicos e tecnológicos aplicados massivamente na esfera econômica e utilizados para um grande número de usos sociais. Ademais, como bem explana Maíra Baumgarten (2006):

[...] a tecnologia caracteriza-se por ser um tipo específico de conhecimento, com propriedades que a tornam apta a, uma vez aplicada ao capital, imprimir determinado ritmo a sua valorização. Como toda produção humana, a tecnologia deve ser pensada no contexto das relações sociais e dentro de seu desenvolvimento histórico. (p. 288).

Pronunciando-se no mesmo sentido Ursula Huws (2009, p. 38) descreve a implementação das TIC's como uma onda de mudanças tecnológicas que beneficiou tanto a produção quanto o consumo de bens, além, é claro, de provocar uma ruptura de paradigmas no mundo do trabalho. O uso intensivo das TIC's nas grandes empresas decorre da relevância que a inovação passou a ter no quadro de intensa competitividade globalizada, tornando tais ferramentas importantes para todas as empresas e, em particular, para as empresas de produção de bens e prestação de serviços, mormente pela capacidade de processamento e armazenamento de dados, velocidade de comunicação com acesso em rede mundial e redução de custos. Portanto, pode-se dizer que:

A tecnologia da informação está presente no que define as fronteiras de negócios, nas estruturas corporativas e na determinação da vantagem competitiva e, sendo que direciona o valor e a criação de riqueza, torna-se a chave do sucesso para um número crescente de indústrias. Sendo assim, a Internet passa a ser uma das principais representantes da inovação gerada pela evolução da tecnologia da informação. Sua ascensão tem um impacto profundo sobre as empresas, já que tem uma infraestrutura digital de baixo custo. Isso permite a comunicação, não só entre empresas, mas também entre consumidores, unindo todos em uma cadeia de valor integrado. (SANTILLE, 2002, p. 14).

Com o *boom* da economia informacional baseada na comunicação, o processamento da informação passou a ser um elemento de trabalho. Trabalhar com a informação “é considerado, hoje, um recurso econômico essencial, mais importante do que a matéria-prima física, e até mesmo do que o próprio dinheiro” (SANTILLE, 2002, p. 13-14). Ademais, dado o fato de que as

empresas dependem das capacidades intelectuais e das competências apresentadas pelos indivíduos, a forma de contratação de trabalhadoras e trabalhadores também acaba se alterando substancialmente, posto que a

[...] introdução do trabalho imaterial – cujo produto é consumido no momento de sua produção – supõe a disponibilidade de capacidades de comunicação, compreensão, cooperação e criação. Habilidades estas que, no entanto, não podem simplesmente ser comandadas: elas dependem do investimento pessoal do funcionário no emprego para que sejam acionadas e disponibilizadas. (ROSENFELD, 2009, p. 174).

As novas tecnologias propiciaram, ainda, a facilidade de contratação de trabalho a distância, majorando em números nunca antes vistos o contingente de teletrabalhadoras e de teletrabalhadores que prestam serviços para além dos limites territoriais geográficos – sejam eles transregionais, transnacionais e transcontinentais – quebrando, igual e conjuntamente, as barreiras temporais. Nesse sentido, argumenta Raquel Serrano Olivares (2005) que o avanço das

[...] novas tecnologias da informação estão permitindo que o trabalho baseado na informação (criação, tratamento ou processamento) possa executar-se em qualquer lugar, de sorte que o trabalho está abandonando os lugares de produção habituais, produzindo um deslocamento das atividades produtivas e, conseqüentemente, uma flexibilização sem precedentes do lugar do trabalho. (p. 419).

Esta modalidade contemporânea de trabalho suscita a pactuação de contratos internacionais de trabalho, circunstância que pode acarretar: 1) conflito de leis trabalhistas no espaço oriundo da convivência de normativas

laborais de Estados diversos, tendo em vista a vinculação com o país de origem da teletrabalhadora e do teletrabalhador com o país de prestação dos serviços e com o país do local do estabelecimento do empregador; e, o que todavia é mais problemático, 2) a desproteção total das teletrabalhadoras e dos teletrabalhadores.

Precisamente por estas, entre outras palpáveis mudanças, a economia informacional segue produzindo desigualdades seja porque: 1) mantém “um grande número de empregos iguais aos da economia industrial: não-profissionalizados e que envolviam atividades de rotina” (GIDDENS, 2005, p. 311); 2) as teletrabalhadoras e os teletrabalhadores de base continuam sendo monitorados por seus supervisores e seguem sendo observados com apoio em padrões rigorosos de prestação de serviços, posto que através das TIC's este controle se mostra ainda mais eficiente e invasivo do que fora outrora; e, 3) as teletrabalhadoras e os teletrabalhadores podem se ver completamente desamparados em seus direitos. Estas motivações levaram tanto a Organização Internacional do Trabalho (OIT) como a União Europeia e mais recentemente a Espanha a normatizar o trabalho a distância e, mais especificamente, o teletrabalho, tema que será tratado depois da próxima seção, em que buscar-se-á aclarar a terminologia adotada quanto a este tipo de trabalho e outras especificidades do mesmo.

2- Denominação e Singularidades do Trabalho a Distância

Existem diversos termos para se referir ao trabalho efetuado por uma pessoa a distância e mediante a telemática [5] ou, mais amplamente, por meio das telecomunicações.

Costumam ser utilizadas majoritariamente para se referir a este tipo de

trabalho, palavras de origem anglo-saxônica como: *telecommuting* (expressão muito difundida, similar a «tele translado» e utilizada para destacar que a realização do teletrabalho colabora na economia de uma dupla viagem diária: de casa para o local de trabalho e vice-versa) [6]; *telework* (teletrabalho), *networking* (trabalho em rede), *remote working* (trabalho a distancia), *flexible working* (trabalho flexível) e *home working* (trabalho em casa) [7]; *electronic cottage*, *flexi-place*, *electronic homeworking*, *telehomeworking* e/ou *E-work* ou *eWork* [8]. Em português, assim como em castelhano, parece que se impôs o uso da denominação teletrabalho.

A ambiguidade terminológica também acaba provocando confusões quanto ao levantamento deste tipo de trabalho, embora algumas pesquisas acabem por desvelar seu notório crescimento em âmbito europeu. Em 2005, a investigação coordenada por Christian Welz e Felix Wolf denominada “Teletrabalho na União Europeia” revela, conforme tabela a seguir, a incidência do teletrabalho naquele âmbito.

Incidência de teletrabalho na EU27 e Noruega, 2005 (%)

	% envolvida em teletrabalho, no mínimo, de 'a quarta parte do tempo' ou mais	% envolvida em teletrabalho 'quase todo o tempo'
República Checa (CZ)	15.2	9.0
Dinamarca (DK)	14.4	2.6
Bélgica (BE)	13.0	2.2
República Báltica (LV)	12.2	1.8
Holanda (NL)	12.0	1.9
Estônia (EE)	11.8	1.4
Finlândia (FI)	10.6	1.6
Polónia (PL)	10.3	2.3
Noruega (NO)	9.7	1.3
Suécia (SE)	9.4	0.4
Áustria (AT)	8.6	3.2
Reino Unido (UK)	8.1	2.5
Eslováquia (SK)	7.2	3.4
Grécia (EL)	7.2	1.4
Espanha (ES)	6.9	1.5
Lituânia (LT)	6.8	0.7
Eslovênia (SI)	6.7	1.9
Alemanha (DE)	6.7	1.2
França (FR)	5.7	1.6
Chipre (CY)	5.7	0.0
Luxemburgo (LU)	4.8	0.0
Irlanda (IE)	4.2	0.5
Hungria (HU)	2.8	0.5
Romênia (RO)	2.5	0.7
Itália (IT)	2.3	0.5
Portugal (PT)	1.8	0.4
Bulgária (BG)	1.6	0.0
Malta (MT)	0.0	0.0
UE27	7.0	1.7

Nota: resultado conforme a resposta 11 do questionário aplicado e que diz respeito ao teletrabalho realizado em casa através de um PC [9].

O Gabinete de Estatísticas da União Europeia (EUROSTAT [10]) também demonstra que entre 2004 e 2010 o número de empresas que ofereciam postos de trabalho através do teletrabalho recebeu um considerável impulso. Isto se pode averiguar nos dados recolhidos por esta organização, os quais apontam para a verificação de que em 2004 somente uma quarta parte das empresas oferecia este tipo de trabalho, enquanto que em 2012 este tipo de trabalho aumentou para consideráveis 60%.

Não obstante, depois de anos de crescimento do teletrabalho, tem-se produzido em âmbito europeu, também segundo o EUROSTAT, certo estancamento na criação de novos postos de teletrabalho. A percentagem de empresas que ofereceu este tipo de trabalho as suas empregadas e aos seus empregados em 2012 foi ligeiramente inferior que em 2010, apesar de ter-se alcançado os 60% já mencionados.

Segundo dados recentes do EUROSTAT, empresas com teletrabalhadoras e teletrabalhadores (10 ou mais empregadas/empregados, excluídas destes dados as instituições financeiras – justamente as que mais se utilizam das TIC's – e de saúde) compuseram, na União Europeia em 2012, o seguinte quadro de teletrabalho:

Países/ %Teletrabalho	0% 20% 40% 60% 80% 100%
Espanha	54%
França	55%
Países Baixos (Holanda)	58%
UE-27	60%
Alemanha	66%
Dinamarca	74%
Polônia	75%
Finlândia	79%

No caso da Espanha, a pesquisa “Tecnologias da Informação na empresa. Análise 2013”, coordenada por Sajid Abad, apresenta dados recopilados do Instituto Nacional de Estatística (INE/ES), do Observatório Nacional de Telecomunicações (ONTSI/ES) e do EUROSTAT sobre o nível de implementação das TIC’s nas empresas espanholas. Entre as principais constatações, destaca-se o incremento em 20% de teletrabalho durante a última década, já que em 2003 apenas 7% das empresas o utilizavam e em 2013 este percentual passou a ser de 27%. Tal porcentagem se repete também em se tratando de empresas públicas.

Essas circunstâncias justificaram a criação de normativas para tratar do teletrabalho tanto em âmbito internacional – pela OIT – como em âmbito europeu – com o advento do Acordo Macro Europeu sobre Teletrabalho (AETL). Além disso, em âmbito espanhol, tal criação de normas se deu através de acordos envolvendo representantes das organizações de trabalhadoras e trabalhadores e das empresas e que resultou nos Acordos Inter-Confederativos

de Negociação Coletiva (Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva – AINC) e, mais recentemente, na nova redação do artigo 13 do Estatuto dos Trabalhadores (Estatuto de los Trabajadores), temática que será analisada na próxima seção.

3- Marco Internacional, Europeu e Espanhol de Regulação do Teletrabalho [11]

A regulação laboral do teletrabalho tem, nos países pertencentes à União Europeia, três marcos de orientação normativa: o internacional, o europeu e o nacional. Estas três perspectivas oferecem algumas pautas jurídicas frente ao fenómeno cada vez mais estendido na Europa do teletrabalho, sem que, no caso da Espanha, exista uma regulamentação laborativa com delimitação clara e exhaustiva sobre o tema.

A referência normativa no plano internacional advém da Convenção n. 177 da OIT sobre trabalho em domicílio, ratificada por grande parte dos países europeus. Este texto normativo configura o teletrabalho em sentido amplo, ao incluir não somente o estrito trabalho no domicílio da trabalhadora e do trabalhador, mas também aquele realizado em outros locais disponibilizados pelo empregador e com meios tecnológicos adequados.

A perspectiva europeia está presidida pelo Acordo Marco Europeu sobre Teletrabalho (AETL). Este acordo voluntário pactuado entre agentes sociais europeus (Confederação Europeia de Sindicatos – CES, a União de Confederações da Indústria e de Empresários da Europa – UNICE, a União Europeia de Artesanato e da Pequena e Média Empresa – UNICE/UEAPME e o Centro Europeu da Empresa Pública – CEEP) teve como objetivo estabelecer um termo geral a nível europeu, adotando, em consequência, uma definição ampla de teletrabalho como

[...] uma forma de organização e/ou realização de trabalho, utilizando as tecnologias da informação no marco de um contrato ou de uma relação de trabalho, e na qual um trabalho que poderia ser realizado igualmente nos locais da empresa se efetua fora destes locais de forma regular. (AETL, 2002, p. 1 [12]).

Quanto à regulamentação nacional, cada Estado membro da União Europeia tem que afrontar o problema do trabalho a distância e, em particular, do teletrabalho, com todas suas singularidades. E, no que concerne aos clássicos ordenamentos laborais, pode-se afirmar que estes não têm, por si mesmos, como dar conta desta realidade sem que atualizem suas normas. Motivo pelo qual os sindicatos e as empresas através dos acordos e das convenções coletivas vem colaborando de forma mais ágil e eficaz para o desenvolvimento de normas de teletrabalho amoldadas a realidade concreta de cada setor de atividade produtiva.

Os desafios do Direito do Trabalho frente ao teletrabalho se movem, portanto, nos planos internacional, europeu e nacional, dentro da interação entre os tratados da OIT, as normativas europeias e as leis, os acordos e as convenções coletivas em âmbito nacional. Não obstante as pautas gerais e de orientação oferecidas por estes marcos legais, nem sempre se resolvem de forma satisfatória a maioria dos problemas que sobrevém desta nova forma de organização do trabalho, como se analisará precisamente no caso espanhol. Desde essas referências, as que irão ser mencionadas continuamente, apresentar-se-á a recente reforma do teletrabalho na Espanha.

O antigo artigo 13 da Lei do Estatuto dos Trabalhadores (ET) – Lei esta que foi aprovada pelo Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de março – contemplava o trabalho em domicílio de maneira restritiva, pois associava este tipo de trabalho a uma situação fática: ao domicílio da trabalhadora ou do trabalhador, impossibilitando, ademais, o controle da empresa sobre as tarefas

realizadas. Cabe aclarar que as normas legais espanholas existentes estavam verdadeiramente defasadas com relação à realidade sociolaborativa atual.

Precisamente por isto, em 2003, se pactua o Acordo Inter-Confederativo de Negociação Coletiva [13] (Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003 – AINC-2003), o qual foi firmado pelas organizações sindicais e empresariais mais representativas. O AINC-2003, instrumento que difundiu e promoveu o teletrabalho em âmbito espanhol, configura, entre suas pautas, um conceito de teletrabalho e reafirma o princípio do consensualismo – princípio pelo qual o contrato resulta do consenso e do acordo de vontade das partes – constante do AETL, bem como faz constar a igualdade de direitos da teletrabalhadora e do teletrabalhador com relação aos demais.

Ideais basilares logo reiterados em outros acordos similares como, por exemplo, o AINC-2005, que declara a necessidade de regular o teletrabalho nos acordos e nas convenções coletivas. Além disso, contempla, outrossim, os seguintes aspectos: a consensualidade, a reversibilidade do contrato de trabalho (trabalho típico para teletrabalho e vice-versa) e a igualdade de direitos e, por último, a conveniência de que se regulamentem determinados aspectos, como, *verbi gracia*, a privacidade, a confidencialidade, a prevenção de riscos laborais, a formação da trabalhadora e do trabalhador.

Não obstante estas louváveis iniciativas, fazia-se necessária uma reforma na legislação do trabalho que englobasse o teletrabalho. A profunda reforma laboral espanhola levada a termo em 2012 através da Lei n. 3/2012, publicada em 7 de julho de 2012 no Boletim Oficial Espanhol n. 162 (Boletín Oficial Español [14]), enfrentou o teletrabalho ainda que de forma não plenamente satisfatória. Isto porque a grande preocupação à época, explanada em suas

disposições gerais, era a insustentabilidade estrutural do modelo de mercado de trabalho espanhol [15], que estava suscitando enormes problemas

[...] nos fundamentos mesmos do nosso modelo sócio laboral e requerendo uma reforma de envergadura, que, apesar das mudanças normativas experimentadas nos últimos anos, continua sendo reclamada por todas as instituições econômicas mundiais e europeias que analisaram nossa situação, pelos mercados internacionais que contemplam a situação do nosso mercado de trabalho com enorme desassossego e, sobretudo, pelos dados da nossa realidade laboral, que esconde **verdadeiros dramas humanos** [16]. As cifras expostas põem de manifesto que as reformas laborais realizadas nestes últimos anos, ainda que bem-intencionadas e orientadas em boa direção, foram reformas falidas. (BOE n. 162, 2012, p. 49113-49114).

A Lei n. 3/2012 além de reformular vários artigos do Estatuto dos Trabalhadores, cria, entre outras, algumas medidas para favorecer a empregabilidade, diminuir as indenizações pela extinção do contrato de trabalho e incrementar a flexibilidade interna nas empresas como alternativa a massiva destruição de postos de trabalho. Assim, modifica, por fim, o antigo artigo 13 do ET que foi substituído pelo novo artigo 13 do ET, o qual altera a definição de trabalho a distância e incorpora novas regras ao mesmo.

Conforme o artigo 6 da Lei n. 3/2012, que dá nova redação ao artigo 13 do ET, considera-se trabalho a distância “aquele no qual a prestação da atividade laboral se realize de maneira preponderante no domicílio do trabalhador ou em lugar livremente elegido por este, de modo alternativo a seu desenvolvimento presencial no centro de trabalho da empresa”.

A terminologia do ET mudou de “*contrato em domicílio*” para “*trabalho a distância*”. Após esta alteração, seguramente já não cabe mais falar de uma

modalidade contratual específica para esta forma de trabalhar. O trabalho a distância pode se integrar em qualquer modalidade contratual, mas não configura uma própria. Assim, deduz-se também, da leitura do artigo 13 do ET, que designa o “*acordo*”, e não o “contrato de trabalho”, como fundamento deste tipo de prestação de trabalho. Pese a esta consideração, continua existindo uma alusão no artigo 8.2 do ET [16] à forma escrita de “contratos” de trabalho a distância.

O trabalho a distância continua se assemelhando ao trabalho em domicílio ou ao lugar eleito pela trabalhadora ou pelo trabalhador. Ainda assim, como foi exposto, muda a terminologia do contrato de trabalho em domicílio e, em seu lugar, assume-se a de trabalho a distância – aquele que engloba as novas tecnologias que estão transformando a organização do trabalho, como bem expressa a exposição de motivos da Lei n. 3/2012, *in verbis*:

O desejo de promover novas formas de desenvolver a atividade laboral faz que dentro desta reforma se busque também dar cabida, com garantias, ao teletrabalho: uma particular forma de organização de trabalho que encaixa perfeitamente no modelo produtivo e econômico que se persegue, ao favorecer a flexibilidade das empresas na organização do trabalho, incrementar as oportunidades de emprego e otimizar a relação entre tempo de trabalho e vida pessoal e familiar. Se modifica, para tanto, a ordenação do tradicional trabalho em domicílio para dar acolhida, mediante uma regulação equilibrada de direitos e obrigações, ao trabalho a distância baseado no uso intensivo das novas tecnologias. (BOE n.º 162, 2012, p. 49115).

O teletrabalho com meios tecnológicos específicos pode, desde logo, encaixar-se nesta nova definição e regulamentação do artigo 13 do ET, como espécie do gênero trabalho a distância. A utilização tecnológica de distintos

instrumentos que permitem teletrabalhar seja em domicílio ou em lugar distinto não choca com esta nova definição.

O que chama atenção na Lei é a restrição do lugar de trabalho ao *domicílio ou ao lugar livremente elegido* pela trabalhadora ou pelo trabalhador, quando costuma ser a empresa quem organiza o teletrabalho realizado no domicílio ou em centros tecnológicos destinados a este fim. Esta restrição pode expulsar formas de teletrabalhar do artigo 13 do ET como, por exemplo, aquelas que se desenvolvem em centros tecnológicos da própria empresa. A razão desta opção foi a de outorgar maior flexibilidade às empresas. Acaso se trabalhe em casa ou em lugar escolhido pela trabalhadora ou pelo trabalhador se aplicará o artigo 13 do ET. Se, por ventura, o trabalho é exercido em um centro tecnológico da empresa não se aplicará o mencionado artigo. Não obstante, nesta opção de contratação, o empregador usufrui do exercício pleno do poder de direção, já que poderá organizar os recursos humanos e escolher unilateralmente o local onde serão prestados os serviços, bem como mudar dito local, pois o contrato passará a ser regido pelos procedimentos previstos nos artigos 40 e 41 do ET com a nova redação dada pela Lei n. 3/2012.

Precisamente, aqui, encontra-se a razão de fundo desta opção: mais flexibilidade para a organização empresarial. Mas, nem por isto, deixa de ser controvertido definir legalmente, desta maneira, o trabalho a distância, posto que a referência europeia vai em sentido contrário. Assim, o Acordo Marco Europeu sobre Teletrabalho (AETL), já citado, associa o teletrabalho com a *utilização de tecnologias da informação* em sentido amplo. Também assim interpreta o Tribunal Supremo espanhol (em decisão proferida em 11 de abril de 2005) que admite que o teletrabalho pode “ser prestado em lugar não escolhido pelo trabalhador e distinto de seu domicílio”, inclusive, com vigilância empresarial. Nem a referência europeia nem a jurisprudência serviram de base

para a redação do artigo 13.1 do ET, empenhado em estreitar as margens de sua aplicação ao *domicílio da trabalhadora/do trabalhador ou ao lugar elegido por ela/ele* com o objetivo de conceder maior flexibilidade à empresa.

É significativa a fórmula do novo artigo 3.1 do ET ao permitir o trabalho a distância “de modo alternativo a seu desenvolvimento presencial no centro de trabalho da empresa”. Não é necessário que a trabalhadora e o trabalhador desenvolvam sempre esta forma de trabalho, mas sim que possam repartir tempos presenciais com tempos a distância, aplicando-se também neste caso o referido artigo. Situação que autoriza certa flexibilidade neste tipo de contrato de trabalho. Não obstante, o trabalho a distância deve ser *preponderante*, tal como ordena o artigo 13.1 do ET. Cabe recordar que não existe quantificação deste tipo de predomínio nem da alternância entre tempo a distância e tempo presencial. Pode-se deduzir que preponderante é todo o tempo que supere, ao menos, 50% da jornada de trabalho, mas esta é somente uma suposição, sem base jurídica e não há dúvida de que a falta de especificidade pode causar problemas de adequação.

Também é importante a eliminação do anterior requisito que não permitia a existência de vigilância por parte da empresa no que concernia a este tipo de trabalho. Adaptando-se à atualidade, a Lei admitiu que a vigilância empresarial se faça presente no trabalho a distância.

Com base nestas explicações iniciais, pode-se afirmar que as regras fundamentais da nova regulamentação espanhola do trabalho a distância são:

- Que o “acordo pelo qual se estabelece o trabalho a distância se formalizará por escrito. Tanto se o acordo for estabelecido no contrato inicial como se posterior a ele, serão de aplicação às regras contidas no artigo 8.3 desta Lei para a cópia básica do contrato de trabalho” (Artigo 13.2 do ET). Desta

regulamentação, deduz-se, em um primeiro momento, que ela acompanhou o Acordo Europeu no que concerne ao chamado princípio do consensualismo e, no que concerne a este tipo de atividade, cabe tanto a trabalhadora/o trabalhador como à empresa/empregador pactuarem de comum acordo a atividade laboral a distância. Ademais, cabe frisar, que a forma escrita do contrato de trabalho ou pacto posterior a ele é um requisito imprescindível, posto que não se admite pactos verbais de teletrabalho, reforçando-se, desta forma, o princípio do acordo de vontades;

- Que as trabalhadoras e os trabalhadores a distância “terão os mesmos direitos que os que prestam seus serviços no centro de trabalho da empresa” (Artigo 13.3 do ET). Na linha do Acordo Europeu, translada-se, na nova redação, o princípio da igualdade de tratamento e não discriminação do trabalho a distância frente ao trabalho presencial, “salvo aqueles que sejam inerentes à realização da prestação laboral no mesmo de maneira presencial” (Artigo 13.3 do ET). Esta assertiva revela um grande avanço com relação à normativa anterior que somente mencionava a saúde laboral como critério de igualdade de tratamento e não discriminação;

- Que as trabalhadoras e os trabalhadores a distância terão “direito a receber, como mínimo, a retribuição total estabelecida conforme seu grupo profissional e funções” (Artigo 13.3 do ET). Esta norma também representa um avanço na igualdade de tratamento salarial com respeito à norma anterior, posto que, agora, com base no acordo ou convenção coletiva aplicável ao caso concreto, a retribuição mínima total da teletrabalhadora e do teletrabalhador será estabelecida conforme sua categoria profissional. O acordo e/ou convenção coletiva adquire a partir desta Lei maior amplitude e importância, já que impõe a necessidade de que os grupos profissionais trabalhando a distância ou presencialmente se integrem como um coletivo único. O trabalho presencial ou a

distância em um mesmo grupo profissional não tem porque ser, em princípio, distinto, em sua retribuição básica, sem prejuízos de matizes na aplicação de complementos salariais nos quais podem incidir outras bases de cálculo;

- Que “O empresário deverá estabelecer os meios necessários para assegurar o acesso efetivo dos trabalhadores à formação profissional para o emprego, a fim de favorecer sua promoção profissional” (Artigo 13.3 do ET). Essa norma é uma grande novidade, pois também as trabalhadoras e os trabalhadores a distância terão a formação profissional necessária para sua promoção profissional;

- Que, “a fim de possibilitar a mobilidade e promoção, deverá informar aos trabalhadores a distância a existência de postos de trabalho vacantes para seu desenvolvimento presencial nos centros de trabalho” (Artigo 13.3 do ET). Mais uma inovação normativa que iguala as trabalhadoras e os trabalhadores independentemente do lugar onde são executadas as suas tarefas;

- Que as trabalhadoras e os trabalhadores a distância têm “direito a uma adequada proteção em matéria de segurança e saúde, sendo de aplicação, em todo caso, as pautas estabelecidas na Lei n. 31/1995, de 8 de novembro, de Prevenção de Riscos Laborais, e sua normativa de desenvolvimento” (Artigo 13.4 do ET). A referência à saúde deste coletivo já estava regulamentada anteriormente, mas esta nova normativa inova porque redigida de forma clara e impositiva remetendo, ademais, à legislação específica da matéria mesmo que sujeita a interpretações que acomodem tais regras com o trabalho a distância;

- Que as trabalhadoras e os trabalhadores a distância “podem exercer os direitos de representação coletiva conforme o previsto na presente Lei. A estes efeitos, ditos trabalhadores deverão estar adscritos a um centro de trabalho concreto da empresa” (Artigo 13.5 do ET). Aqui se encontra mais um avanço

normativo, posto que facilita a integração deste coletivo no que tange à representação coletiva e sindical.

No que concerne à igualdade de tratamento entre trabalhadoras e trabalhadores presenciais e teletrabalhadoras e teletrabalhadores pode-se dizer que esta é uma pauta constante tanto do AETL como também da Convenção n.º 177 da OIT, particularmente, em seu artigo 4º que dispõe:

1. Na medida do possível, a política nacional em matéria de trabalho em domicílio deverá promover a **igualdade de tratamento** entre os trabalhadores em domicílio e os outros trabalhadores assalariados, tomando em consideração as características particulares do trabalho em domicílio e, quando proceda, as condições aplicáveis a um tipo de trabalho idêntico ou similar efetuado em uma empresa.
2. A igualdade de tratamento deverá fomentar-se, em particular, respeito de:
 - (a) o direito dos trabalhadores em domicílio a constituir ou a afiliar-se as organizações que escolham e a participar em suas atividades;
 - (b) a proteção da discriminação no emprego e na ocupação;
 - (c) a proteção em matéria de segurança e saúde no trabalho;
 - (d) a remuneração;
 - (e) a proteção por regimes legais de previdência social;
 - (f) ao acesso à formação;
 - (g) a idade mínima de admissão ao emprego ou ao trabalho;
 - (h) a proteção da maternidade (OIT/C177, 1996, s/n, grifos nossos [18]).

Em ambas referências de regulamentação, constata-se a presença deste valor-princípio-direito atendendo às particularidades do teletrabalho. Quanto às estratégias empresariais, estas devem ser neutras, sem a vocação de diferenciar coletivos com injustificadas condições laborais distintas. Ainda assim, os

diferentes supostos de fato, que implicam a presença ou distância da empresa criam um cenário propício a tratamentos diversos entre coletivos, ainda que se encontrem necessariamente subordinados ao teste do valor-princípio-direito constitucional de igualdade de tratamento e, no caso espanhol, ao artigo 14 do ET, o qual proíbe as discriminações pessoais, arbitrárias e/ou desproporcionadas.

O teletrabalho intensifica a necessidade deste controle da igualdade, mas o orienta de maneira mais complexa que o simples contraste entre coletivos presentes no mesmo espaço físico, abrindo possíveis argumentações que podem justificar, de maneira equilibrada, o tratamento diferencial.

Aportes Finais

No que concerne ao tempo de trabalho e salário, o teletrabalho transpassa as delimitações costumeiras do Direito do Trabalho, pois os limites clássicos do trabalho presencial perdem sentido em trabalhos a distância não sujeitos a horários, mas verdadeiramente submetidos aos riscos de desproteção da trabalhadora e do trabalhador que os exerce. Por isto, faz-se necessário vigiar com especial cuidado a jornada de trabalho para que a teletrabalhadora e o teletrabalhador tenham garantidos o descanso entre jornadas, os tempos de ócio e de férias, assim como jornadas máximas controladas a distância, adaptando as regras legais e convencionais de tempo de trabalho as suas peculiaridades. A teledisponibilidade sem limites é um risco que deve ser contra-arrestado com direitos claros. Nem a igualdade de tratamento estabelecida na Convenção 177 da OIT e no AETL são mecanismos suficientemente aptos para alcançar este objetivo, já que ele exige um esforço mais de adaptação da realidade às normas protetivas.

A retribuição (salário a ser pago) da teletrabalhadora e do teletrabalhador pode ser bem diferente dos seus congêneres presenciais. O pagamento de salário por tempo de trabalho é adequado ao trabalho presencial, mas perde virtualidade no trabalho a distância, pois este costuma ser pago com base nos resultados ou por unidade. Existem aqui sérios riscos de desproporção entre o tempo de teletrabalho e a retribuição obtida de tal maneira que as normas legais e convencionais devem atender a este tema e buscar o equilíbrio. Novamente, a igualdade de tratamento construída na Convenção 177 da OIT e no AETL se apresenta insuficiente para afrontar um objetivo dirigido a reorientar o preço do trabalho de quem trabalha por resultados em seu domicílio ou em local informatizado da empresa sem que tais atividades tenham, muitas vezes, bem definidos os limites de teledisponibilidade. De maneira inversa, os trabalhos presenciais devem se contaminar destas fórmulas retributivas que vinculam salários e produtividade, para alcançar uma maior convergência entre ambos coletivos.

A nova redação do artigo 13 do ET demonstra claramente ambas dificuldades. No que diz respeito ao tempo de trabalho, limita-se a contemplar um trabalho presencial simultâneo a um a distância sem quantificação nem regulamentação alguma. No que se refere a salário, a legislação remete ao tratamento igual para o mesmo grupo profissional. Formalmente e em aparência, não há problemas com que se preocupar, pois, a que tudo indica, a normativa atual resolveu tais problemas, mas, na prática, certo é que ditos problemas persistem.

Uma possível forma de solução destes problemas e de outros tantos, pode advir como já ocorreu (AINC 2003, AINC2005 e AINC 2010-2012) da negociação coletiva em aras de adaptar os princípios necessariamente mais gerais das normas internacionais, comunitárias e nacionais a estas mudanças

organizacionais que supõem o teletrabalho e, também e não menos importante, a superar a forte individualização e isolamento que o caracteriza (ESCUDERO RODRIGUEZ, 2000, p. 845).

O Acordo Marco Europeu sobre Teletrabalho (AETL) sugere, como bem frisa Javier Thibault Aranda,

que as condições e regras que devem reger este novo modo de organizar e executar a atividade laboral sejam ponderados e delineados, na maior medida possível, pelos próprios sujeitos implicados, propiciando um processo que se estenda no maior número de níveis possível, desde a negociação na cúpula comunitária até o pacto de empresa. Trata-se de fazer com que a norma coletiva preceda a legal no desenho e a experimentação de soluções jurídicas, das que, em qualquer caso, se beneficiará a regulamentação legal quando se produza (2010, p.99).

As organizações sociais espanholas procuraram seguir as indicações do AETL, criando algumas normas para o teletrabalho, mas, tal como argumentado, na Lei n. 3/2012 ainda persistem muitos problemas que somente poderão ser resolvidos com base em novos acordos e negociações coletivas setorializados [19] e, em última instância, nas ponderações e soluções que nos oferecerão o Poder Judiciário.

Referências bibliográficas

ABAD, Sajid. *Tecnologías de la Información en la empresa*. Análisis 2013. Barcelona: Online Business School (OBS), 2013.

AMAZARRAY, Mayte Raya. Trabalho Bancário Contemporâneo: cotidiano laboral marcado por práticas de violência psicológica e assédio moral. In: *Teatro das Sombras: relatório da violência no trabalho e apropriação da saúde dos bancários*. Porto Alegre: Sindicato dos Bancários Publicações, 2011.

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao Trabalho? Ensaio sobre as Metamorfoses e a Centralidade do Mundo do Trabalho*. São Paulo: Cortez; Unicamp, 1995.

ARANDA, Javier Thibault. El impacto laboral de la descentralización tecnológica: el teletrabajo. In: LAHERA FORTEZA, Jesús; DAL-RÉ, Fernando Valdés (Dir.). *Relaciones laborales, organización de la empresa y globalización*. Madrid: Cinca e Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010. p. 81-99.

ARAÚJO, Luiz Alberto Davi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10.ed. Traduzido por Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

BAUMGARTEN, Maíra. Tecnologia. In: CATTANI, Antônio David; HOLZMANN, Lorena (Org.). *Dicionário de Trabalho e Tecnologia*. Porto Alegre: UFRGS, 2006.

BENVINGUT, R. Sellas. *El régimen jurídico del teletrabajo en España*. Pamplona: Aranzadi, 2001.

BERBEL, Sara. *Sin cadenas*. Nuevas formas de libertad en el siglo XXI. Narcea: Madrid, 2004.

____. *Entrevista*: La racionalització dels horaris significa que les persones puguin equilibrar els diferents temps de vida en igualtat d'oportunitats. Dones en xarxa, 2008. Disponible em: <<http://donesenxarxa.cat/Sara-Berbel-La-racionalitzacio>>. Acceso em: 19 maio 2014.

BLANCO, A. Teletrabajo y nuevas tecnologías en la sociedad global. El papel de la mujer en la nueva organización del trabajo. In: *Actas del XVI Congreso de Geógrafos Españoles*. Málaga: Departamento de Geografía; Universidad de Málaga; AGE, 1999. p. 769-779.

BONILLA, Miguel Angel Purcalla; ERASO, Angel Gabriel Belzunegi. Marcos jurídicos y experiencias prácticas del teletrabajo. *Aranzadi Social*, 2003, tomo 5. p. 1333-1376.

CASTELLS, Manuel. *La era de la información*. v. 1. Traduzido por Carmen Martínez Gimeno y Jesús Alborés. 4. reimp. La sociedad en Red. Madrid: Alianza Editorial, 2000.

CHAPARRO, Francisco Ortiz. *El teletrabajo*. Una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, 1997.

CONSEJO de Europa. *Gender Mainstreaming*. Conceptual framework, methodology and presentation of good practices. Final report of activities of the Group of Specialists on Mainstreaming (EG-S-MS, 1998). 2. rev. Strasbourg:

Equality Division; Directorate General of Human Rights/CE, 2004.

DELGUE, Juan Raso. *La contratación atípica del trabajo*. Montevideo: Editorial Amalio M. Fernández S. R. L., 2000.

DEGENOVA, M. K.; RICE, P. F. *Intimate Relationships, marriages, and families*. Boston/MA: MacGraw Hill, 2002.

DOMENECH, Carlos Hugo Preciado; BONILLA, Miguel Angel Purcalla. Trabajo a distancia vs teletrabajo: estado de la cuestión a propósito de la reforma laboral 2012. *Actualidad Laboral*, 2013, n. 2. p. 3.

FALK, Richard. Interpreting the Interaction of Global Markets and Human Rights. In: Brysk, Alison (Ed.), *Globalization and Human Rights*. Los Angeles: University of California Press, 2002. p. 61-76.

FERNÁNDEZ, Antonio Barrero. *El teletrabajo*. Madrid: Editorial LIBSA, 2000.

FINCATO, Denise Pires. Teletrabalho: uma análise jus laboral. In: STURMER, Gilberto (Org.). *Questões controvertidas de Direito do Trabalho e outros estudos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

FULLER, L. L. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, 1964.

HUWS, Ursula. A Construção de um Cibertariado? O Trabalho Virtual num Mundo Real. In: ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy (Org.). *Infoproletários: degradação real do trabalho virtual*. São Paulo: Boitempo, 2009.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 4.ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

LAHERA, Jesús Forteza. El impacto laboral de la descentralización tecnológica. In: LAHERA, Jesús Forteza; VALDÉS DAL-RE, Fernando (Dir.). *Relaciones laborales, organización de la empresa y globalización*. Madrid: Cinca e Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010. p. 261-282.

____. Fomento y mejora del empleo de la mujer. In: QUINTANILLA, Beatriz Navarro e VALDÉS DAL-RE, Fernando (Dir.). *Igualdad de género y relaciones laborales*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, p. 89-110.

____. Códigos de conducta laborales: poder de dirección, negociación colectiva y responsabilidad social de la empresa. *Relaciones Laborales*, n. 20, 2007. p. 815-823.

LIMA, Fabiana Batistucci. *Stress, qualidade de vida, prazer e sofrimento no trabalho de call center*. Campinas: PUC/Campinas, 2004. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/tde_arquivos/6/TDE-2007-05-17T051105Z-1322/Publico/dissertacaocompleta.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2014.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5.ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MOZO, Ana Maria Gálvez (Coord.). *Conciliación de la vida laboral y familiar en mujeres que trabajan con TIC's*. Madrid: Ministerio de Igualdad. Instituto de la mujer; Fundació Per a la Universitat Oberta de Catalunya, 2008.

MOKHTARIAN, Patricia L.; BAGLEY, Michael N.; HULSE, Lisa; SALOMON, Ilan. *The Influence of Gender and Occupation on Individual Perceptions of Telecommuting*. Proceedings from the Second National Conference Women's Travel Issues. Baltimore: Federal Highway Administration, 1996. p. 691-717. Disponível em: < <http://www.fhwa.dot.gov/ohim/womens/chap37.pdf> f.>. Acesso em: 28 abr. 2014.

MOORE, Jeanne. Homeworking and work-life balance: Does it add to quality of life? *Revue Européenne de Psychologie Appliquée*, n. 56, 2006. p. 5-13.

OIT. *Global Estimate of Forced Labour: Results and Methodology*. Geneva: ILO; Special Action Programme to Combat Forced Labour (SAP-FL), 2012.

____. *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos*. Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización/OIT. Ginebra, 2004. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/wcsdg/docs/report.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2011.

PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002.

PNUD. A Ascensão do Sul: Progresso Humano num Mundo Diversificado. *Relatório do PNUD para o Desenvolvimento*. Traduzido por Camões – Instituto

da Cooperação e da Língua. New York: PNUD, 2013. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/media/HDR2013%20Report%20Portuguese.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2013.

____. Regional Bureau for Europe and the Commonwealth of Independent States. *Telecottage Handbook*. How to establish and run a successful telecentre. MAHAN, Amy (Ed.). Bratislava: Slovakia: 2006.

REQUENA, Jordi Vilaseca i (Coord.). *El teletreball a catalunya: Conceptes, tipologies, mètriques i polítiques*. Barcelona: Consell de Treball, Econòmic i Social de Catalunya/Generalitat de Catalunya, 2004.

RODRIGUEZ, R. E. Teletrabajo. In: AA.VV. (Org.) *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas de trabajo*. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo. Madrid: Ministerio de Trabajo, 2000.

ROSENFELD, Cínara. A Identidade no Trabalho em *Call Centers*: a identidade provisória. In: ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy (Org.). *Infoproletários: degradação real do trabalho virtual*. São Paulo: Boitempo, 2009. p. 173-185.

ROSENFELD, Cínara; ALVES, D. A. de. Autonomia e Trabalho Informacional: o Teletrabalho. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 54, p. 207-233, 2011.

SANTILLE, Alexandre. Destruição Criadora da *Internet* na Lealdade às Marcas. In: TREVISAN, Leonardo; CASTRO, Maria da Conceição de Araújo (Org.). *Transformações no Trabalho*. São Paulo: Olho D'Água, 2002.

SERRANO, Raquel Olivares. Reflexiones en torno a la ley aplicable al ciberempleo transnacional. In: DEL REY, Salvador Guanter; LUQUE, Manuel Parra (Coord.) *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías*. Madrid: La Ley, 2005. p. 411-514.

VITALI, James B. Stefania; GLATTFELDER, Stefano Battiston. **The Network of Global Corporate Control**. Zurich/Suíça: ETH Zurich, 2011.

STOLZ, Sheila. *O direito fundamental a conciliação da vida pessoal, familiar e laboral: um estudo de direito comparado entre Espanha e Brasil*, Projeto de Tese, Porto Alegre: PUC/RS, 2013.

____. Os atores sociais e a concretização sustentável do direito fundamental ao trabalho garantido pela Constituição cidadã. In: MACHADO, Ednilson Donisete; BREGA FILHO, Vladimir; KNOERR, Fernando Gustavo (Coord.), *Direitos fundamentais e democracia I* [Recurso eletrônico *on-line*]. Organização CONPEDI/UNICURITIBA CONPEDI/UNICURITIBA. Florianópolis: FUNJAB, 2013a. p. 479-502.

____. A histórica e a persistente diferenciação entre eu/tu/nós e as/os outras(os): Discriminação Racial, Racismo, Xenofobia e Intolerância Conexa – Genocídio. In: STOLZ, Sheila; MARQUES, Clarice P.; MARQUES, Carlos Alexandre, M. *Cadernos de educação em e para os direitos humanos*. Disciplinas formativas e de fundamentos: diversidades nos direitos humanos. v. 8. Rio Grande: Universidade Federal do Rio Grande – FURG, 2013b. p. 103-130.

____. O caráter universal, indivisível e interdependente dos Direitos Humanos: a exigibilidade/justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais previstos pelo Direito Internacional. In: RIBEIRO, Mara Rejane; RIBEIRO, Getulio. *Educação em Direitos Humanos e Diversidade: Diálogos Interdisciplinares*. Maceió: Universidade Federal de Alagoas – UFAL, 2012. p. 495-510.

____. Estado de Direito e Democracia: velhos conceitos e novas realidades frente aos direitos humanos. In: RODRIGUEZ J. R.; COSTA, C. E. S. e; BARBOSA, S. (Orgs.). *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 311-335.

____. *El Positivismo Jurídico Incluyente: Posibilidades y Límites*. 1.ed. Pelotas: Universitária/UFPEL, 2009.

____. Lo que se globaliza y lo que no se globaliza: algunas acotaciones sobre la globalización y los derechos humanos. In: STOLZ, Sheila; KYRILLOS, Gabriela (Org.). *Direitos Humanos e Fundamentais*. O necessário diálogo interdisciplinar. Pelotas: UFPel, 2009, p. 155-166. Disponível em: <<http://pgedh.uab.furg.br/images/Arquivos/Direitos%20Humanos%20e%20Fundamentais.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2014.

____. O Relativismo e/ou Universalismo dos Direitos Humanos frente à Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: STOLZ, Sheila; QUINTANILHA, Francisco (Org.). *A ONU e os Sessenta Anos de Adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Rio Grande: Edigraf, 2008, p. 59-74. Disponível em: <http://pgedh.uab.furg.br/images/Arquivos/A_ONU_E

_OS_SESENTA_ANOS_DE_ADOÇÃO_DA_DECLARAÇÃO_UNIVERSAL_DOS_DIREITOS_HUMANOS.pdf>. Acesso em: 15 maio 2014.

____. Algunas acotaciones sobre el carácter inviolable o absoluto (erga omnes) de los Derechos Humanos. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (Revista do Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da Unibrasil)*, Curitiba, v.3, 2008^a, p. 01-14.

____. El Positivismo Jurídico Exclusivo. Una Introducción a la Teoría de Joseph Raz. *Revista Jurídica (FURB. On-line)*, v. 12, 2008b, p. 25-43.

____. La moral interna del derecho. La moral que complementa la estructura del Derecho. *Ambito Jurídico*, v. 45, Año X , 2007, p.45-57.

____. O Direito a não ser discriminado por razão de gênero segundo a Scottish Court of Session: Apreciação de um Precedente Judicial. *Revista Eletrônica do TRT da 4ª Região*, Ano II – Edição Especial n.º 7: Assédio Moral e Assédio Sexual, maio, 2006, p. 17-25. Disponível em: http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.trt4.jus.br%2FRevistaEletronicaPortlet%2Fservlet%2Fdownload%2F7especial_3a_parte.doc&ei=Dj68UtOZFcLQ7AaL74HoBg&usg=AFQjCNGiZgeNZGAvCATtGdH3TlKZEbeZoA&sig2=E8zG-I4Rrtx6C5UgDqB2-A&bvm=bv.58187178,d.ZGU. Acesso em 10 de agosto de 2014.

STOLZ, Sheila; COSTA, José Ricardo Caetano; COSTA, Eder Dion de Paula. A tutela dos direitos da personalidade nas relações de emprego. *Revista Jurídica UNICURITIBA*, v.2, n.31, 2013. p. 228-244.

STOLZ, Sheila; GALIA, Rodrigo. As vicissitudes das normativas legais espanholas referentes à extinção do contrato de trabalho. In: Artur Torres (Org.). *Direito e Processo do Trabalho*. Escritos em homenagem aos 20 anos de docência do Professor Gilberto Stürmer. Porto Alegre: Arana, 2013. p. 353-378.

STOLZ, Sheila; KYRILLOS, Gabriela. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e o otimismo Bobbiano: É Possível a Universalidade Histórica dos DH? In: TOSI, Giuseppe (Org.). *Norberto Bobbio – Democracia, Direitos Humanos e Relações Internacionais*. v. 01. João Pessoa/Paraíba: Universidade Federal da Paraíba (UFPB), 2013. p. 16-38.

TUR AUSINA, Rosario. Las políticas de igualdad de género en Europa: Unión Europea y Consejo de Europa. In: CONDE, Enrique Alvaréz; BURRIEZA, Ángela Figueruelo; ALVAREZ, María Dolores Cancio; GÓMEZ, Laura Nuño. (Dir.). *Estudios interdisciplinares sobre Igualdad*. Madrid: Iustel, 2009. p. 337-366.

VILLALÓN, Jesús Cruz. El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado. In: VILLALÓN, J. CRUZ et. all. (Org.). *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de la frontera del Derecho del Trabajo*. Estudios en homenaje al profesor Cabrera Bazán. Madrid: Tecnos, 1999. p. 169-192.

WELZ, Christian; WOLF, Felix. *Telework in the European Union*. Dublin/Ireland: Eurofound, 2010. Disponível em: <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/studies/tn0910050s/tn0910050s_3.htm>. Acesso em: 24 jun. 2014.

WOOD, Ellen. Modernity, Posmodernity or Capitalism?. *Review of International Political Economy*, University of Sussex/Brighton, Routledge, v. 4, n. 3, Autumn, 1997. p. 539-560.

Notas de fim

[1] Acerca dos reveses da legislação espanhola sobre o contrato de trabalho e, em particular, sobre a extinção do contrato de trabalho, veja-se STOLZ; GALIA, 2013.

[2] Veja-se sobre este tema: ANTUNES, 1995.

[3] De acordo com o Informe sobre o Trabalho Forçado (OIT, 2012), aproximadamente “20,9 milhões de pessoas são vítimas do tráfico de pessoas a nível mundial, destas 18,5 milhões (90%) são exploradas pela chamada economia privada encabeçada por indivíduos ou empresas; 4,5 milhões (22%) são vítimas de exploração sexual e, 14,2 milhões (68%) são vítimas de exploração laboral forçada em atividades econômicas como a agricultura, a construção civil, o trabalho doméstico e em manufaturas” (OIT, 2012, p.13).

[4] Segundo Antonio Barrero Fernández (2000, p. 159), a telemática é a aplicação da informática às telecomunicações.

[5] CHAPARRO, Ortiz, 1997, p. 37.

[6] FERNÁNDEZ, Barrero, 2000, p. 16.

[7] DELGUE, Raso. 2000, p. 276.

[8] Veja-se mais em: WELZ; WOLF, 2010, p. 4-5.

[10] O EUROSTAT é a organização estatística da Comissão Europeia que produz dados estatísticos para a União Europeia e promove a harmonização dos métodos estatísticos entre os Estados membros.

[11] Esta seção é de autoria de Jesus Lahera Forteza e foi traduzida por Sheila Stolz.

[11] Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/employment_rights_and_work_organisation/c10131_es.htm>. Acesso em: 8 jun. 2014.

[12] Veja-se mais na RESOLUCIÓN de 31 de janeiro de 2003, da “Dirección General de Trabajo”. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2003/02/24/pdfs/A07539-07548.pdf>>. Acesso em: 9 jul. 2014.

[14] BOE n. 162. **Ley 3/2012**. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/2012/07/07/pdfs/BOE-A-2012-9110.pdf>> . Acesso em: 20 mar. 2014.

[15] A Lei em tela menciona os dados da última Pesquisa de População Ativa realizada naquele país antes de sua promulgação, “e que descrevia a cifra do desemprego que atingia à época de sua publicação um contingente de 5.273.600 de pessoas com um incremento de 295.300 no quarto trimestre de 2011 e de 577.000 com respeito ao mesmo trimestre de 2010, o que equivale, em termos quantitativos, a 22,85% da população ativa espanhola desempregada sendo que a situação dos jovens com menos de 25 anos de idade todavia mais grave, já que o percentual de desemprego era, naquele momento de 50%” (STOLZ; GALIA, 2013, p. 189-190) .

[16] Grifos da autora e do autor.

[17] Artigo 8.2, *in verbis*: “Deverão constar por escrito os contratos de trabalho quando assim exija uma disposição legal e, em todo caso, os de práticas e aprendizagem, os contratos a tempo parcial, os contratos de trabalho em domicílio, os contratos para a realização de uma obra ou serviço determinado, assim como os de trabalhadores contratados na Espanha para realizar serviços de empresas espanholas no estrangeiro. Igualmente constaram por escrito os contratos por tempo determinado cuja duração seja superior a quatro semanas. De não observar-se tal exigência o contrato se presumirá celebrado a jornada completa e por tempo indefinido, salvo prova em contrário que acredite sua natureza temporal ou o carácter a tempo parcial dos serviços”.

[18] Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312322,en:NO>.
Acesso em: 7 jul. 2014.

[19] Capazes de se adentrar em questões peculiares a cada atividade produtiva e, sendo assim, mais aptos a atender as singularidades a elas concernentes.

O discurso de Direitos Humanos e seus paradoxos: por uma crítica da colonialidade e ideologia humanista

*El discurso de los derechos humanos y de sus paradojas: por una crítica de la
colonialidade e ideología humanista*

The discourse of human rights and its paradoxes: a critique of coloniality and
humanist ideology

Daniel Carneiro Leão Romaguera

SUMÁRIO: *Introdução; 1- Da Narrativa Eurocêntrica e a Colonialidade dos Direitos Humanos; 2- Da Perspectiva descolonial dos Direitos Humanos; 3- Colonialismo: Economia de Violência, Mito da Independência e Direitos Humanos; 4- Da possibilidade dos Direitos Humanos e a Desconstrução; Considerações Finais; Referências.*

Introdução

A temática abordada consiste na aferição dos paradoxos e aporias da ideologia hodierna dos Direitos Humanos, ao serem confrontados os valores consignados pelo discurso prevalente e a realidade vivenciada. Nesse intento, busca-se identificar as práticas suplantadas pelos Direitos Humanos em meio à violência externalizada nesses valores.

Com o sentido de afligir a desconsideração da ideologia por trás da aparência dos Direitos Humanos, faz-se imperioso se atentar às relações de poder desconsideradas, sem as quais jamais a criação desses Direitos poderia ser

concebida. Parte-se, então, da análise hodierna dos Direitos Humanos, que assumem prevalência universal, muito embora tenham um *locus* específico de produção, qual seja, o Ocidente.

Sob o viés crítico do descolonialismo, faz-se o paralelo com as práticas manifestadas ao longo da tradição colonialista do “velho continente” [1], no intuito de demonstrar como o eurocentrismo conduziu a formação do senso prático na contemporaneidade. Nesse ínterim, atenta-se para as origens coloniais dos Direitos Humanos. Isto porque a lógica que suplantou as violações e práticas extirpadoras iniciadas no processo colonial não foi deixada de lado, em absoluto. De tal forma, não houve qualquer tipo de ruptura, mas reprodução da proposta civilizatória em meio a novas formas de dominação.

Dito isso, o ideal do projeto racional moderno pautado nos valores europeus foi determinante à difusão dos Direitos Humanos, o que se percebe das diversas manifestações de violência ao longo do processo de colonização, independência e no conseqüente dos países colonizados. Para tanto, destaca-se a geopolítica do conhecimento, pois mister se faz retomar o processo histórico expansionista do Ocidente, com o viés de questionar a tradição liberal dos Direitos Humanos.

Tal perspectiva epistemológica, conjuntamente com a desconstrução, implica na inversão do papel desses Direitos, para isso, modifica-se sua teoria e prática, de modo que se cumpra com o ofício de genealogia na produção de uma contramemória, ao serem apontados os processos coloniais como eventos fundantes à concepção de modernidade. Aqui, propõe-se romper com a

narrativa linear pautada no êxito das metrópoles, em oposição, retoma-se a resistência das colônias, ocultada, reprimida e dissimulada por tal discurso.

Da sua contextualização, os Direitos Humanos integram o centro moral de império ao ser considerado o capitalismo de ordem global, pois fomenta práticas contrárias aos ideais que professam, isso porque sua particularidade foi transcendida. Conforme os marcos teóricos adotados, vislumbra-se que os Direitos Humanos constituem o centro da ideologia hodierna que tem relação com os processos colonialistas, tanto por perceber as origens coloniais desses Direitos como na colonialidade de mundo que persiste. Destarte, o intento epistemológico é transcender os padrões dominantes e a produção do saber eurocêntrico e, assim, conceber tais Direitos em oposição ao âmbito institucionalizado de sua validação.

1- Da Narrativa Eurocêntrica e a Colonialidade dos Direitos Humanos

A motivação acadêmica à temática pretendida parte da relevância de inquirição do discurso homogeneizante de Direitos Humanos em meio à colonização do mundo pelo Ocidente [2]. Em razão disso, identificam-se as aporias na lógica de campo e os intentos por trás desses Direitos.

De pronto, há que se fazer menção à necessidade de romper com a tradição de ortodoxia da história do ocidente. Vê-se que o discurso se manifesta nas estruturas de poder inserto à realidade política e social que o circunscreve. Desse modo, a ideologia dos Direitos Humanos padece de compreensão da dimensão social em que se encontra, trata-se do perspectivismo histórico, consigna Heiner Bielefeldt:

[...] interpretá-los retroativamente como direitos humanos implícitos ou potenciais significaria adotar a ingenuidade do pensamento histórico teleológico que, conforme Kaviraj, deságua numa cobrança essencialista-cultural da ideia dos direitos humanos, ou em algo como um Espírito do Ocidente (BIELEFELDT, 2000, p. 149).

A tendência universalizante dos Direitos Humanos é trazida como problemática na obra de Costa Douzinas, na qual subjaz a leitura em perspectiva da sua produção. Adotada esta postura crítica, os Direitos Humanos revelam contrassensos, visto que não conduzem aos ideais humanitários professados, pois selecionam os afortunados e definem sua humanidade. Logo, a concepção do humano é construída. Para além do conteúdo transcendental tido por inerente à significação desses Direitos, é que se percebe a dissimulação das relações de poder que os permeia:

A irrealidade ontológica do homem abstrato dos direitos conduz inexoravelmente à sua utilidade limitada. Direitos abstratos são, assim retirados de seu lugar de aplicação e das circunstâncias concretas das pessoas que sofrem e se ressentem de que eles não conseguem corresponder a suas reais necessidades (DOUZINAS, 2007, p. 166).

Destarte, no mundo hodierno, a Humanidade nada tem de inerente ao Ser Humano. Os Direitos Liberais que ao seu nascedouro foram opostos à opressão e dominação na Revolução Francesa vêm fazer parte do discurso triunfal da atualidade com o prenúncio dos Direitos Humanos. O referenciado autor indica o momento a ser observado diante da lógica de institucionalização

desses Direitos, em revisão feita pela Universidade de Melbourne:

The history of human rights has made resistance to domination and oppression their main end. However from early modernity onwards, natural rights underpinned the sovereignty of the modern state. This trend has been strengthened in post modernity and human rights have become the moral order of a new empire under construction (MELBOURNE UNIVERSITY LAW REVIEW, 2002, p. 445).

É nessa acepção que os Direitos Humanos constituem o centro dominante da ideologia hodierna em meio à formação da doxa. Segundo Bourdieu (1996), a doxa consiste na produção de um senso prático homogeneizante e indiscriminadamente seguido, que se dá com o alcance da submissão de forma universal do ponto de vista particular:

A doxa é um ponto de vista particular, o ponto de vista dos dominantes, que se apresenta e se impõe como ponto de vista universal; o ponto de vista daqueles que dominam dominando o Estado e que constituíram seu ponto de vista em ponto de vista universal ao criarem o Estado (BOURDIEU, 1996, p. 120).

Dito isso, a lógica dos Direitos Humanos, por ser uma ideologia, não está à margem de críticas, nas palavras de Douzinas da “crítica da ideologia” (DOUZINAS, 2007, p. 21), embora, seja: “[...] a experiência dóxica pela qual atribuímos ao mundo uma crença jamais profunda do que todas as crenças (no sentido comum) já que ela não se pensa como uma crença” (BOURDIEU, 1996, p. 144).

Aqui, busca-se demonstrar a expansão do discurso humanista, o que se deu com a dominação do terceiro mundo pelo continente europeu. Nesse cenário, destacam-se: os Direitos Humanos para exportação; a imposição dos ideais democráticos; a validação dos estados-nação; o modelo de economia capitalista; o combate ao comunismo; as guerras neocoloniais no Oriente Médio; os embates étnicos na África; a Guerra de Kosovo; a Guerra do Vietnã; o financiamento das milícias africanas; o desenvolvimentismo nuclear e a exploração do petróleo; o controle das fronteiras e a imigração; a ajuda humanitária; dentre outros eventos de nossa época suportados pela ideologia humanista que tem relação com a mácula colonialista.

É preciso identificar que a modernidade não se limitou ao *locus* temporal do continente europeu, observa-se o que Immanuel Wallerstein denominou de “universalismo europeu”:

O que estamos usando como critério não é o universalismo global, mas o universalismo europeu, conjunto de doutrinas e pontos de vista éticos que derivam do contexto europeu e ambicionam ser valores universais globais – aquilo que muitos de seus defensores chama de lei natural – ou como tal apresentados (WALLERSTEIN, 2007, p. 60).

É por isso que a crítica deve exceder as reminiscências da modernidade, em oposição ao âmbito eurocêntrico da pós-modernidade, José-Manuel Barreto comenta sobre o conceito de “transmodernidade”, formulado por Enrique Dussel:

This is evident in the notion of ‘transmodernity’, an idea formulated by Enrique Dussel in order to go beyond ‘postmodern’ theory—a critical perspective that aims at transcending modernity from within and that, in doing so, remains a Eurocentric critique of modernity (BARRETO, 2013, p. 34).

Cumpramos asseverar que as expressões “europeu” e “eurocentrismo” não estão atreladas ao aspecto geográfico, mas têm relação com a aceção política, a qual nos remete à forma de dominação imperialista pautada nos ideais modernos, assim como o “Ocidente”, pois nem todos os países deste espaço geográfico representam a metódica colonialista em absoluto. Por exemplo, nesses termos, são países aderentes dessa concepção de mundo: a Nova Zelândia e a Austrália, bem como ausentes dela: Cuba e Jamaica. Mister consignar que o esforço do “progresso evolucionista” em atrelar os Direitos Naturais aos Direitos Humanos, de certa forma, foi para garantir o ideal Universalista da Lei Natural.

Nesse pesar, Douzinas (2007) afirma acerca dos Direitos Humanos que o discurso profano fixa serem estes Direitos atribuídos às pessoas em razão da sua condição de Ser Humano independente de qualquer outro aspecto. Com isto, o direito à tutela de bens jurídicos seria conferido às pessoas não por causa de sua filiação ao estado, nação ou comunidade, mas por sua Humanidade.

Acontece que o que vemos é um discurso não humanitário, mas humanizador. Isto porque as ações desses Direitos selecionam os afortunados, consequentemente, definem a humanidade do homem. Logo, os Direitos Humanos são definidores da humanidade e nada tem de inerente ao ser humano. Afinal, o discurso dos Direitos Humanos não reconhece o sujeito

concreto que esta ideologia produz. Exemplificamos, para tal discurso, uma mulher negra do “terceiro mundo” tem a Humanidade de um homem branco, heterossexual, proprietário e europeu. José-Manuel Barreto destaca o problema do (não) sujeito, pois: “*the modern free subject is there sult of slave trading and colonialist practices*” (BARRETO, 2013, p. 27).

A concepção prevalente funciona como uma ordem de corpos que permite as desigualdades, o poder disciplina os corpos, mas também os faz surgir. Nas palavras de Michel Foucault, vê-se o problema da biopolítica:

[...] no corpo como máquina: no seu adestramento, na ampliação de suas aptidões, na extorsão de suas forças, no crescimento paralelo de sua utilidade e docilidade, na sua integração em sistemas de controle eficazes e econômicos (FOUCAULT, 1988, p. 151).

2- Da Perspectiva Descolonial dos Direitos Humanos

Diante desse cenário, tem-se por imprescindível se atentar para os processos colonialistas promovidos pelos países europeus no curso da modernidade. As práticas espúrias da colonização permitiram a construção do Humano na ideologia hodierna. Inicialmente, cumpre observar a dimensão de Humanidade nesse processo dito por civilizatório, revela-se a colonialidade de mundo com a divisão entre os colonos e colonizados:

A discussão do mundo colonial pelo colonizado não é um confronto racional de pontos de vista. Não é um discurso sobre o universal, mas a afirmação desenfreada de uma singularidade admitida como

absoluta. O mundo colonial é um mundo maniqueísta (FANON, 1968, p. 30).

Nesses termos, produz-se o sub-humano, inumano e até anti-humano:

Não basta ao colono afirmar que os valores desertaram, ou melhor jamais habitaram, o mundo colonizado. O indígena é declarado impermeável à ética, ausência de valores, como também negação dos valores. É, ousemos confessá-lo, o inimigo dos valores. Neste sentido, é o mal absoluto (FANON, 1968, p. 31).

De tal modo, a hipótese é de que a concepção humanista e os Direitos Humanos têm seu discurso pautado nos ideais universais atrelados às práticas colonizadoras. Com a conquista de mundo, através da produção da identidade, a destacar a afirmação de Alberto Quijano de que o fenótipo da “raça” nada tem de natural. Essa metódica de poder persiste, o que o autor denomina de “Colonialidade do Poder” (QUIJANO, 2008).

Percebe-se que a lógica das violações e práticas extirpadoras iniciadas no processo colonial não foram deixadas de lado, manteve-se a proposta imperialista durante todo o processo da civilização moderna. Em resgate remissivo, busca-se fazer o *link* com a passagem ao pós-colonialismo e o senso comum dos Direitos Humanos:

A segunda metade do século XX foi um período de descolonização em massa pelo mundo afora. A causa e a consequência imediatas dessa descolonização foram uma mudança importante na dinâmica do poder no sistema interestados, como resultado do alto grau de

organização dos movimentos de libertação nacional. [...] A linguagem retórica então a um conceito que veio a ter novo significado e força na época pós-colonial: os direitos humanos (WALLERSTEIN, 2007, p. 42-43).

O curso da humanização não se opôs à dominação e concentração de poder, que se deu na ocupação da colônia, na sua libertação e, conseqüentemente, na inclusão no âmbito internacional como estado-nação. Da fala de Robert Cooper, consultor do governo britânico, resta patente o viés do imperialismo pós-moderno:

What is needed then is a new kind of imperialism, one acceptable to a world of human rights and cosmopolitan values. We can already discern its outline: an imperialism which, like all imperialism, aims to bring order and organization but which rests today on the voluntary principle (COOPER, 2002).

No prefácio da obra “Os condenados da terra”, de Frantz Fanon, Jean-Paul Sartre realizou o diagnóstico do humanismo europeu:

Encaremos primeiramente este inesperado: o *strip-tease* de nosso humanismo. Ei-lo inteiramente nu e não é nada belo: não era senão uma ideologia mentirosa, a requintada justificação da pilhagem; sua ternura e seu preciosismo caucionavam nossas agressões. (SARTRE, 1968, p. 16, grifo do autor).

Nesse diapasão, é preciso relocar o papel do colonialismo na construção da modernidade, ao percebermos a correspondência do projeto imperialista dos países europeus e o ideal civilizatório da modernidade, pois: “A história do sistema-mundo moderno tem sido, em grande parte, a história da expansão dos povos e dos estados europeus pelo resto do mundo” (WALLERSTEIN, 2007, p. 29). Faz-se relação com a práxis imperialista, sem abandonar a crítica ao aparato normativo da modernidade. Acerca da sujeição à Lei Moderna, citamos o trecho da obra de Peter Fitzpatrick a denotar o falso transcendental e universal do humano:

[...] A realidade e suas divisões não mais obtinham sua identidade do seu lugar dentro de uma ordem mítica abrangente - elas eram manifestações de um processo de descoberta e realização. Quando esse processo atinge os limites de sua apropriação do mundo, o Iluminismo cria os verdadeiros monstros ao quais ele se contrapõe tão assiduamente. Esses monstros da raça e da natureza indicam os limites exteriores, o "outro" intratável contra o qual o Iluminismo volta à vacuidade do universal e, nessa oposição, confere ao seu próprio projeto um conteúdo palpável. Uma existência esclarecida é aquilo que o outro não é. A lei moderna foi criada nessa disjunção (FITZPATRICK, 2007, p. 74, grifo do autor).

A produção é conduzida nesse arbítrio demonstrado pelo autor. Com a abertura suportada pela mítica valorativa dos ideais humanistas, tem-se a predisposição dominante, o que permaneceu no mundo hodierno com as práticas neocolonialistas, em específico. A partir disso, faz-se menção a abordagem de René Girard do “Bode Expiatório”, na qual se destaca a posição

do inimigo declarado no terrorismo (GIRARD, 2004).

Logo, é imperiosa a análise dos institutos dominantes atrelados à visão moderna de mundo. A título de exemplos, têm-se: a soberania, a lei, o território, o estado, etc., não porque esses institutos denotam explicitamente a concepção de modernidade, mas como âmago capaz de iludir e dissimular as práticas espúrias da colonização.

Nessa concepção, o contrassenso legal desponta ser fator determinante à construção política da sociedade democrática e suas discrepâncias. Ao tornar frutífero esse esforço crítico, demanda-se a análise da geopolítica do conhecimento para consequente mudança de ponto de vista em busca da produção de uma contramemória dos Direitos Humanos. Para além do eurocentrismo, atenta-se às margens (contraponto histórico dos oprimidos):

This distinct historical and geopolitical background can modify the terms, concepts and agenda of the theory and practice of human rights. The interpreter is also conscious of the fact that her perspective – that of the Third World – stands at variance with another perspective – that of Europe. The critique occurs in this shifting of viewpoints, which at the same time creates the conditions for attempting a novel and independent approach to the tradition of natural and human rights, as well as for making possible a dialogue between these two points of view (BARRETO, 2013, p. 07).

Nesse diapasão, os processos de colonização são eventos basilares e fundantes do projeto modernista europeu, é preciso (re)tomar a história dos Direitos Humanos:

It encompasses a different interpretation of the philosophy of history in which human rights theory has been customarily or implicitly based on, and gives birth to a new paradigm in which the events of the Conquest of America and the colonization of the world are also recognized as key signposts of modern history. Developing a new version of the history of rights in the context of world history, it brings into consciousness five hundred years of utopian mobilization of natural rights, the Rights of Man and human rights to resist imperialism (BARRETO, 2013, p. 07).

3- Colonialismo: Economia de Violência, Mito da Independência e Direitos Humanos

Como visto, o paradoxo da universalidade diz respeito à dimensão imanente do ideal de Humanidade, questiona-se tal fonte moral de essência capaz de justificar a produção dos Direitos Humanos. Isto porque, a Humanidade não contém significado estático e inquestionável.

Dito isso, identifica-se a propensão do conceito de Humanidade nos processos coloniais como suporte transcendental à construção do Humano. Por mais que se afirmem como inerentes esses Direitos, as vicissitudes são inegáveis, o que poderia parecer “contraditório”, pois aquele que o promove é o seu maior violador:

For a judicious witness to the vicissitudes of the human rights saga they are not simply ‘a Western concept’. As historical evidence shows, the Occident has been also an enemy – the deadliest? – to their existence. As much as the West has produced treatises, manifestos and legal documents that enshrine rights, the Occident has also been the perpetrator of large scale and

unspeakable crimes such as that of colonialism – an age long ‘violation of human rights’ – as well as the Nazi atrocities (BARRETO, 2013. p. 18).

Diante disso, permite-se conceber que o poder e a moralidade humanitária não estão distantes um do outro, em absoluto. O conhecimento moral produzido se revela adstrito às práticas dominantes, pois o campo de produção pressupõe e constitui ao mesmo tempo relações de poder: *“There is no power relation with out the correlative constitution of a field of knowledge, no rany knowledge that does not presuppose and constitute at the same time power relations”* (FOUCAULT, 1979, p. 27).

A construção colonial na modernidade definiu universalmente o sujeito de direitos, a bem da verdade, o Humano, atrelado aos padrões ideais do eurocentrismo. Nesse sentido, aponta-se o aspecto do processo colonial espanhol na América Latina, em específico, o debate entre Las Casas e Sepúlveda, que nos permite compreender os métodos de operacionalização da ideologia dominante. Atenta-se ao aspecto excludente do universalismo, pois é capital para o direito tornar algo absoluto e depois estabelecer seus limites. (Referência ao texto de Enrique Dussel, intitulado “Las casas, Vitoria and Suárez, 1514-1317”, que integra a obra: “Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law”).

Sepúlveda concebeu que o colonizado deve ser dizimado e sacrificado por seus próprios males, por ser inumano e representar o mal, tem de ser extirpado. Em oposição, Las Casas professou crítica ao método de *Encomienda* (submissão dos indígenas à ordem religiosa através da escravidão para salvação

de suas almas), pois reconheceu a importância da catequização, de submissão aos ideais europeus e cristãos sem a violência que, segundo ele, iria extirpar a possibilidade de Humano dos indígenas.

Nesse sentido, as tribos indígenas não deixaram de ser selvagens inferiorizados, consequentemente, sujeitos à inclusão no discurso humanista para adoção da imagem do europeu. Logo, conclui-se que cada qual se mostrou servível a agregar o ideal humanista europeu.

Para tanto, faz-se a ligação histórica dos eventos coloniais à hegemonia dos Direitos Humanos: *“Inasmuch as such a connection is made, it is evident that the hegemonic theory of human rights is the offspring of a particular perspective grounded on a historical and geographical context”* (BARRETO, 2013, p. 05).

Não se deve esquecer o dever de genealogia em contraposição à história produzida pelo homem europeu, pugna-se por retirar o polo discursivo da razão eurocêntrica. Nesse caso, é preciso se atentar para os aspectos marginalizados pela história incorporada em busca de um resgate crítico das práticas anticolonialistas desses Direitos.

Faz-se menção ao conceito de geopolítica do conhecimento de Walter Mignolo, ao ser deixado de lado o foco na origem da verdade, sintetiza José-Manuel Barreto:

The geopolitics of knowledge is a contextualist epistemology in as much as it finds in politics and history the grounds of knowledge. However, the geopolitics of knowledge does not locate the source of “truth” in a socioeconomic framework with implicit national borders, but in the milieu of the history of the modern world considered as a whole – it departs from

the history of world capitalism or, what is the same, modern imperialism, in the history of the relations between empires and colonies since the late Fifteenth century. (BARRETO, 2013, p. 03).

Há que se pontuar que a secção temporal colonialista abrange uma tradição de cinco séculos:

[...] since the very beginning of modernity, at different times and in different places, the ideas of natural rights and human rights have been seized upon by colonized peoples to oppose imperialism and abusive national regimes, a cultural and political endeavor that already constitutes a five centuries long tradition (BARRETO, 2013, p. 19).

Ao se mencionar a conquista da América como marco divisor da modernidade em contrariedade à cronologia académica tradicional, enaltece-se o renascimento, as revoluções liberais no contexto intraeuropeu: *“One of the key tenets of the historiography of rights in this horizon of understanding is the idea according to which the history of human rights in modernity starts with the Conquest of America”* (BARRETO, 2013, p. 20).

Destaca-se o contexto revolucionário em San Domingo, no Haiti, na obra “Os jacobinos negros: Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos”, escrita por C. L. R. James (2000). É por isso que se tem por necessário se opor ao que foi construído, ao homem europeu dos Direitos Humanos que há em cada um dos colonizados, resultante do processo de colonização:

Assim a Europa multiplicou as divisões, as oposições, forjou classes e por vezes racismos, tentou por todos os meios provocar e incrementar

a estratificação das sociedades colonizadas. Fanon não dissimula nada: para lutar contra nós, a antiga colônia deve lutar contra ela mesma (SARTRE, 1968, p. 06).

Não é novidade que Frantz Fanon fez minuciosa leitura do processo de colonização dos países africanos, principalmente, da Argélia. O autor, ao iniciar sua obra, aponta os dualismos criados pela colonização: civilizado/primitivo; erudito/bárbaro; branco/negro:

O mundo colonial é um mundo dividido em compartimentos. Sem dúvida é supérfluo, no plano da descrição, lembrar a existência de cidades indígenas e cidades europeias, de escolas para indígenas e escolas para europeus, como é supérfluo lembrar o *apartheid* na África do Sul (FANON, 1968, p. 27).

Em consequência dessa discrepância, vê-se o europeu de cada colonizado, são os “*frankensteins*” criados pelo colonialismo:

O olhar que o colonizado lança para a cidade do colono é um olhar de luxúria, um olhar de inveja. Sonhos de posse. Tôdas as modalidades de posse: sentar-se à mesa do colono, deitar-se no leito do colono, com a mulher dêste, se possível. O colonizado é um invejoso. O colono sabe disto; surpreendendo-lhe o olhar, constata amargamente mas sempre alerta: “Êles querem tomar o nosso lugar”: É verdade, não há um colonizado que não sonhe pelo menos uma vez por dia em se instalar no lugar do colono (FANON, 1968, p. 29, grifo do autor).

A divisão sequer é mascarada no colonialismo, Fanon constata que a infraestrutura econômica é igualmente uma superestrutura, isto porque: “A causa é consequência: o indivíduo é rico porque é branco, é branco porque é rico. [...] A espécie dirigente é antes de tudo a que vem de fora, a que: não se parece com os autóctones, ‘os outros’”(FANON, 1968. p. 30, grifo do autor).

Para que se permita romper com esse plexo, é imprescindível questionar a história hegemônica, aquela que foi produzida pelo vencedor, o europeu: “O colono faz a história. Sua vida é uma epopeia, uma odisséia. Ele é o começo absoluto: ‘Esta terra, fomos nós que a fizemos’: É a causa contínua: ‘Se partirmos, tudo estará perdido, esta terra regredirá à Idade Média’. [...] O colono faz a história e sabe que a faz” (FANON, 1968, p. 38, grifo do autor).

Mister fazer breve relato da gênese dos processos históricos de colonização, em que, após a exploração inicial de matéria-prima, a humilhação e contínua submissão do colonizado na ocupação conduz a deturpações do sistema. Há uma insatisfação generalizada, o que vem a deflagrar movimentos de oposição ao regime colonial. Em resposta, o país colono sagra pela contenção violenta, até certo ponto.

Nesse ínterim, vê-se que o regime colonial não mais se sustenta, o aspecto econômico revela o papel exercido pelo europeu na transição colonial, o que resultou na autonomia territorial da colônia:

O capitalismo, em seu período de desenvolvimento, via nas colônias uma fonte de matérias-primas que, manufaturadas, podiam espalhar-se no mercado europeu. Depois de uma fase de acumulação do

capital, impõe-se hoje modificar a concepção da rentabilidade de um negócio (FANON, 1968, p. 38).

Em favor dos auspícios econômicos, tem-se o término do massacre, e inicia-se a descolonização tão somente formal:

Pobre colono: eis sua contradição posta a nu. Deveria, dizem, como faz o gênio, matar as vítimas de suas pilhagens. Mas isso não é possível. Não é preciso também que as explore? Não podendo levar o massacre até ao genocídio e a servidão até ao embrutecimento, perde a cabeça, a operação de desarranjo e uma lógica implacável há de conduzi-la até à descolonização (SARTRE, 1968, p. 06).

Diante da insuficiência da fruição lucrativa do colono durante a ocupação, em meio a inúmeras atrocidades e submissão do colonizado, tal processo de dominação que impele a força física foi deixado de lado:

Por esse motivo os colonos veem-se obrigados a parar a domesticação no meio do caminho: o resultado, nem homem nem animal, é o indígena. Derrotado, subalimentado, doente, amedrontado, mas só até certo ponto, tem êle, seja amarelo, negro ou branco, sempre os mesmos traços de caráter: é um preguiçoso, sonso e ladrão, que vive de nada e só reconhece a força (SARTRE, 1968, p. 06).

A denotar que, apesar dos esforços conduzidos pelo povo dominado, não se consegue alcançar a ruptura com o sistema de exploração, mas contemporizações pontuais. Além disso, o que parecia para os colonizados um processo de independência capaz de romper os laços com o colono, em razão do

domínio econômico que conduz à impossibilidade de disputa com o antigo mundo, logo, “a apoteose da independência transforma-se em maldição da independência” (FANON, 1968, p. 77).

Da sua consequência, há que se fazer uma relação com a necessidade de questionar o colonialismo para além do limite territorial. Tanto é que a divisão de fronteiras, ante à consequente independência da colônia, não afasta sua herança maldita. É por isso que, na tentativa de descolonização, não se pode desconsiderar a espúria condição dos países em razão da colonização, adverte Fanon quanto à cautela a ser tomada:

A descolonização, sabemo-lo, é um processo histórico, isto é, não pode ser compreendida, não encontra a sua inteligibilidade, não se torna transparente para si mesma senão na exata medida em que se faz discernível o movimento historicizante que lhe dá forma e conteúdo (FANON, 1968. p. 179).

A referida obra do autor trata de manifesto capaz de revelar o perigo dos diversos mecanismos e operacionalizações hábeis a sustentar o sistema imperialista estabelecido pelo eurocentrismo que se expandiu, conforme nossa tese, ao discurso hegemônico de Direitos Humanos. Conclui-se, que, na lógica imperialista dos Direitos Humanos, permanece a colonialidade de mundo.

4- Da Possibilidade dos Direitos Humanos e a Desconstrução

Sob tal viés crítico, é concebida a investigação reflexiva capaz de atender às exigências de uma genealogia combativa ao eurocentrismo desses direitos,

destaca-se a perspectiva desconstrutivista no trecho da obra “Força de Lei”, de Jacques Derrida, faz-se: “[...] em nome de uma exigência mais insaciável de justiça, à reinterpretação de todo o aparelho dos limites nos quais uma história e uma cultura puderam confinar criteriologia” (DERRIDA, 2010, p. 36).

Ponto fulcral ao presente esforço, quanto à possibilidade de ruptura com os padrões incorporados, diz respeito à abertura dos conceitos para sua ressignificação, o autor destaca o ideal emancipatório:

Nada me parece menos perempto do que o clássico ideal emancipatório. [...] não se pode desqualificá-lo hoje [...] é verdade que também é necessário, sem renunciar a esse ideal, pelo contrário, reelaborar o conceito de emancipação, de franqueamento ou de libertação, levando em conta as estranhas estruturas que descrevemos neste momento. Mas, para além, dos territórios hoje identificáveis da jurídico-politização em grande escala geopolítica, para além de todos os desvios arrazoados e interesseiros [...] outras zonas devem abrir-se constantemente, que podem a primeira vista parecer zonas secundárias ou marginais. Essa margem significa também que uma violência e um terrorismo ou outras formas de sequestro estão em ação (DERRIDA, 2010, p. 57).

O que pode ser feito na democracia, pois a mesma abre possibilidades que em seu exercício devem ser extrapoladas, transcreve-se:

A democracia é, para Derrida, o único regime ou quase-regime político aberto a sua historicidade na forma de transformação política, e aberto à sua própria reconceitualização por meio da autocrítica,

chegando até e incluindo a ideia e o nome “democracia” (NAAS, 2006, p. 33).

Nota-se que é no deslocamento das estruturas que reside o democrático para Derrida. Procura-se, neste artigo, vislumbrar a perspectiva desconstrutivista com relação à ideologia dos Direitos Humanos. Ressalta-se que cabe compreender a força dos Direitos Humanos no sistema-mundo em que se afirmam. Nesse sentido, a reprodução indiscriminada da ideologia dominante dos Direitos Humanos tem relação com os demais afluentes do mundo hodierno, projetam-se como discurso moral hegemônico conjuntamente com a globalização econômica, o ambiente político e as leis internacionais. Ao passo que fomenta práticas de poder contrárias aos valores que propugna, a questão democrática tende a se esvaecer com a apreensão constitucional.

Dessa forma, procura-se apontar o que é dissimulado e ocultado pelos Direitos Humanos acerca de suas práticas violentas e, com isso, enfrentar o debate de como esses valores não conduzem aos ideais que professam. Através dessa análise, investiga-se a formação da doxa dos Direitos Humanos, como imperativo prevalente e inquestionável da nova ordem, com ênfase na violência que incorporou as práticas constitucionais democráticas. Para tanto, faz-se necessária a abordagem do projeto imperialista do universalismo europeu, em remissivo aos processos de colonização.

Os direitos com sua feição dissimulada de significação, suplantados pela ontologia de seus valores, vêm a constituir principal fonte de

governamentalidade no mundo contemporâneo, isto porque o espaço político reside em sua discrepância:

[...] suas pressuposições ontológicas, os princípios de igualdade e liberdade, e seu corolário político, a pretensão de que o poder políticos deve estar sujeito às exigências da razão e da lei, agora passaram a fazer parte da principal ideologia da maioria dos regimes contemporâneos e sua parcialidade foi transcendida (DOUZINAS, 2007, p. 19).

Em sua oposição, o discurso se projeta como utopia, em que todos têm seus direitos contemplados, fato é que os Direitos Humanos triunfaram em momento histórico que revela flagrantes violações a seus princípios. Para isso, as estruturas dominantes reduzem as pessoas a sintéticas entidades capazes de integrar a lógica desses Direitos. Conclui Douzinas:

The gap between the triumph of human rights ideology and the disaster of their practice is the best expression of postmodern cynicism, the combination of enlightenment with resignation and apathy and, with a strong feeling of political impasse and existential claustrophobia, of an exit less ness in the midst of the most mobile society (DOUZINAS, 2000, p. 12).

Para Gabriela Marcel: “[...] *human life has never been as universally treated as a vile and perishable commodity as during our own era*” (MARCEL, 1964, p. 94).

Destarte, não se pode ignorar as dissimulações dos Direitos Humanos, propõe-se a compreensão crítica de que: “[...] são o fado da pós-modernidade, a

energia das nossas sociedades, o cumprimento da promessa do iluminismo de emancipação e autorrealização”. (DOUZINAS, 2007, p. 13). O desafio é por desmascarar a instituição liberal dos Direitos Humanos, em tentativa de permitir a desconstrução e, conseqüentemente, o resgate de tais Direitos para além desse âmbito de validação. Através da investigação proposta, busca-se demonstrar que:

Quando os apologistas do pragmatismo decretam o fim da ideologia, da história ou da utopia, eles não assinalam o triunfo dos direitos humanos; ao contrário, eles colocam um fim nos direitos humanos. O fim dos direitos humanos chega quando eles perdem o seu fim utópico (DOUZINAS, 2007, p. 13).

Apesar da clara tendência dos juristas em atribuir as debilidades e os abusos na democracia constitucional a um déficit de efetividade social, como simplório percalço no funcionamento das instituições, não é esta a compleição das relações de poder e do maquinário constitucional. Tem-se a moldura dos Direitos Humanos para adequação aos fins políticos desejados, em que: “o paradoxo é o princípio organizador dos direitos humanos” (DOUZINAS, 2007, p. 13).

Almeja-se, assim, resistir à dominação e à opressão institucional, ao se constatar que os Direitos Humanos perdem este objetivo, ou possibilidade, quando constituem a versão contemporânea de missão civilizatória europeia, pois cumprem com o papel de ideologia política prevalente. É preciso importunar o ideal de Humano do eurocentrismo.

É por isso que a consideração das linhas marginalizadas acerca desses direitos é determinante para apontar o que foi ocultado e dissimulado pela tradição eurocêntrica: tanto, os abusos do colono transformados em conquistas históricas como da oposição aos padrões colonizadores pelas práticas de resistência que conceberam os Direitos Humanos em outra direção.

Considerações Finais

No presente texto, destacou-se o posicionamento crítico de Costa Douzinas acerca dos Direitos Humanos, pois sofreram uma mutação de uma possível defesa contra o poder para a modalidade de suas operações, as quais não se reconhecem como tal, pois sucedem ao fim da história e, apesar de não possuírem um significado comum, unificam as mais díspares pessoas e instituições no cosmopolitanismo global. Apesar dos Direitos Humanos terem origem particular no âmbito Europeu, almejam submissão de forma universal.

Percebe o autor um cinismo pós-moderno, visto que esses valores estão em contínua discrepância com as práticas que os legitima. É patente a disparidade entre o discurso simbólico e a realidade vivenciada.

Em contrariedade à tradição eurocêntrica, apontou-se a perspectiva descolonial com a análise do poder geopolítico na produção desses direitos, em que permanece a colonialidade de mundo. Propõe-se, a partir de investigação histórica, demonstrar a experiência infirmada nesses Direitos, que se estendeu aos países colonizados com a dominação europeia do terceiro mundo.

Nesse sentido, fez-se menção ao relato historiográfico de Frantz Fanon das diversas etapas do processo de colonização, resultante do projeto imperialista de dominação conduzido pelos Países Ocidentais. A despeito disso, tem-se crítica comprometida em questionar as práticas ditas por civilizatórias, residentes na cruzada cultura inserta ao ideal racional do homem moderno. Para tanto, é imperioso analisar os influxos das relações de poder e a violência simbólica como pano de fundo aos Direitos Humanos. Com isso, demove-se o ideal humanista em remissivo da sua construção expansivista e colonial. Em oposição, busca-se romper com o plexo estruturante desses Direitos, propôs-se o viés da desconstrução.

Assim, conclui-se que os Direitos Humanos constituem o centro determinante da ideologia hodierna e têm relação imperiosa com os processos colonialistas, visto que se percebe a permanência da colonialidade de mundo nas práticas ditas civilizatórias.

Referências bibliográficas

BARRETO, José-Manuel. *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law*. Cambridge Scholars Publishing, Newcastle: UK, 2013.

BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. Traduzido por Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo:Unisinos, 2000.

BOURDIEU, Pierre. Espíritos de Estado: gênese e estrutura do campo burocrático. In: *Razões Práticas: Sobre a teoria da ação*. Traduzido por Mariza Corrêa. Campinas, SP: Papius, 1996.

C.L.R. James. *Os jacobinos negros: Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos*. Traduzido por Afonso Teixeira Filho. São Paulo: Boitempo, 2000.

COOPER, Robert. *The New Liberal Imperialism*. Sunday7, abril 2002 12.13 BST. Disponível em: <www.theguardian.com/world/2002/apr/07/1>, 2002. Acesso em: 19 set. 2013.

DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. Traduzido por Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo. Editora Unisinos. 2007.

_____. *The End of Human Rights: Critical Legal Thought at the Turn of the Century*. Oxford: Hart Publishing, 2000.

FANON, Frantz. *Os condenados da terra*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

FITZPATRICK, Peter. *A mitologia na lei moderna*. Traduzido por Nélcio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*. New York: Pantheon, 1977.

_____. *História da Sexualidade: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

GIRARD, Rene. *O Bode Expiatório*. São Paulo: Paulus Editora, 2004.

MARCEL, Gabriel. *Creative Fidelity*. New York: Farrar Strauss, 1964.

MELBOURNE UNIVERSITY LAW REVIEW: 26 *Melb. U. L. Rev.* 445 (2002), DOUZINAS, Costa, The End of Human Rights: Critical Legal Thought at the Turn of the Century, 2002.

NAAS, Michael. Uma nação... indivisível: Jacques Derrida e a soberania que não ousa dizer seu nome. In: SANTOS, Alcides Cardozo dos; DURÃO, Fabio Akcelrud; SILVA, Maria Das Graças G. Villa da. *Desconstrução e contextos nacionais*. Rio de Janeiro: 7letras, 2006.

QUIJANO, Anibal. Coloniality of Power, Eurocentrism, and Social Classification. In: DUSSEL, Enrique et al. *Coloniality at large: Latin America and postcolonial debate*. Durham, USA: Duke University Press, 2008.

SARTRE, Jean-Paul. Prefácio. In: FANON, Frantz. *Os condenados da terra*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

WALLERSTEIN, Immanuel. *O universalismo europeu*. São Paulo: Boitempo, 2007.

Notas de fim

[1] A história é construída pelo vencedor. Fator indicativo do eurocentrismo, em que a produção do saber está atrelada à civilização europeia.

[2] A “colonização de mundo” é a expressão utilizada para representar a lógica de operacionalidade do eurocentrismo, atualmente, relacionada aos Direitos Humanos, que implica em estrutura ontológica de definição de mundo.

Marcas que ainda doem, corpos que ainda sangram: uma análise dos relatos de três ex-presas e torturadas políticas

*Marcas que aún herido, aún se sangran los cuerpos: un análisis de los informes de las
tres ex presas políticas y torturadas*

*Marks that still hurt, bodies that still bleed: an analysis on the reports of three former
political tortured prisoners*

Francisco Quintanilha Vêras Neto

Natália Centeno Rodrigues

SUMÁRIO: Introdução; 1- A Ditadura Civil-Militar e o Terrorismo de Estado; 2- A Importância do Testemunho como Fonte de Memória; 3- Os Testemunhos: Histórias que Revelam a Perversidade da Nossa Ditadura Civil-Militar; 4- A Militância Feminina, Algumas Reflexões Possíveis; 5- O Papel do Testemunho e a Importância da Memória; Considerações Finais; Referências.

Introdução

Ao pensarmos na História recente do Brasil, salta-nos aos olhos diversos episódios: a primeira mulher eleita presidenta da nação, a eleição de um operário ao cargo de chefe do executivo, o processo de *impeachment* presidencial, a promulgação de uma nova Constituição, a restrição de liberdades individuais e coletivas em nome da segurança nacional. Os primeiros fatores aqui citados só se tornaram possíveis devido à luta e à resistência de muitos, ao longo da ditadura civil-militar brasileira, que se instaurou em 1964 e perdurou oficialmente até

1985. Como data de seu término, preferimos adotar como marco o seu sepultamento jurídico, datado de 05 de outubro de 1988, dia em que se promulgou a nova constituição do país, pois, somente após a sua entrada em vigor, conseguimos afastar a maioria de seus efeitos da nossa realidade, os quais estavam cotidianamente institucionalizados. Somente com o novo marco constitucional é que foi possível excluir da ordem jurídico-política, a ditadura civil-militar brasileira, que foi um regime de Terrorismo de Estado, sustentado ideologicamente pela Doutrina de Segurança Nacional.

O presente artigo não tem por objetivo manter distantes os fatos ocorridos durante os anos de resistência, mas sim evidenciar a importância daqueles que resistiram e enfrentaram o aparato estatal. Aqui, ressaltamos o papel do testemunho, na medida em que utilizamos de trechos de relatos de três mulheres que sobreviveram ao terrorismo de Estado que se instalou em nosso país. Destaco que a escolha por relatos de mulheres se deu no sentido de evidenciar o papel atribuído a elas na resistência, e não somente por isso, na medida em que seus testemunhos são marcados por características específicas que evidenciam sua força para resistir ao que foram submetidas. Cabe evidenciar o papel central que a memória possui ao abordarmos temas relativos à ditadura civil-militar, pois é somente através da memória que podemos evitar o esquecimento histórico dos fatos vivenciados por aqueles que tiveram inúmeros direitos violados.

O aporte metodológico utilizado para desenvolver esta escrita consistiu na análise de depoimento dialogada como referencial teórico temático. Sobre os depoimentos utilizados como fonte primária, cabe inicialmente especificarmos sua origem, os depoimentos [1] foram gravados durante a Audiência Pública promovida pela Comissão Estadual da Verdade do Rio Grande do Sul, que se realizou no dia 08 de março de 2013, no auditório da Associação dos Juízes do

Rio Grande do Sul – AJURIS, em Porto Alegre. A presente audiência se intitulou “*Mulheres na resistência à ditadura – relatos à Comissão Estadual da Verdade*” e foram ouvidas três gaúchas que militaram na resistência à ditadura civil-militar, todas estiveram presas e foram vítimas de graves violações de direitos humanos, foram ouvidas: Eliana Lorenz Chaves, Ignez Maria Serpa Ramminger, mais conhecida pelo codinome de Martinha e Nilce Cardoso Azevedo. Na presente abordagem, não entraremos em mínimos detalhes sobre a vida das depoentes, mas focaremos no seu relato, sobre as suas experiências durante o cárcere, ou seja, o foco será nos testemunhos concedidos. Além disso, utilizamos como fonte o seguinte artigo: “*Na guerra com batom*”, de autoria de Ignez Maria Serpa Ramminger, devido ao fato de nesse pequeno texto a autora relatar passagens significativas de sua militância e de sua vivência enquanto esteve detida ilegalmente pelo Estado brasileiro.

Para atender às pretensões desse artigo, o caminho metodológico desenvolvido se realizou, primeiramente, com uma breve contextualização da ditadura civil-militar e da atuação do Estado terrorista brasileiro, para, a partir daí, abordamos a importância do direito à memória e à verdade e a perspectiva do testemunho. Depois realizamos a análise dos testemunhos escolhidos para demonstrarmos o quão perverso era o nosso Estado perpetrador de direitos e, ainda, destacamos o papel das mulheres na resistência e na militância. Por fim, buscamos realizar algumas reflexões sobre a importância do testemunho como possibilidade de fonte de memória.

1- A Ditadura Civil-Militar e o Terrorismo de Estado

A ditadura civil-militar foi instaurada em um golpe contrainsurgente, o qual buscou romper com o regime democrático que vigia em nosso país. Tal

governo se caracterizou por uma série de medidas que restringiram as liberdades individuais e coletivas, atos que minaram todas as arestas democráticas que existiam em nosso país, deixando apenas um pano de fundo, constituído de modo ardiloso, que mantinham a “aparente democracia brasileira”, visando esconder o que se instaurava em nosso país – práticas de terrorismo de Estado fundamentado pela Doutrina de Segurança Nacional. O Estado brasileiro terrorista tinha

por características o alto controle da sociedade civil, a aceitação e o consenso forçados baseados no terror, a militarização da sociedade concomitantemente com sua desarticulação (através do terror), e a estratégia da contra-insurgência. As ações que levariam à implantação do Estado terrorista seriam o controle do governo e do aparato coercitivo do Estado através da destituição das autoridades e corpos representativos e submissão do Poder Judiciário; a desarticulação da sociedade política e civil, através da supressão das liberdades públicas [2].

Esse Estado terrorista teve como prática norteadora de suas ações a luta contra os “subversivos”, sendo esta marcada por uma violência ampla, complexa e global, pois realizavam inúmeras práticas repressivas, como a tortura, a execução, a reclusão massiva, o sequestro, o desaparecimento forçado. O sistema de Terrorismo de Estado não se restringiu à forte imposição de uma política massiva de tortura, nem somente aos sequestros e desaparecimento forçado de cidadãos. Seu funcionamento foi muito além do forte esquema repressivo, caracterizou-se pela “violência organizada” espalhada por todas as instituições, elaborando uma forma de controlar, aprisionar, restringir, demonstrar poder e garantir a impunidade pelas suas ações. A “violência organizada” era “clandestina

e múltipla [e] se contrapôs à violência institucional estatal e legal” [3], aquela que não conhece limites e responsabilidades.

Peça-chave para a manutenção do terrorismo de Estado foi a criação da figura do “inimigo interno”, sendo que este poderia ser alguém com um perfil delimitado que preenchesse uma série de requisitos ou simplesmente alguém que apresentasse alguma característica genérica, logo, qualquer cidadão poderia acabar figurando como esse inimigo. Contra esse “inimigo interno”, o Estado terrorista possuía como metodologia central de suas práticas a detenção-desaparecimento, a tortura era o método institucional. Outras técnicas, como o sequestro, o convívio com a morte, o isolamento, a desumanificação, a perda do controle do tempo, os suplícios físicos, a constante tensão, o forte sofrimento psíquico, a exaustão psicofísica, todas essas ações eram mascaradas “pelos ‘enfrentamentos’, ‘suicídios’, ‘justiçamentos’, ‘acidentes’ e ‘atropelamentos’; o efeito multiplicador do terror, através da família da vítima, etc.” [4].

Devido a essa política do terror, instaurou-se uma “cultura do medo” e do silêncio na sociedade brasileira, tais culturas contribuíram para que muitas das ações do Estado terrorista ficassem impunes ou escondidas devido ao medo que a população tinha de denunciar e acabar caindo no sistema repressivo clandestino. Essa clandestinidade muito

contribuiu para neutralizar respostas imediatas da sociedade política e civil aumentando o efeito psicológico da violência estatal ao torná-la anônima e onipresente e preservando o governo das denúncias que lhe foram imputadas sobre a violação dos direitos humanos [5].

Este pode ser um dos motivos que explica por tantos anos em nosso país ter imperado um pacto conciliatório, firmado sob a Lei de Anistia [6],

alicerçado em uma combinação histórica, que negava a situação histórica da época.

2- A Importância do Testemunho como Fonte de Memória

É chegado o momento de nos virarmos para o passado – de violações e perpetrções de direitos – e tentarmos entender o que ocorreu ao longo dos anos que o nosso país viveu na ditadura civil-militar. Isto porque denegar o nosso passado ao esquecimento não trouxe nenhum tipo de alívio para aqueles setores da sociedade que foram vitimados durante a ditadura e em nada contribuiu para que as novas gerações conhecessem essa experiência histórica que marcou a carne e a consciência, de parte de uma geração [7], ou seja, renegar ao esquecimento não trouxe avanços.

Essa lacuna na História necessita de respostas, pois *“sem a memória a injustiça cai no esquecimento e com ela a vítima sofre uma segunda injustiça, a injustiça do olvido”* [8]. O esquecimento é um ato que significa a negação da condição de sujeito históricos àqueles que foram vítimas de uma injustiça. Só a memória pode fazer justiça aos injustiçados da história no passado. Portanto, todas as ações que visam fortalecer esse elo entre memória, verdade e justiça devem ser estimuladas. Cabe esclarecermos que a justiça que aqui falamos é uma justiça anamnética, uma justiça do outro, logo, uma justiça do ponto de vista de quem foi colocado como vítima. Na justiça anamnética, *“os atos de memória, os monumentos de memória são quesitos imprescindíveis para neutralizar a violência mimética que permanece recalcada nos porões das instituições e na sombra do inconsciente humano”* [9].

Além das organizações que estão surgindo por iniciativa da sociedade civil [10], há ações que partem da base governamental [11], como é o caso da

Comissão Estadual da Verdade do Estado do Rio Grande do Sul [12]. A investigação dos fatos ocorridos durante a ditadura civil-militar e a apreciação das violações de direitos ocorridas em nosso país são partes fundamentais para a memória deste. Não entendemos a memória como um bloco único e unívoco, e sim, no sentido da construção de uma memória que dialogue com o outro lado que ainda não relatou sua vivência, sua percepção dos fatos, ou seja, estamos falando de uma “*memória crítica*” [13], que não busca manter a linearidade histórica. O direito à memória objetiva dá a fala aos outros atores envolvidos nesses processos sociais, ao trazermos outras narrativas “*essas são importantes para recompor o caleidoscópio da história, mas ao mesmo tempo é imprescindível que seja construída uma narrativa pública reconhecida pelo Estado em relação aos abusos cometidos em nome dele mesmo*” [14]. É fundamental compreendermos que os crimes cometidos pelos Estados são crimes internacionais, entendemos que, para termos condições de fazer justiça, devemos partir do reconhecimento e da memória desses episódios traumáticos, com o intuito de que a memória advinda deste possa significar a não repetição em um futuro [15].

O papel principal que atribuímos à justiça de transição é a do resgate histórico, ou seja, é ir resgatar do passado aquele que “*foi declarado culpado declará-lo inocente*” [16]. Tal declaração que agora lhe é dada, dá-lhe inocência, rompendo com o significado que lhe foi colocado, de subversivo, de baderneiro, de traidor e o devolve a condição humana. No momento em que este estava sob o poder estatal, estava na condição de “*não-ser*” [17], pois lhe era negado qualquer traço de humanidade, agora, com o resgate do passado histórico, lhe é devolvida a condição de ser humano

[...] e posteriormente, sua condição de cidadã. Ao reinserir a vítima no cenário político, a justiça de transição também promove o questionamento sobre o conceito de justiça, de poder e da autoridade

a ser legitimada no âmbito coletivo e participativo. A mudança do tempo do medo e da ordem, para o tempo do diálogo e da pluralidade, faz com que a temporalidade da justiça transicional não se esgote, permaneça sendo, pois só o movimento da linguagem, das ações e das ideias escapa à tentativa totalizante de domínio exercida pelo poder [18].

Por isso, todas as medidas que se amparam na oitiva daqueles que foram postos na condição de infrator, de subversor da ordem, constituem-se como um espaço de suma importância, pois servem para trazer à tona o discurso sobre uma nova perspectiva, a do não silêncio, mudando a condição desse sujeito, sendo ele empoderado e passando a ter o seu espaço de fala, novamente como um cidadão.

Os relatos a seguir contam as histórias de três mulheres que tiveram sua vida violada pelo Estado brasileiro de formas variadas, a violência praticada pelo Estado é a mais perversa, pois aquele que deveria resguardar os direitos de seus cidadãos é quem os viola. O Estado que é o responsável por dar direito aos seus cidadãos de terem direitos é quem os retirou de seus cidadãos [19], assim se observa o quão perverso são os crimes por ele cometidos. O Estado Democrático de Direito tem o dever de proteger os direitos dos cidadãos, tanto contra os ataques do Estado como dos ataques dos demais cidadãos. Os crimes de Estado podem ser definidos como *“qualquer ação que viole o direito internacional público, e/ou uma lei doméstica do próprio Estado quando tais ações são praticadas por atores individuais agindo em favor ou em nome do Estado”* [20]. São crimes que se caracterizam independente da motivação que os que levaram a agir dessa forma – seja por interesse econômico, político, pessoal, ideológico, por isso que os relatos descritos a seguir se configuram como crimes de Estado. O papel elencado ao testemunho dentro dessa abordagem é o espaço da voz, de trazer o

que foi silenciado para o lugar comum, é o momento de compartilhar, na medida em que

os testemunhos são o avesso da violência do toque; as narrativas constituem-se em verdadeiros manifestos contra a submissão do corpo, em suas diversas facetas exploratórias. Se o terrorismo de Estado foi capaz de introduzir pactos perversos de medo e cumplicidade, as narrativas do trauma são caminhos viáveis de reconstrução dos vínculos de cidadania, do contrato social. As narrativas destas violências, especialmente as narrativas da tortura, transformam a palavra impedida, silenciada, em linguagem compartilhada, vivida, sentida a partir de outro entorno, rememorada, sentida diferente, mas não ressentida [21].

Tais narrativas irrompem com a linearidade histórica, ou seja, quebram com a versão oficial da história, que é contada como uma série de acontecimentos que se sucedem, essa ruptura com a concepção linear de tempo é substituída pela concepção topográfica, na qual a memória vai ser construída como uma carta geográfica, em que diversos *“pontos no mapa mnemônico entrecruzam-se, como um campo arqueológico ou um hipertexto”* [22]. Podemos dizer que o presente existe sobre os rastros do seu passado, as ações de memória servem para atualizar as barbáries e buscam desnaturalizar a violência que foi naturalizada. Tais atos assumem um papel terapêutico, pois servem como meio para evitar a repetição e conceder voz aquele que fora calado, sufocado. *“Quando a potência mimética da violência é contrastada com a alteridade negada das vítimas, sua capacidade autorreprodutiva se inibe e se neutraliza. Quando exposta pela memória, a potência mimética da violência perde seu potencial contaminante”* [23]. As ações de memória inibem a barbárie, a violência, a sua repetição, já o esquecimento eterniza a barbárie.

3- Os Testemunhos: Histórias que Revelam a Perversidade da Nossa Ditadura Civil-Militar

Optou-se por não se realizar uma análise individual de cada testemunho, mas sim dialogá-los com conteúdos teóricos, resguardado de significantes históricos. Distribuímos na seguinte ordem: Eliana Lorenz Chaves, Ignez Maria Serpa Ramminger e Nilce Cardoso Azevedo. Cabe frisar que os trechos citados abaixo foram transcritos dos testemunhos que foram filmados e se encontram disponibilizados na internet [24]. É importante evidenciarmos que os testemunhos descrevem de modo direto práticas do Estado terrorista brasileiro, como a tortura psíquica e física.

Depois desse reconhecimento, alguns agentes me levaram para outra sala e aí, começaram as ofensas, as ameaças, a mandar tirar a roupa, aí eles chamavam outros agentes para olhar o meu corpo. Faziam comentários, eu tinha dezoito anos na época. Faziam comentários do tipo fulano vai gostar muito de amassar esses peitinhos e coisas, isso aí era o mais leve. Havia um gerador elétrico manual que eles chamavam graciosamente de maricota, para dar choques elétricos, conforme a velocidade da manivela a voltagem ia subindo. A primeira vez dá uma sensação terrível com choques nas orelhas perde a visão na hora fica tudo escuro. O pessoal da polícia ficava a volta enlouquecido gritando de prazer [25].

A coisificação, a degradação, a desvalorização do ser humano ficam evidentes no trecho transcrito acima. Assim como a constante necessidade de humilhar, de (des)identificar aquele que estava sendo interrogado, ou seja, a vítima das sessões de tortura. Observa-se a naturalização de tais atos, pois eram

tidos como normais e até prazer desencadeavam nos agentes estatais que os comandavam.

Tem certos tipos de torturas que eles fizeram que é ruim de contar, que é essa que tem haver com a questão sexual. Eu só quero dizer para vocês que eu não me sinto em condição de descrever, porque isso me faz um mal tremendo. Eu só dizer para vocês o seguinte que em função disso eu fiquei com trauma durante um período, que eu agradeço muito, eu já escrevi isso uma vez, eu agradeço muito ao meu ex-marido, que é o pai dos meus filhos, que ele teve uma paciência comigo, que vocês não podem imaginar, que eu não conseguia transar, por causa das violências que eu sofri lá. Eu não consigo falar disso, vocês me desculpem, mas eu não consigo falar [26].

Interessante pensarmos como a lógica da anulação da diferença se faz presente dentro da nossa racionalidade, de que forma anulamos aqueles que diferem de nós, como justificamos tais anulações. A ditadura civil-militar brasileira utilizou o combate aos subversivos – comunistas e socialistas – de pano de fundo para o cometimento de todas as atrocidades possíveis, sendo estas revestidas por uma aparência de legalidade. Para prática de tais atos, baseou-se em um alicerce teórico: a Doutrina de Segurança Nacional e assim instaurou o terrorismo de Estado, que serviu para torturar, perseguir e matar pessoas. Por isso, um dos piores defeitos da nossa sociedade é a crença racional capaz de justificar e legitimar qualquer atitude,

a razão ardilosa cerca-se a priori de cuidados e credibilidades; procura, antes de mais nada, não chocar, pois qualquer choque é perigoso: pode dar o que pensar. A ordem é: naturalizar tudo. Imbuída da difícil tarefa de sustentar a violência e vulgaridade do mundo, essa massa volátil e espasmódica, ao estilo de um exoesqueleto altamente

cerebral, é e tem de se mostrar inteligente; o meio-tom intelectual é seu registro, pois não pode mostrar a que veio, mas apenas o que transparece em sua retórica de intenções. Sua violência é adocicada, porque ‘naturalizada’; justifica o injustificável, legitima o ilegítimo a partir da seiva argumentativa que destila desde a profundidade de seus interesses estratégicos; ao organizar os meios disponíveis com relação à meta de atingir determinados fins, exerce de modo extremamente organizado a violência instrumental, pois enuncia o álbi perfeito para dispensar a moral em nome da técnica [27].

Esse é o mundo em que a racionalidade ardilosa prevalece, tece a teia de saberes, no entanto, deixa perceptível somente o que lhe é conveniente, cria novas aparências para aquilo que a razão vulgar dificilmente assimilaria, tornando, assim, o insuportável em suportável, sem que seu real significado seja questionado. É a razão vulgar que faz com que se torne estéril o diálogo reflexivo, esta sendo arquitetada pela razão ardilosa, pois tende a manter tudo sobre o controle. Torna a repressão estatal um mal necessário, aceitável, tendo vista que ela está nos preservando do mal maior, a subversão. Nessa ótica, qual o problema de alguns terem seus direitos violados para que a maioria (leia-se minoria, mas imposto sobre o argumento da maioria) siga vivendo normalmente.

A racionalidade ardilosa [28] é o traço marcante de nossa contemporaneidade, faz com que se transformem os problemas em caminhos prontos, que no final dessa estrada há somente locais predeterminados para se chegar, ou seja, soluções para os problemas. Ela gera nulidade das questões, dando a estas respostas simples acolhidas pela razão vulgar que se encarrega de torná-las aceitas e proliferadas de modo que simbolizem, representem verdades irrefutáveis – tornem-se verdades absolutas. O pensar ardiloso é o pensar que

busca aniquilar a diferença, tornar estéril o desigual, essa razão procura explicar a dominação, a neutralização do outro e ainda assim, nega que pratica tal dominação, é dotada de uma lógica tão engenhosa que busca escamotear suas ações e práticas. Essa razão foi utilizada pelos agentes estatais ao longo da nossa ditadura civil-militar (sendo, muitas vezes, utilizadas nos dias atuais ao criminalizar parcelas específicas da população ou determinados grupos sociais) e dentro dessa racionalidade perversa se buscou acabar com as pessoas que só queriam construir um mundo mais justo e solidário [29], era exatamente a crença na possibilidade de construir um novo mundo que deu à Ignez forças para resistir às situações extremas, as quais foi submetida.

O corpo não é um corpo, não é uma pessoa, não é um nada [...] e ai muda fiquei, eles revolveram: me queimar por dentro, essa é uma coisa dolorida, mas que eu quero deixar registrado para que nunca mais aconteça porque é um absurdo. Eles queimaram todo o meu útero com choque. Só que pra isso vocês imaginam que eles enfiavam a mão, estupro é pouco numa hora dessa, a gente pendurada com todos os genitais amosta para que eles fizessem o que quisessem e faziam o que tinham vontade. O sangue começou a jorrar eles botaram uma bacia embaixo pra poder não ficar tão suja a sala. Eu passei oito dias em coma. Quando eu voltei o pessoal do movimento estudantil já tinha caído todo, porque eles tinham caído em São Paulo, então já veio todo mundo caído de São Paulo. Peguei aqui uma infecção, uma infecção claro, enfiaram de tudo dentro da minha vagina e do meu ovário, só podia pegar uma infecção, peguei uma infecção estomacal e tal. Eles levaram lá em um lugar lá para fazer o tratamento e muitos remédios. É uma coisa tão absurda tudo que aconteceu porque a tortura ela não tem por objetivo só arrancar a informação, nada disso também isso, mas, o que ela quer mesmo é terminar com aquele ser humano, terminar com toda e qualquer resistência humana que pode acontecer [30].

O importante para os agentes estatais não era obter simplesmente a informação desejada, por meio da tortura, a tortura era uma forma de violar a singularidade. O que se observa é que há uma *“frieza absoluta de uma não-relação”* [31], ao ponto de não ser possível reconhecer nenhuma semelhança humana no outro ser. A desumanidade é observada pela total incapacidade de se colocar no lugar do outro, daquele que está sendo submetido ao terrorismo de Estado. Recorrente em todos os testemunhos, a degradação sofrida pelas mulheres, além das diversas formas violências relatadas, como verbal, física, psíquica, sexual, familiar. A face mais atroz da ditadura civil-militar, não estava em proibir o pensamento e, sim, em conter corpos e mentes que queriam mudar, falo conter, pois a tortura é uma forma de contenção que aniquila a individualidade, a noção de corpo.

4- A Militância Feminina, Algumas Reflexões Possíveis

A trajetória política da esquerda em nosso país sempre foi contada através da história de grandes homens, ou seja, é uma história fundamentalmente marcada pelo protagonismo masculino, delegando às mulheres e aos homoafetivos o local de coadjuvantes. Já Ignez Ramminger situa que a sua atuação política não estava ligada ao fato de ser parceira, ou companheira de fulano e, sim, de que foi protagonista de sua história, de sua luta. Destaca que normalmente a esquerda revolucionária, mesmo lutando para construir uma nova sociedade, sendo esta mais justa e solidária, reproduziu relações machistas com suas mulheres, colocando-as em um segundo plano, deixando para elas, apenas o papel de companheiras, *“não fomos ‘companheiras’ de fulano ou de sicrano, fomos protagonistas de uma história que ainda não foi bem contada: a história das guerreiras de batom.”* [32]. Quando as militantes eram

submetidas à violência estatal, ouviam ofensas verbais, todas as formas de violências conhecidas contra elas eram praticadas, violências físicas e sexuais impossíveis de descrever. Muitas vezes, eram tratadas como mero objetos para obtenção de prazer, os agentes estatais as tratavam como um objeto que estava ao seu bel prazer, “*alguns destes torturadores eram extremamente sádicos, doentes. Um deles, oficial do Exército, conhecido pelo nome de Malbães, chegou a ejacular e rir durante as sessões de tortura*” [33], evidenciando a condição de desumanidade que as militantes eram submetidas.

Recorrente no testemunho das mulheres, observa-se uma história de superação de vida, de mulheres que passaram pelos vários tipos de traumas, violências e conseguiram tocar suas vidas. Observa-se também que Nilce Azevedo e Ignez Ramminger atribuem a sua coragem e a capacidade de resistência, a sua crença na mudança, na construção de uma sociedade mais justa, menos desigual, ou seja, na possível transformação social, em seus ideais. O cunho ideológico estava presente nessas mulheres, elas sabiam por qual motivo ali estavam. Além disso, Ignez Ramminger atribui à essência feminina como algo que apoiou a permanecer viva.

Mas ao me questionar, ao buscar respostas lá no fundo de mim mesma, sobre como e por que consegui sobreviver emocionalmente às ganas do torturador, percebo que além de minhas convicções política e ideológica, há uma particularidade matricial: nós mulheres possuímos útero e o útero é vida e não morte. Gerar, parir, amamentar e criar os meus filhos fez-me renascer. A maternidade, a energia amorosa que envolve e irradia vida. O amor, criativo e transformador na sua forma mais pura e cristalina. Esta foi minha fonte de energia para superar o que meus companheiros de tortura não suportaram [34].

A ideia de resistir à ditadura e depois derrubá-la, acrescido da necessidade de mudar o país, foi o que deu força à Nilce Azevedo continuar lutando e resistindo às constantes violações que sofreu enquanto estava detida. Os relatos dessas mulheres que resistiram e sobreviveram ao terrorismo de Estado evidenciam que há um significado e uma forte motivação para a sua militância.

5- O Papel do Testemunho e a Importância da Memória

Eu nunca contei isso a ninguém, muitas pessoas que viveram comigo não sabem o que eu passei, assim começou o relato de Eliana Chaves. Já a Ignez Ramminger, contou o que passou na prisão, as violações e os abusos que sofreu evidenciaram a dificuldade que é externar aquilo que se vivenciou, pois o trauma é (re)vivenciado. Minha família sofreu e sofre consequências até os dias atuais por aquilo que eu passei, relatou Nilce Azevedo, ao contar que o problema de saúde de sua irmã se originou após ela ter ido vê-la após sessões de torturas. Essas mulheres lutadoras, que por muito de nós passam anônimas, tentam resgatar sua identidade contando a sua versão da sua história. Uma história muitas vezes composta de separações, de dificuldades, de clandestinidade, de violações, de violências, essas histórias estão sendo contadas e a importância dessas mulheres na luta política brasileira está sendo cada vez mais reconhecida, valorizada. Evidenciamos o papel da falado às testemunhas/participes desse momento, pois ele é autoridade para falar do assunto. Na medida em que

a testemunha tem sua autoridade reconhecida porque ela é o que fica da violação, dos massacres, o que não está e ao mesmo tempo sempre volta. Não se encaixa dentro do projeto da civilização moderna, pois é a cultura em seu viés catastrófico, o que de mais humano pode haver a

partir de atos desumanos. O testemunho como fato e imperativo de memória, nos remete à disposição que a ninguém deve ser dado o direito de fazer e deixar morrer, que nossa cultura não pode continuar a permitir o sacrifício de alguns, em prol de um objetivo a ser conquistado, isto é, a vida humana não deve ser apenas um meio para obtenção de um fim, mas o próprio fundamento de um Estado democrático de direito [...] é através do ato performativo do testemunho, da narrativa do trauma se faz justiça às vítimas, ao que não mais está; por meio da categoria da responsabilidade absoluta diante do ‘rosto do outro’ [35].

Tal responsabilidade não permite egoísmos, pois o espaço de narrativa é um momento de escuta é um instante terapêutico. O momento do testemunho é composto por inúmeros fatores, como o espaço necessitasse do acolhimento da testemunha, de sua fala, da sua verdade, há também linguagens não verbais, como gestos, silêncios, olhares, há emoções envolvidas nessa narrativa, rememorações, sentimentos e reminiscências. O testemunho é composto por uma escuta que acolhe, que é receptiva à narrativa, o depoimento é dado frente a espectadores. O espaço do testemunho também é um espaço de reparação de injustiças e de reconciliação que ocorre entre a vítima e o seu objeto perdido, sendo assim, não tem aver com o esquecimento e sim com o luto. Por isso que é importante recuperar a memória, na medida em que significa trazer o passado ao presente, ou seja, presentificá-lo, dar a chance de se fazer presente. Essas oitivas possibilitam a sensibilização do humano, ou seja, permitem se indignar com as injustiças vividas por toda uma geração (e que gera reflexos na nossa geração). Além disso, possuem um potencial humanizador, fazendo com que os que não vivenciaram tais atrocidades se tornem sensíveis à barbárie cotidiana que vivemos.

Intimamente ligado com o direito à memória está o direito à verdade, entendemos que a memória é composta pelo aprendizado, pelo que foi vivenciado, é através dela que constituímos nossas identidades, nossos referenciais.

O conhecimento é a chave para a melhor compreensão do cotidiano das ditaduras, suas formas de controle, a ausência de proteção estatal, a conexão regional de segurança nacional, a participação de funcionários públicos e de estruturas estatais (que, em vez de proteger seus cidadãos, por motivações políticas os perseguiram) [...] O esclarecimento dos acontecimentos torna-se necessidade vital e funciona como ação a contrapelo diante de um dos objetivos estratégicos mais desejados pelos responsáveis e apoiadores das Ditaduras de Segurança Nacional: a desconexão entre as gerações que viveram sob o cotidiano dos regimes autoritários, e as que vieram depois. Tal desconexão se expressa, muitas vezes, no desconhecimento geral que essas novas gerações possuem sobre o passado recente, ou através de um precário e perturbador senso comum [36].

A impunidade é a pior e mais gravosa de todas as heranças, “*a ela se vinculam os excessos policiais, o uso da tortura, a pouca convicção democrática das instituições militares e ausência de autocritica das mesmas pela sua atuação nos acontecimentos desse passado recente*”. O restabelecimento desse elo entre as gerações é fundamental para o fortalecimento do direito à memória, por isso, é fundamental termos contato com as marcas que ainda doem, observarmos corpos que ainda sangram.

Considerações Finais

Os testemunhos analisados demonstram que um Estado terrorista se instaurou em nosso país e evidenciou as práticas terroristas que os agentes estatais realizavam. Esses testemunhos analisados evidenciam a possibilidade terapêutica, pois mostram como ações podem fortalecer o direito à memória e o direito à verdade. Na medida em que o momento da escuta também é considerado um momento de reparação, o das injustiças é também o momento de reconciliação entre a vítima e seu objeto. Logo, não estamos falando em esquecimento e sim em luto, em memória.

Frisamos que o conhecimento da sociedade sobre os fatos que compuseram seu passado é fundamental para efetivarmos o direito à memória e à verdade, esse é o papel. Deixando evidente que a impunidade claramente é a maior herança da nossa ditadura civil-militar, na medida em que a não punição dos crimes cometidos pelo nosso Estado enfraquece a convicção democrática. Logo, os testemunhos, assim como todas as ações que visam fortalecer esse elo entre memória, verdade e justiça, devem ser estimulados.

Cabe ressaltar que sem a memória a injustiça cai no esquecimento. O conhecimento e o esclarecimento são instrumentos fundamentais para a aproximação das gerações e também são ferramentas que podem auxiliar para que não ocorra novamente a implementação de regimes caracterizados por violar os direitos mais básicos dos cidadãos. Por isso, os testemunhos desempenham um papel fundamental, de religar, recontar, reescrever a história, visa romper com a linearidade histórica, busca estabelecer o elo intergeracional. O que devemos buscar é fortalecer nossa democracia, alicerçando-a em valores éticos, devemos delimitar até onde o Estado pode ir e de que forma pode exercer seu poder. Para que não se esqueça. Para que nunca mais aconteça!

Referências bibliográficas

AZEVEDO, Nilce Cardoso. *Depoimento de Nilce Cardoso Azevedo prestado à Comissão Estadual da Verdade* – concedido no dia 08 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=l1zld0Vrqes>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

BAUER, Caroline Silveira. O Departamento de Ordem Política e Social do Rio Grande do Sul: Terrorismo de Estado e polícia política durante a ditadura civil-militar brasileira. In: *Revista Ágora*, Vitória, n. 5, p. 1-31, 2007.

CHAVES, Eliana Lorenz. *Depoimento de Eliana Lorenz Chaves prestado à Comissão Estadual da Verdade* – concedido no dia 08 de março de 2013. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=suJupl_UnS8>. Acesso em: 10 ago. 2013.

GARAPON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar*: por uma Justiça Internacional. Traduzido por Pedro Henrique. Lisboa: Instituto Piaget, 2004.

OLIVEIRA, Roberta Cunha de. *Do corpo colonizado à linguagem do “avesso” na América Latina*: papéis dos testemunhos cartográficos para uma justiça de transição. Porto Alegre: Depositada no Banco de Teses e Dissertações da PUC/RS, 2012.

PADRÓS, Enrique Serra. Ditadura Brasileira: Verdade, Memória e Justiça? p.65-84. In: *Historiae*. Rio Grande, 2012.

_____. Terrorismo de estado e luta de classes: repressão e poder na América Latina sob a doutrina de segurança nacional. In: *Anais do XXIV Simpósio Nacional de História – História e multidisciplinaridade: territórios e deslocamentos*. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

RAMMINGER, Ignez Maria Serpa. *Depoimento de Ignez Maria Serpa Ramminger prestado à Comissão Estadual da Verdade*– concedido no dia 08 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=fLacB6ys3hA>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

_____. Na guerra com batom. In: *Ditadura de Segurança Nacional no Rio Grande do Sul (1964-1985): história e memória*, v. 2, Repressão e Resistência nos "Anos de Chumbo". ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Corag, 2010.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. (In)justiça, violência e memória: o que se oculta pelo esquecimento tornará a repetir-se pela impunidade. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Coord.). *Justiça de Transição nas Américas: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.79-108.

_____. Introdução, p.7-16. In: *Justiça e memória: para uma crítica ética da violência*. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

SELIGMANN-SILVA, Márcio. Trauma, testemunho e literatura. 5. Literatura e trauma: um novo paradigma In: *O local da diferença: ensaios sobre memória, arte, literatura e tradução*. São Paulo: 34, 2005.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira. Crimes do Estado e Justiça de Transição, p.22-35. In: *Sistema Penal & Violência*. Porto Alegre, v.2, n.2, jul./dez. 2010.

_____. O anjo da história e a memória das vítimas: o caso da ditadura militar no Brasil. In: *Justiça e memória: para uma crítica ética da violência*. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p.121-157.

SOUZA, Ricardo Timm de. Ética e memória: trauma e terapêutica histórica. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Coord.). *Justiça de Transição nas Américas: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.61-78.

_____. O Nervo Exposto: Por uma crítica da ideia de razão desde a racionalidade ética. In: *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

ZAMORA, José A. História, memória e justiça: da Justiça Transicional à justiça anamnética. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Coord.). *Justiça de Transição nas Américas: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.21-46.

Notas de fim

[1] Apesar de no treco inicial da escrita denominarmos os relatos trabalhados ao longo do texto como depoimentos, devido ao fato de assim terem sido colhidos pela Comissão Estadual da Verdade. Optamos, dentro do aporte teórico que estamos trabalhando, que esses serão recebidos na perspectiva de testemunhos. Abordaremos como testemunhos na medida em que, a escuta que aqui é realizada, é receptiva a narrativa contada, é realizada uma oitiva que visa acolher quem conta e o que está sendo dito, por isso adotamos essa perspectiva testemunhal para as falas.

[2] BAUER, Caroline Silveira. O Departamento de Ordem Política e Social do Rio Grande do Sul: Terrorismo de Estado e polícia política durante a ditadura civil-militar brasileira. In: **Revista Ágora**, Vitória, n. 5, 2007, p. 12.

[3] PADRÓS, Enrique Serra. Terrorismo de estado e luta de classes: repressão e poder na América Latina sob a doutrina de segurança nacional. In: **Anais do XXIV Simpósio Nacional de História** – História e multidisciplinaridade: territórios e deslocamentos. São Leopoldo: Unisinos, 2007. p. 4.

[4] BAUER. **O Departamento de Ordem Política e Social do Rio Grande do Sul**. p. 13. Grifos do autor.

[5] PADRÓS. **Terrorismo de estado e luta de classes**. p. 5.

[6] Para aprofundamento sobre a questão da Lei de Anistia, vide MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro** – a anistia e suas

consequências: um estudo do caso brasileiro. São Paulo: Associação Editorial Humanitas: FAPESP, 2006.

[7] PADRÓS, Enrique Serra. Ditadura Brasileira: Verdade, Memória e Justiça? p. 65-84. In: **Historiae**. Rio Grande, 2012. p. 65-66.

[8] RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. Introdução, p. 7 – 16. In: **Justiça e memória: para uma crítica ética da violência**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 12.

[9] RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. (In)justiça, violência e memória: o que se oculta pelo esquecimento tornará a repetir-se pela impunidade. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Coord.). **Justiça de Transição nas Américas: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 107.

[10] Destaca-se aqui a criação de inúmeros Comitês, Comissões criadas pela sociedade civil organizada. Optamos por pontuar os comitês atuantes no Rio Grande do Sul: *Comitê Gaúcho da Verdade, Memória e Justiça: Comitê Carlos de Ré*, sediado em Porto Alegre; *Comitê Santamariense de Direito à Memória e à Verdade*, sediado em Santa Maria; *Comitê pela Verdade Memória e Justiça: Pelotas e Região*, situado em Pelotas e o *Comitê Popular Memória Verdade Justiça do Rio Grande do Sul – CPMVJ*, também sediado em Porto Alegre.

[11] Como exemplo, citamos: Caravanas da Anistia, Comissão Nacional da Verdade, Comissões Estaduais da Verdade.

[12] A Comissão Estadual da Verdade foi criada por meio do Decreto 49.380/12. Composta originalmente por cinco integrantes, possui como principal função auxiliar a Comissão Nacional da Verdade, examinar e esclarecer as graves violações aos direitos humanos praticadas no Estado do Rio Grande do Sul, sem excluir o exame de violações cometidas em outros Estados da Federação e no estrangeiro, de cidadãos naturais deste Estado, do período de 1º de janeiro de 1961 a 05 de outubro de 1988, visando efetivar o direito à memória e à verdade histórica.

[13] ZAMORA, José A. História, memória e justiça: da Justiça Transicional à justiça anamnética. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Coord.). **Justiça de Transição nas Américas**: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 42.

[14] SILVA FILHO, José Carlos Moreira. Crimes do Estado e Justiça de Transição, p. 22-35. In: **Sistema Penal & Violência**. Porto Alegre, v.2, n.2, p. 31, jul./dez. 2010.

[15] SILVA FILHO, José Carlos Moreira. O anjo da história e a memória das vítimas: o caso da ditadura militar no Brasil. p. 121-157. In: **Justiça e memória**: para uma crítica ética da violência. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 121 - 124.

[16] OLIVEIRA, Roberta Cunha de. **Do corpo colonizado à linguagem do “avesso” na América Latina**: papéis dos testemunhos cartográficos para uma justiça de transição. Porto Alegre: PUC/RS, 2012. p. 242.

[17] GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar**: por uma Justiça Internacional. Traduzido por Pedro Henrique. Lisboa: Instituto Piaget, 2004. p. 108.

[18] OLIVEIRA. **Do corpo colonizado à linguagem do “avesso” na América Latina**, p. 242.

[19] GARAPON. **Crimes que não se podem punir nem perdoar**, p. 109.

[20] SILVA FILHO. **Crimes do Estado e Justiça de Transição**, p. 25.

[21] OLIVEIRA. **Do corpo colonizado à linguagem do “avesso” na América Latina**, p. 245.

[22] SELIGMANN-SILVA, Márcio. Trauma, testemunho e literatura. 5. Literatura e trauma: um novo paradigma In: **O local da diferença**: ensaios sobre memória, arte, literatura e tradução. São Paulo: 34, 2005. p. 79.

[23] RUIZ. **(In)justiça, violência e memória**, p. 101.

[24] Depoimento de Ignez Maria Serpa Rammingner. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=fLacB6ys3hA>>.

Depoimento de Nilce Cardoso Azevedo. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=l1zld0Vrques>>.

Depoimento de Eliana Lorenz Chaves. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=suJupl_UnS8>.

[25] CHAVES, Eliana Lorenz. **Depoimento de Eliana Lorenz Chaves prestado à Comissão Estadual da Verdade** – concedido no dia 08 de março de 2013. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=suJupl_UnS8>.

[26] RAMMINGER, Ignez Maria Serpa. **Depoimento de Ignez Maria Serpa Ramminger prestado à Comissão Estadual da Verdade** – concedido no dia 08 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=fLacB6ys3hA>>.

[27] SOUZA, Ricardo Timm de. Ética e memória: trauma e terapêutica histórica. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Coord.). **Justiça de Transição nas Américas: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 66. Grifos do autor.

[28] SOUZA, Ricardo Timm de. O Nervo Exposto: Por uma crítica da ideia de razão desde a racionalidade ética. In: **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 109.

[29] RAMMINGER, Ignez Maria Serpa. Na guerra com batom. In: **Ditadura de Segurança Nacional no Rio Grande do Sul (1964-1985): história e memória**, v. 2 Repressão e Resistência nos "Anos de Chumbo". ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Corag, 2010. p. 146.

[30] AZEVEDO, Nilce Cardoso. **Depoimento de Nilce Cardoso Azevedo prestado à Comissão Estadual da Verdade** – concedido no dia 08 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=l1zld0Vrqes>>.

[31] GARAPON. **O crime contra a humanidade.** p. 107.

[32] RAMMINGER. **Na guerra com batom.** p. 142. Grifo da autora.

[33] RAMMINGER. **Na guerra com batom.** p. 146.

[34] RAMMINGER. **Na guerra com batom.** p. 146-147.

[35] OLIVEIRA. **Do corpo colonizado à linguagem do “avesso” na América Latina.** p. 244. Grifo da autora.

[36] PADRÓS. **Ditadura Brasileira.** p. 69.

Jurisdicción universal del derecho penal internacional y relativismo jurídico: el caso del África subsahariana

Jurisdicção universal de direito penal internacional e relativismo jurídico: o caso da África subsariana

International criminal law universal jurisdiction and relativism legal: the case of sub-saharan africa

Juan R. Álvarez Cobelas

SUMÁRIO: *Introducción; 1- Orígenes del Derecho Internacional Penal y sus tipos penales; 2- Kenia, la falta de voluntad política de perseguir a los culpables; 3- Uganda Norte: una hábil utilización de la CPI; 4- República Democrática del Congo: ejemplo de Estado fallido; 5- El complejo sistema de protección de los derechos humanos en el África Subsahariana; 6- Conclusiones: la CPI: sombras y luces; 6.1- Sombras; 6.2- Luces de la CPI; Referências.*

Introducción

Fue un fenómeno nuevo en la ciencia jurídica el hecho de que a partir de 1945 [1], las constituciones de los Estados reconocieran el Derecho internacional como una parte integrante de su derecho interno, y ello como una consecuencia de la barbarie que supuso para la humanidad la Segunda Guerra Mundial, de modo que aquél comenzó a actuar como un limitador a la “suprema potestas” de los Estados [2], no solo cuando éstos legislaban contra su propia población, sino también en su comportamiento (es decir cuando actuaban como

poder ejecutivo) y, en aquellos otros casos en los cuales la administración de justicia, en caso de existir, no suponía amparo alguno para sus ciudadanos. De ahí la importancia que ha adquirido el Derecho internacional penal (de ahora en adelante DIP) [3], y con él una de sus expresiones más actuales como es la Corte Penal Internacional (de ahora en adelante CPI), en especial en esas situaciones tan límites como las que vamos a estudiar, en las cuales las Constituciones de esos Estados no son sino un instrumento legitimador de una elite política, más interesada en mantener una apariencia de legalidad ante las instituciones financieras internacionales , y en los que muchas veces la defensa de un relativismo jurídico africano, supone en realidad una poderosa coartada de defensa de esas elites para negar cualquier intromisión del Derecho en sus soberanías jurisdiccionales.

1- Orígenes del Derecho Internacional Penal y sus Tipos Penales

Los orígenes del DIP pueden rastrearse en las Convenciones de la Haya de 1899 y de 1907 [4] sobre el derecho a la guerra, si bien su aplicabilidad no tenían un carácter coactivo en caso de que los criminales internacionales no quisieran someterse a una hipotética jurisdicción universal. Sin embargo, después de la Gran Guerra de 1914-18 y apoyándose en el artículo 227 [5] del Tratado de Versalles, la opinión pública de los vencedores y fundamentalmente la inglesa intentaron procesar al Kaiser Guillermo II, como principal instigador y criminal de guerra, de tal forma que éste tuvo que refugiarse en la neutral Holanda.

El problema residía en que durante el periodo de entre guerras (1919-1939), y hasta el Pacto Briand-Kellog de 1928 [6] la guerra estaba considerada como un instrumento más de las relaciones entre los Estados, o dicho de otra

como forma uno de los instrumentos de la política exterior de cualquier Estado, por lo cual los iniciadores y/o conductores de los conflictos armados (Jefes de Estado, Primeros Ministros, Ministros de Defensa, altos jefes militares, etc), en un principio gozarían de presunción de inocencia en sus actuaciones [7].

Pero ya durante la Segunda Guerra Mundial, las Declaraciones de Saint James de 13 de enero de 1942 y la Declaración de Moscú del día 1º de noviembre de 1943 previo la creación de una comisión de las Naciones unidas [8] sobre criminales de guerra. En lo que a nosotros interesa dos fueron las consecuencias de ambas declaraciones, que además tuvieron su plasmación posterior en los Tribunales de Nuremberg y Tokio: 1ª la codificación de unos tipos penales válidos en todo tiempo y para toda la humanidad y por ello supranacionales (esto es por encima de las soberanías nacionales), y 2ª e igual de importante, la creación de un foro público internacional, donde se pudiera discutir primero (esto quiere decir codificar nuevos textos internacionales sobre los derechos humanos , en su sentido más amplio) y más tarde construir un ámbito espacial sometido al imperio de la ley internacional, que protegiera a los seres humanos y que a su vez impidiera la impunidad de los perpetradores de esos crímenes internacionales.

En el plano doctrinal esta idea, anteriormente citada, de justificar la guerra y los actos en ella cometidos como un modo más de relación jurídica entre Estados, en la cual todo estaba permitido, comenzó a ser contestada en la post-guerra con la teoría el proyecto de paz a través del derecho que Hans Kelsen ya había formulado durante la Segunda Guerra Mundial [9] . En efecto, Kelsen [10] en 1944 predicó una transformación del derecho internacional de entre guerras que se limitaba regular las relaciones entre Estados soberanos, para convertirlo en un instrumento de la paz, cuya idea central descansaba sobre un pan-Estado federal democrático cuyo centro sería un parlamento mundial

democrático. Para alcanzar este supra-estado cosmopolita, el describía una serie de etapas sucesivas que harían pasar al ser humano desde la etapa de ser en la naturaleza a la etapa de ser en el derecho [11]. El primer estadio para transformar al hombre salvaje en hombre sometido al imperio de la ley, sería la creación de un tribunal internacional dotado de jurisdicción obligatoria cuya existencia derivaría de un acuerdo o convenio internacional celebrado entre vencedores y vencidos [12].

Por supuesto, ni podemos calificar a la Asamblea General de Naciones Unidas como parlamento democrático (que sería lo más parecido a lo que Kelsen planteaba), ni el Tribunal Internacional de Justicia la Haya (órgano de Naciones Unidas), tiene jurisdicción obligatoria salvo para aquellos Estados que la han aceptado como tal, pero lo cierto es que Kelsen, con esta idea de alcanzar la paz por medio del derecho ya estaba esbozando la idea de un derecho internacional penal, articulado en torno a los siguientes principios: 1º la idea de responsabilidad personal individual en el plano internacional por los actos cometidos en nombre del Estado [13], que hasta ahora solo existía en unos pocos casos de jurisdicciones internas; 2º como correlato a lo anterior, una protección internacional del individuo o de un grupo de individuos [14], en respuesta a la violación interna de sus derechos constitucionales fundamentales; 3º una limitación a las prerrogativas del Estado a decidir el inicio de una guerra [15]; 4º por último y más importante, la idea de que el concepto de humanidad no descansaba sobre una moral universal natural, sino sobre la misma legalidad internacional, sobre el derecho que se había dado así misma la Humanidad, o dicho de una forma más actual, que se había dado la comunidad internacional, y además sobre la afirmación de que esos derechos ya positivizados daban lugar a derechos subjetivos individuales, por tanto exigibles a los poderes públicos de los Estados (sea o no el sujeto que ha sufrido el daño, nacional del Estado ante cuya

jurisdicción pide amparo) y cuando este Estado no podía, o no quería otorgar el amparo, por defecto ante una instancia internacional [16].

De ahí que la justicia penal internacional se base en el utilitarismo, con vistas no solo a prevenir/disuadir el delito [17], sino a la (re)construcción de del Estado de derecho y a la construcción [18], como dijimos anteriormente de un espacio público supranacional donde el ser humano encuentre amparo y reparación por los daños sufridos, además de limitar la impunidad y la poca transparencia de los Estados en sus comportamientos [19]. De esta forma el proceso penal internacional, dotaría a los ciudadanos que habitan o que se encuentran temporalmente en Estados con aparatos judiciales débiles o inexistentes, de un mecanismo donde obtener justicia y, no menos importante de un instrumento de cambio de tales realidades judiciales.

Por todo lo anterior es necesario decir unas palabras previas sobre que juzga y como funciona este instrumento nuevo de reafirmación de la legalidad internacional que es la Corte Penal Internacional.

La CPI diseña cuatro tipos delictivos o *ratione materiae* (art. 5º del Estatuto) que como es bien sabido son. 1º genocidio, 2º crímenes de lesa humanidad, 3º y crímenes de guerra y 4º crimen de agresión, que en el momento de la redacción del Estatuto no estaba definido [20].

Para examinar brevemente estos cuatro tipos penales iremos a un caso práctico: la orden de arresto emitida por la CPI contra el Presidente del Sudán Sr. Al-Bashir. En efecto, la situación de Sudán/Darfur ha estado en la agenda internacional desde el año 2004 cuando el Consejo de Seguridad, mediante resolución 1564 de 18 de septiembre, envió una Comisión de Encuesta sobre el terreno, cuyo resultado fue un Informe del Secretario General [21] y la consecuente emisión de una solicitud de orden de arresto contra el citado Presidente, por parte del Fiscal General de la CPI, Sr. Luís Moreno Ocampo

emitida por la Sala de Cuestiones Preliminares de la propia CPI, por los delitos de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, pero que en lo que a nosotros interesa nos servirá de guía para definir estos cuatro tipos penales.

Primero: crímenes de guerra. Según el artículo 8.2.(e) del Estatuto de Roma en relación con el apartado (f) del mismo artículo es necesaria la existencia previa de un conflicto armado; para ello hay que acudir al Protocolo Adicional II de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, y a su umbral de aplicabilidad, esto es que los rebeldes que luchan contra el gobierno controlen una parte del territorio en disputa. Según resolución 1590 [22] del Consejo de Seguridad esto sí se daba en el Darfur [23].

En segundo lugar, crímenes de lesa humanidad: asesinato, exterminio, traído forzoso de poblaciones tortura y violaciones a gran escala (art. 7. 1.): La Sala de Cuestiones Preliminares examinó los requisitos de este artículo, en el sentido de si las milicias janjaweed [24] habían llevado a cabo extensos y sistemáticos ataques dirigidos contra la población civil. La Sala apoyándose en el Informe del Secretario General antes citado, y con el precedente del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, si concluyó que en el Darfur se habían producido crímenes de lesa humanidad, puesto que las conductas descritas en el art. 7.1., sí se habían producido a gran escala tanto en la intensidad del ataque como en el número de víctimas afectadas, y además este ataque “sistemático” no era sino la expresión de un patrón de conducta organizado conscientemente por el Gobierno del Sudán y no como consecuencia de actos aislados de violencia [25].

El tercer tipo penal es el delito de genocidio (art. 6º del Estatuto), que repite el artículo 2º de la Convención sobre Genocidio, es decir que requiere un *dolus specialis* o intento de destruir en todo o en parte el grupo poblacional objeto de ataque. En el caso del Darfur y según el Fiscal General lo que hubo

fue una intención de expulsar en todo o en parte a los pueblos que habitaban el territorio (los Fur, Masalit y Zaghwana), pero no su eliminación física, además éstos compartían con sus perseguidores las mismas características étnicas, raciales y religiosas.

El último de los cuales es el delito de agresión, que sin embargo y, al contrario de los otros tipos penales no aparece desarrollado de los artículos 6º (genocidio), 7º (crímenes de lesa humanidad) y 8º (crímenes de guerra), ha tenido que ser definido en la Conferencia de Revisión del Estatuto de la CPI celebrada en junio del año 2010 en Kampala, Uganda [26]. El Estatuto reformado describe ahora el delito de agresión (art. 8 bis) como: “el planeamiento, la preparación, iniciación, ejecución por parte de una persona [27] que detenta o ejerce el control político o militar de la acción de un Estado, de un acto de agresión, cuyas características, gravedad y escala constituyen una manifiesta violación de la Carta de la Naciones Unidas” [28]. Por tanto, el delito de agresión no solo significaría la prohibición del recurso a la guerra (leído conjuntamente con el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas) sino también cualquier acto que implique intimidación (en cualquiera de sus formas), o amenaza a su soberanía e integridad territorial o sobre sus habitantes o bienes.

Como los restantes tipos penales del art 5.1. del Estatuto rige el principio de subsidiariedad , esto es la jurisdicción de la CPI solo se ejercerá si: 1º el Consejo de Seguridad ha determinado que ha existido una agresión , remitiendo tal situación a la CPI, o si la Sala de Cuestiones Preliminares autoriza al Fiscal a investigar tal delito (art. 57.3.d.) y 2º si el Estado que tiene la jurisdicción territorial para llevar a cabo su enjuiciamiento , carece de la voluntad [29] o de los medios materiales para ello [30].

Pero lo más importante es la competencia *ratione personae*: los acusado ante la CPI no son personas jurídicas como Gobiernos, Estados, u

organizaciones para estatales, sino personas físicas individualmente identificadas [31] y lo que es todavía más interesante para la protección de los derechos humanos: no es necesario que el delito halla sido cometido en el territorio de un Estado parte en el Estatuto de la Corte (art. 12.2.a), sino que basta que la víctima sea nacional de un Estado que sí halla ratificado el Estatuto, según el principio de jurisdicción personal (art. 12.2.b.).

Es por eso que los Estados Unidos de América han aprobado una ley [32] que requiere a todos los Estados a los que los EE.UU. han prestado asistencia financiera a no entregar a ciudadanos de estadounidenses a la CPI, violando así los artículos 89 a 96 de su Estatuto [33]. Además esta *American Servicemembers' Protection Act* autoriza al gobierno de los EE.UU. ha emprender una acción de cualquier tipo para liberar a sus nacionales presos en la Haya y exige que en lo posible, la resoluciones del Consejo de Seguridad que éste tome para poner en marcha una Operación de mantenimiento de la paz, expresamente aparezca la exclusión de responsabilidad penal ante la CPI por parte del personal de los EE.UU. en la misma operación, algo superfluo pues es el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, quien tiene la iniciativa discrecional, bajo el amparo del Capítulo VII de la Carta de la Organización, el apreciar si una situación cae dentro de los supuestos del artículo 5 del Estatuto, y como cualquier resolución requiere la aprobación de los Cinco Permanentes [34].

Esta “carencia” ha sido en parte paliada por la prerrogativa de la que está investida el Fiscal de la Corte de investigar “situaciones” o modelos continuados de conducta que encajen dentro del artículo 5º del Estatuto (art. 13.c.). En el *Documento de Estrategia* del día primero de febrero del año 2010 se contienen los criterios para la selección de los casos: 1º la gravedad del crimen cometido y 2º el impacto sobre la sociedad concernida [35].

2- Kenia, la Falta de Voluntad Política de Perseguir a los Culpables

Esta tensión anteriormente estudiada entre universalismo jurisdiccional y particularismo africano, que se ha traducido en una falta de voluntad política de perseguir a los culpables (bajo la excusa de la estabilidad social a cualquier precio), se ha hecho sentir en el plano nacional, concretamente en toda la historia de Kenya desde su acceso a la independencia.

Pasando por alto las elecciones generales de 1991, vamos a centrarnos en las elecciones presidenciales del año 2007 cuando el tribalismo o utilización de políticas identitarias tendentes a promover la adhesión de una parte del electorado geográficamente muy localizado con un candidato de esa comunidad, lo que llevó a promover el “voto étnico” [36] y a su violencia consiguiente de 1300 muertos y 200.000 desplazados internos. Dos fueron los contendientes en las elecciones: Raila Odinga de la étnia Luo con el Orange Democratic Movement-ODM (en la oposición) y Kibaki del Party of National Unity-PNU declarado vencedor por estrecho margen. La violencia estalló cuando los seguidores de Odinga, no aceptaron la derrota y comenzaron a atacar a los seguidores de Kibaki. Los disturbios terminaron con la firma de acuerdo de paz, patrocinado por Kofi Annan y la puesta en marcha de una comisión de encuesta, financiada por la UA y la comunidad internacional. Esta, llamada “Comisión Waki (en honor a su Presidente el juez Waki), finalizó su Informe en octubre de 2008, reconociendo el alto nivel de corrupción de la administración de justicia del país y recomendando la puesta en marcha de un tribunal penal mixto keniano/jueces de la Commonwealth, para juzgar a los perpetradores de los crímenes más graves.

Para evitar su bloqueo por parte del ejecutivo, como así ocurrió, la Comisión Waki envió en sobre cerrado una lista de las 20 personas sospechosas de autoría o responsabilidad en las matanzas al sr. Kofi Annan, para que en caso de que el Gobierno no tomara las medidas judiciales oportunas (por ejemplo su enjuiciamiento por la justicia ordinaria keniana), aquél enviara la lista al Fiscal de la CPI y éste iniciara su propia encuesta, cosa que hizo en julio de 2009 ante la mala voluntad del gobierno de Nairobi [37]. Al Gobierno no le quedó más remedio que aceptar la encuesta del Fiscal Moreno Ocampo, sobre las bases del Informe de la Comisión Waki del Informe de la *National Commission on Human Rights* (2008), y entrevistas no oficiales realizadas en Kenya a las víctimas [38].

Finalmente en diciembre de 2010 el Fiscal General pidió a la CPI, que citó a declarar por crímenes contra la humanidad a seis imputados: el Sr. William Ruto, político del valle del Rift, Uruhuru Kenyatta político kikuyu, Henry Kosgey Secretario del Consejo de Ministros, Francis Muthaura, Joshua Arap Sang responsable de una estación de radio y Hussein Alí prefecto de policía. La gravedad de los crímenes no estribaba en su número, sino en la naturaleza de su comisión, esto es, en haber sido cometidos dentro de un plan sistemático y consciente de violencia política destinada a exterminar al contrario sobre bases étnicas [39].

3- Uganda Norte: Una Hábil Utilización de la CPI

Este supuesto ilustraría muy bien la tensión es bien evidente entre esta concepción “neo colonial” de jurisdicción universal, representado en este caso por carácter punitivo de la CPI y la necesidad sentida por los africanos de preservar un acuerdo de paz (y por tanto del choque cultural que se produce

entre dos visiones de la justicia). En efecto, la Unión Europea sostiene los esfuerzos de la CPI de llevar ante la justicia al general Joseph Kony y a sus colaboradores y a tal fin financia un programa de desarrollo post-conflicto en el norte de Uganda para ayudar a los desplazados por el LRA a retornar a sus hogares, y a los Estados vecinos afectados por el conflicto a fortalecer el imperio de la ley, el buen gobierno local y la capacidad para integrar en sus comunidades a los ex miembros del LRA [40], mientras que para la sociedad civil ugandesa , lo prioritario es la firma del acuerdo de paz entre el Gobierno de Uganda y el LRA (y para ello los negociadores del LRA no deben ser molestados judicialmente), necesario para la liberación de las mujeres y niños secuestrados por el LRA y el retorno a sus comunidades [41]. Actualmente (28 febrero 2014) hay emitidas ordenes de arresto contra J. Kony y otros por la Sala de Cuestiones Preliminares II, por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

4- República Democrática del Congo: Ejemplo de Estado Fallido

La Constitución de Transición de la RDC (4 de abril de 2003) [42] fue el resultado del Acuerdo Inclusivo de Paz firmado en Pretoria el 17 de diciembre de 2002, más tarde adoptado en Sun City el día primero de abril del año 2003 que puso fin a la guerra civil posterior a la caída de Mobutu, entre el Gobierno de Joseph Kabila y los cinco movimientos guerrilleros que entonces le ayudaron.

Precisamente en suelo congoleño y afectando a u ciudadano suyo , se ha producido la hasta ahora única sentencia de la CPI. Desde agosto de 1998 la guerra civil habida en la RDC ha costado 5,4. millones de personas y que terminó por la firma del Acuerdo Inclusivo de Paz de 17-XII de 2002. Uno de

sus actores ha sido el líder de la Unión de Patriotas Congoleños y jefe de su ala militar, las *Forces Patriotiques pour la Libération du Congo*, Thomas Lubanga acusado de crímenes de guerra a alistar a menores de edad y obligarlos a participar en los combates, entre septiembre de 2002 y agosto de 2003, en la provincia de Ituri. La Sala de Primera Instancia I declaró culpable a Lubanga por crímenes de guerra a la pena de 14 años de prisión. No es este el lugar para examinar todas las dificultades estrictamente procesales que tuvo la CPI para alcanzar una sentencia, pero este caso sí refleja este “imperialismo” jurisdiccional a un nivel local [43]: el señor de la guerra Lubanga de la etnia Lendu fue visto por los miembros de esta etnia como una víctima de la etnia Hema, (casi todos los niños soldados y los testigos eran de esta etnia) , que instrumentalizó a la CPI, para obtener venganza.

5- El Complejo Sistema de Protección de los Derechos Humanos en el África Subsahariana

Pues bien, ¿Cómo ha reaccionado hasta ahora la clase política africana ante este colonialismo judicial? Para dar respuesta examinaremos el complejo sistema de protección africano.

Ya la OUA en su Carta fundacional de 1963, pero solo en su Preámbulo, se habla de los principios inspiradores de la misma, que no son otros que la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos humanos del año 1948, pero hay que esperar quince años para que en la llamada “Propuesta de Monrovia” (1978), los Jefes de Estado y de gobierno hablen de la necesidad de adoptar , por parte de las organizaciones regionales textos y tratados sobre los derechos humanos allí donde no los hubiere, lo que dio lugar a la *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos* [44].

No vamos a hacer aquí un estudio pormenorizado de la misma, pero sí a dar algunas claves para facilitar su comprensión, que se desgranarán del modo siguiente:

1º instrumento muy complejo que como hijo de la Guerra Fría es más un catálogo de intenciones políticas que un mecanismo de protección de derechos humanos: por ejemplo en su Capítulo II habla del deber de lograr la total liberación de África del colonialismo, la segregación racial y el sionismo.

2º también como producto de la Guerra Fría, la Carta fija el derecho de los pueblos colonizados y oprimidos por el *apartheid* a su existencia (art. 20.1.) y por tanto a su autodeterminación y liberación del yugo colonial, por cualquier método reconocido por la Comunidad internacional (incluido por supuesto el uso de la fuerza), pero conscientemente no hay en él ninguna referencia al Estado de derecho, ni al imperio de la ley ni a principios democráticos que deben regir una sociedad, por lo que un pueblo que esté sufriendo una tal opresión interna no tiene derecho a tal liberación/autodeterminación interna.

3º corolario de lo anterior, es que los pueblos tienen derecho a no ser molestados en su paz y seguridad interna, es decir a no cambiar su estatus político vigente o principio de intangibilidad de la soberanía interna (art. 23.1.) De este modo se justificaron todas las dictaduras que ha habido en el África subsahariana hasta la Carta de la Unión Africana.

4º en la Carta existe una yuxtaposición entre derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, además de la confusión que hay entre los derechos individuales y los colectivos. Tampoco se recoge la prohibición de la pena de muerte.

5º pero también y como excepción contiene previsiones estrictamente “africanas” y que reflejan su pasado tan desgraciado, como por ejemplo la prohibición de la esclavitud, o de los tratos inhumanos y/o degradantes (art. 5) y el hecho de que

las penas solo pueden ser impuestas al transgresor (art. 7.2.) y no a la colectividad del transgresor mismo, como sucede en algunas culturas africanas en las que la comunidad responde colectivamente del delito.

En cuanto a los mecanismos de salvaguardia de estos derechos, estos tiene otra debilidad derivada de su perfil político y no jurisdiccional que impregnaba todo el sistema de protección, de modo que en la Comisión de los Derechos Humanos, sus “Informes” sobre la violaciones a los mismos derechos no tenían carácter vinculante ni para el Estado concernido ni para la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA. Tampoco se preveía la posibilidad de que los particulares interpusieran demandas contra un Estado (el suyo u otro), aunque la propia Comisión podía recurrir a cualquier método investigación útil (personas, ONGs, otro Estado [45], etc.) para hacerse una idea sobre si la denuncia tenía base suficiente para ser investigada. La otra debilidad del sistema era que correspondía a un órgano eminentemente político, como era la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno, el velar por la ejecución de los acuerdos [46] tomados por la Comisión en reparación del daño.

Para remediar tal estado de cosas, la OUA primero y la UA después crearon el *Tribunal Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos* [47] (Ouagadougou, Burkina Faso- Protocolo de 10 de junio de 1998, entrando en vigor el 25 de enero del 2005). Su competencia *ratione materiae* es la relativa a toda disputa que pueda surgir por la aplicación de la Carta Africana de 1981, al Estatuto del Tribunal o a cualquier otro instrumento de los Derechos humanos relevante. En cuanto a los demandantes estos pueden ser el Estado nacional de la víctima, las ONGs africanas que tengan el estatuto de observadoras y la propia Comisión [48], pero siempre con la limitación de que los Estados denunciados hayan aceptado la competencia del Tribunal (art. 34.6. del Estatuto), pero en ningún caso aparece la responsabilidad individual de Jefes de Estado, primeros

Ministros, y jefes militares. Nuevamente nos encontramos aquí con la debilidad de las sentencias pues corresponde a un órgano eminentemente político, como es el Consejo de Ministros, en nombre de la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno el velar por su ejecución (son declarativas de la violación, no punitivas sobre el infractor), pueden incluir una reparación monetaria para la víctima, pero queda a la voluntad del Estado condenado el ejecutar la sentencia (“se compromete” dice el Protocolo de Ougadougou), en el plazo dado por el Tribunal.

Todo lo anterior nos lleva al núcleo de este escrito es decir, a las difíciles relaciones entre el Derecho internacional penal y su más concreta expresión que es la CPI y la UA o los Estados africanos mismos, dicho de otro modo a la desconfianza de estos hacia el origen “extra-africano” de la justicia universal.

En primer lugar, y aunque el Estatuto de Roma ha sido concebido desde un punto de vista wesphaliano, esto es solo los Estados soberanos pueden ser parte en el mismo (arts. 9,10 y 86-111 del Estatuto), al contrario que la Unión Europea, la UA no ha concluido ningún acuerdo de cooperación con la misma Corte, e incluso se ha opuesto a abrir una oficina de enlace con la CPI en Addis-Abeba.

En segundo lugar, la UA ha puesto en duda la legitimidad que tiene Consejo de Seguridad (art. 13 del Estatuto), para remitir caso ante la CPI algunos supuestos como fue la resolución 1593 [49], que llevó a la emisión de una orden de arresto emitida contra el Presidente Al-Bashir y otras autoridades del Gobierno sudanés y otros como es el caso de Afganistán, en donde a pesar de todo lo ocurrido el Fiscal General jamás ha encontrado motivo de investigación por los hechos ocurridos desde la ocupación de la coalicción internacional. Aunque este orden de arresto fue renovada el 3 de julio de 2009,

una vez más la “Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la UA” celebrada en Malabo (Guinea Ecuatorial en junio-julio 2011) contestó tal demanda de la CPI, contestación que fue renovada en la Conferencia de Addis-Abeba de enero de 2012.

En tercer lugar, los Estados africanos no ven en este carácter expansivo de la jurisdicción de la CPI, sino la reactivación del derecho de ingerencia occidental, que se ha visto acompañado del ejercicio de una competencia universal por parte de las antiguas metrópolis de la UE, y que además se ejerce de un modo abusivo. Por último esta prevención de los países del África subsahariana a colaborar con la CPI, según ellos, no debería ser vista como una negación de los derechos humanos en el continente africano, sino como el resultado de una voluntad de escapar de esta herencia euro-centrista traducida en esta jurisdicción internacional y en su carácter continuador imperialista.

En esta tensión entre DIP, y particularismo africano y, para demostrar que los Estados africanos y sus organizaciones regionales están en la defensa de los derechos fundamentales, la UA ha tomado las siguientes iniciativas: la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de 3 de julio del año 2009, demandó de la Comisión para que ésta dotara a la “Corte Africana de Justicia de los Derechos del Hombre y de los Pueblos” de la competencia para juzgar crímenes internacionales graves cometidos en suelo africano (crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y delito de genocidio), y de vigilar que tal competencia fuera ejercida por las jurisdicciones nacionales. Un ejemplo de ello, en este caso se encontraría en la Constitución de 27 de agosto del año 2010 de Kenya [50], que crea una *Kenyan National Human Rights and Equal Commission* (Art. 50.e) y que tiene como misión recibir quejas sobre supuestos abusos de los derechos humanos y de tomar las medias apropiadas para su reparación, (el Presidente de la República es el responsable de su cumplimiento), lo cual no se

ha producido en lo relativo a la campaña electoral del año 2010. Por último la UA recuerda que el Acta Constitutiva de la UA prevé en su artículo 4º h. el derecho de la Unión Africana a intervenir en un Estado miembro cuando las graves circunstancias así lo aconsejen, como es en los casos de crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad.

En resumen, la contestación de la UA a la jurisdicción “extra-africana” que representa la CPI, se apoya sobre el principio fundamental del regionalismo africano, esto es, acordar dar prioridad a la paz sobre la justicia represiva y al recurso a la fuerza; es este un principio que hunde sus raíces en la concepción africana de la justicia, orientada a la preservación de la cohesión y a la armonía del grupo social. Para la doctrina africana, la lucha contra la impunidad no debería eclipsar el principal objetivo de las Naciones Unidas, de la CPI ni de las organizaciones regionales africanas, que no es otro que el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

Esto explicaría el porqué de la posición ambigua de la UA respecto de la CPI y, su reflejo en la tensión entre la concepción reparadora de la justicia que tienen los africanos y el modelo represivo de la jurisdicción universal que se presenta en África como: *“un fondamentalisme judiciaire insuciant de la situation concrète de chaque pays”* visto como un *“imperialisme culturel”* [51]. Bajo este prisma las órdenes de detención que casi exclusivamente se dirigen contra los dirigentes africanos, son el resultado de la debilidad judicial de este continente dentro de las relaciones de fuerza internacionales. Así se explicaría la intención de la UA de atraer para sí, para la jurisdicción de la UA, estos casos, como un modo de división internacional del trabajo jurisdiccional, por ser la escala regional la más próxima al hecho delictivo [52].

6- Conclusiones: la CPI: Sombras y Luces

Para estudiar las sombras que proyecta la CPI usaremos la única sentencia habida hasta ahora: la Sentencia Lubanga:

6.1- Sombras

1º La sentencia refleja muy bien la tensión en que se debate la CPI: por un lado sigue un modelo retributivo de justicia de castigo a los culpables propia de la cultura occidental, y por otro, presenta formas de justicia reparadora hacia las víctimas al incorporar a éstas en varios momentos del proceso para obtener una reparación económica y personal y una reparación económica colectiva para toda la comunidad de la víctima. El problema radica en como ejecutar esta reparación económica cuando el Estado se niegue o no tenga los recursos para hacer frente a la condena. El *Trust Fund for the Victims* del art. 79 ER, creado precisamente para esto, emplea un tercio de su presupuesto en mantenerse a sí mismo. Esto no supone un buen ejemplo para las víctimas.

2º demás y por la lejanía de la CPI con los hechos investigados se dan problemas en cuanto a la selección del delito: el Fiscal tiende a procesar al acusado por aquellos tipos penales que pueda probar, o dicho de otra forma, de los elementos probatorios que más fácil, le resulta obtener.

3º la cláusula de confidencialidad relativa a la información obtenida de los testigos rompe el principio de igualdad de armas en el proceso penal y puede producir indefensión en el acusado. En el caso de los niños soldado dado el tiempo tan largo de instrucción del mismo, aquellos menores que declararon como testigos, ahora son mayores de edad y por tanto pueden ser acusados de crímenes contra la humanidad.

4º Hay algo de verdad en la crítica que los países del Africa sub sahariana hacen la CPI en cuanto que ésta no puede negar su matiz político cuando decide investigar o procesar a un actor en un conflicto todavía vivo. Esto nos lleva a plantear la relación de la CPI (que recordemos no es un órganos de la ONU) con el Consejo de Seguridad, puesto que éste puede suspender los procesos en curso (art. 16 ER) [53] , si estima que la labor de la CPI estorba un proceso de paz, e incluso puede adoptar la posición contraria, llamar la atención de la CPI sobre una situación y obligar a la Corte a iniciar un procedimiento (art. 13.b. ER). Esto coloca a la CPI en una situación de subordinación respecto del órgano político que es el Consejo de Seguridad.

6.2- Luces de la CPI

1ª la “complementaridad positiva”: la CPI ha entendido muy bien que su labor jurisdiccional quedaría coja sino fuera acompañada de una labor pedagógica/explicativa de su misión, precisamente en aquellas comunidades sujetas a investigación, en las que la susceptibilidad de estas comunidades ven en el trabajo del Fiscal General una toma de partido respecto de la otra parte como ocurrió en el caso Lubanga [54]. Esta labor se complementa con la apertura de oficinas de la Corte en RDC, Kenya, Darfur , República Centro Africana y Uganda y con el *Strategic Plan for Outreach of ICC*- ICC-SP/5/12

2º las órdenes de arresto emitidas por el Fiscal General suponen un plus de efectividad, para la consecución de esa justicia universal, especialmente respecto de aquellos Estados que niegan la entrega de sus nacionales alegando especificidades propias de su sistema normativo-constitucional. En el ámbito de la U.E. un ejemplo puede ser traído a colación aquí y es el caso de una euro-

orden en el Asunto Melloni (c-399/11) [55] del Tribunal de Justicia de la Unión Europea-TJUE. En el año 2008 el Sr. Malloni fue detenido en España a petición de la Fiscalía General de Italia, y solicitada su entrega por medio de una euro-orden , habiendo sido ya juzgado en rebeldía en un Tribunal de Ferrara (Italia) por quiebra fraudulenta. Entonces el Sr. Melloni apeló al Tribunal Constitucional-TC español alegando que su enjuiciamiento y condena *in absentia* violaba el art. 24.2 de la Constitución Española (prohibición de indefensión) y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. A tenor de esto el TC español preguntó al TJUE, si el juicio *in absentia* suponía una quiebra de los principios de audiencia al interesado y de prohibición de indefensión y por tanto era necesario un nuevo juicio, pero ya con la presencia en la sala del Sr. Melloni. Lo interesante fue la posición del Abogado General, que señaló que aunque el art. 4.2. del Tratado de la Unión Europea obliga a la Unión a respetar las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de sus miembros, sin embargo la determinación del alcance del derecho a la defensa (esto es , si los juicios *in absentia* de la administración de justicia italiana suponen una indefensión para el justiciable), no afectaba a la identidad constitucional del Reino de España y por tanto la ejecución de esta euro-orden debía ser llevada a cabo [56].

3º Tampoco cabe aquí una apelación a las legalidades constitucionales de cada país sub sahariano, puesto que de la lectura de las misma (Sudán , Kenya Uganda y RDC) y a pesar de que todas ellas contienen Cartas de Derechos Fundamentales y el principio monista rige la recepción del DI, su carácter de Constituciones semánticas , las convierten en un instrumento inútil para la protección del ciudadano [57]. Mucho menos la llamada Justicia transicional, expresada en las Comisiones de la Verdad y la Reconciliación, puesto que por tener carácter temporal y no ser órganos jurisdiccionales no suponen

mecanismos de amparo penal frente al agresor. Los casos de República Sudafricana, Ruanda, Sierra Leona y Liberia así lo atestiguan [58].

4º por último y aunque parezca una obviedad, además de su labor represiva, la CPI, ejerce un efecto disuasivo respecto de aquellas situaciones donde se pueden estar cometiendo tipos penales del art. 5 ER. A instancias del Fiscal (art. 15 ER), del Consejo de Seguridad (art. 13.b. E.R.) o de un Estado Parte (art. 13.a. ER). Actualmente la Corte está llevando a cabo investigaciones preliminares además de en Mali [59] y en otros cinco países no africanos: Afganistán, Georgia, Colombia, Honduras y Corea.

Referências bibliográficas

ALONSO GARCIA, Ricardo. El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales. Madrid, *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 2014.

ALVAREZ COBELAS, Juan R. ¿Constitucionalismo versus regímenes políticos? In: *VIII Congreso Ibérico de Estudios Africanos*, 14-16 junio de 2012, Madrid, 2012.

BERMEJO GARCÍA, Romualdo. Los Derechos Humanos en África. *Anuario español de derecho internacional*, Universidad de Navarra, 2012, Pamplona (España), p.7-58.

BROWN, Stephen. Justice Pénale Internationale et Violences Électorales. Les enjeux de la CPI au Kenya. *Revue Tiers Monde*, n.205, 2011, Paris, p.85-100.

CHURCHILL, Winston. La Guerra de los Bóers. Traducción de Mariano Antolín Rato. Madrid: Ed Turner, 2006.

FLANZ, Gisbert; BLAUSTEIN, Albert (Ed). *Constitutions of the Countries of the World*. Nueva York: Oceana Publications, 1984.

GUICHAOUA, André. *L'Instrumentalisation politique de la justice internationale en Afrique Centrale*. Revue Tiers Monde, n.205, 2011, Paris, p.65-84.

MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris. *Derecho Constitucional Internacional*. Traducción de Luis Legaz y Lacambra. Madrid: Editorial Reus, 2009.

MOUANGUE KOBILA, James. *L'Afrique et les juridictions internationales pénales*. Paris: Cahier Thucydide, 2012.

NOIRAT, Adèle. *La difficile voie de la démocratie Afrique-Asie*. 2013

RUIZ-Giménez Arrieta, Itziar; RODRÍGUEZ BARTOLOMÉ, Virginia; et. all. (ed.). *El sueño liberal en África Subsahariana*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 2013.

SAADA, Julie. *La justice pénale internationale face aux crimes de masse. Approches critiques*. Paris : Pédone, 2014.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro. *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos: El Artículo 10.2. de la Constitución Española*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.

SCHARF, Michael. Universal Jurisdiction and the Crime of Agression. *Harvard International Law Journal*, v.53, n.2, summer, 2012, p.358-389.

Notas de fim

[1] Por ejemplo la vigente Constitución de Austria que data del día 1º de octubre de 1920 y que fue redactada por un joven profesor de Derecho constitucional, Hans Kelsen (según quedó enmendada en 1929 y puesta de nuevo en vigor el día 1º de mayo de 1945), no contiene Carta ni listado alguno de derechos fundamentales, únicamente el artículo 149 (introducido por una Ley de 29 de noviembre de 1888), protege al ciudadano contra cualquier forma de detención arbitraria e ilegal por parte de los poderes públicos, por lo que los austriacos tienen que acudir al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1958), a fin de encontrar una base legal para su amparo jurisdiccional.

[2] SAIZ ARNAIZ, A. **La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2. de la Constitución Española**, Madrid, (1999), pag 36 y ss.

[3] En realidad no es posible dar una fecha cierta relativa al comienzo de este DPI, solo podemos decir que, siguiendo a la profesora Carmen Quesada Alcalá fue, a partir de la “Convención para la Prevención del Delito de Genocidio” de 1948, cuando este movimiento codificador comenzó a formar un cuerpo, mas o menos homogéneo de Tratados y Convenios internacionales que procuran proteger al ser humano de todas las atrocidades que este comete contra sí mismo. Serían ejemplo de este espíritu codificador los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 que codifican el Derecho humanitario, y sus Protocolos adicionales de 1977, el “Convenio sobre la Represión y Castigo del Crimen de Apartheid” de 1973 la “Convención contra la Tortura” de 1984, etc. Pero todo

este movimiento codificador tenía un defecto: dejaba en manos de los Estado, de su propia administración de justicia, la represión de tales conductas, (p. ej. art. 6º del convenio sobre el Genocidio, art. 5.2. de la Convención de la Tortura, art. 2º de la Convención sobre Represión y Castigo del Crimen de Apartheid) , convirtiendo el *ius puniendi* en algo ilusorio. En otras palabras, no bastaba con *internacionalizar* el Derecho Penal de cada Estado, sino que era imprescindible de *penalizar* el Derecho internacional. QUESADA ALCALÁ, C. **La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal** , Valencia, (2005), pag. 13 y ss.

[4] En la Conferencia de Paz de la Haya se preveía una Corte de Arbitraje (además de una Secretaría permanente), para resolver controversias entre los Estados partes en la Conferencia. Cada Estado tenía el derecho a nombrar hasta cuatro magistrados y para cada caso de arbitraje se constituía un tribunal *ad hoc*. En 1907 se propuso que los jueces fueran permanentes y con dedicación exclusiva a fin de crear una Corte de justicia arbitral permanente pero el proyecto nunca vio la luz.

[5] “*Las Potencias aliadas y asociadas acusan públicamente a Guillermo II de Hohenzoller, ex Emperador de Alemania , por la ofensa suprema contra la moral internacional de la santidad de los Tratados*”.

[6] **Tratado General para la Renuncia a la Guerra** de 27 de agosto de 1928: 1º las partes condenan el recurso a la guerra como método para resolver las controversias internacionales y renuncian a ella y 2º este arreglo de controversias deberá ser siempre buscado por medios pacíficos.

[7] Por supuesto, estas dudas morales solo se aplicaban a conflictos entre naciones “civilizadas”, y ni se planteaban cuando se trataba de guerras coloniales o de genocidios de pueblos indígenas que estorbaban la expansión colonial europea. Véase memorias de W. Churchill correspondiente a la guerra del *Morning Star*, en la segunda guerra Boer (nov-1899, julio-1900), según las cuales a las tropas nativas auxiliares que apoyaban a uno u otro contendiente y eran hechas prisioneras no se le daba cuartel. CHURCHILL, W. **La Guerra de los boers**, Turner Ed. Madrid, 2006.

[8] “unidas” en letra minúscula puesto que se trata de un adjetivo aplicado a Naciones, ya que hasta la Carta de San Francisco de 1945 no se fundan las Naciones Unidas como organización internacional.

[9] SAADA, J. **La Justice Pénale internationale, entre idéaux et justification** . en *Revue Tiers Monde* , nº 205, janvier-mars, 2011, p. 51.

[10] En 1940 Hans Kelsen se exilió en Harvard primero y luego en Berkeley después donde asesoró al Gobierno de los EE.UU. en el juicio de Nuremberg.

[11] “La Justice Pénale...” ob cit. pag 52.

[12] En la concepción kelseniana del Derecho internacional, éste es la forma jurídica suprema y por tanto el derecho interno debe estar subordinado a aquél, de modo que cuanto más desarrollemos el Derecho internacional, más estaremos construyendo un gobierno mundial. Kelsen funda su monismo en la supremacía del Derecho internacional, que proviene de ese sistema lógico de la jerarquía de las normas de Derecho público, y así él pone como ejemplo el artículo 4º de la

Constitución de Weimar de 1919: “*las reglas universalmente reconocidas del Derecho internacional valen como arte integrante del derecho alemán.*” MIRKINE GUETZEVITITCH, B. **Derecho Constitucional Internacional**. Colección Clásicos del Derecho, Madrid (2008), pp. 55-57.

[13] Una de las principales aportaciones del Tribunal de Nuremberg.

[14] De ahí la Convención para la prevención y represión del crimen de Genocidio de 1948 (que preveía un tribunal penal internacional), y toda la legislación internacional protectora de los derechos de los pueblos indígenas.

[15] Lo que nos llevaría al concepto de legítima defensa de la Carta de Naciones Unidas y a las dificultades que está teniendo la CPI en definir el delito de agresión, según la Conferencia de revisión del Tratado de Roma (2010) , algo se lo que más abajo escribimos.

[16] Por ejemplo principio de complementariedad, artículo 1º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

[17] TOMUSCHAT, Ch. **The International Criminal Court at Age Ten**, Human Rights Law Journal, vol. 32. No 1-6., 2012. .15.

[18] Aquí no cabe reconstrucción puesto que antes no había nada.

[19] Pone a la altura del betún al Reino de España (*põe ao Reino da Espanha num chinelo*), la reforma que el partido del Gobierno intenta introducir en la legislación interna que modifica la jurisdicción universal que hasta ahora tenían

los tribunales españoles. En lo que aquí nos concierne, la Audiencia Nacional solo podrá perseguir los crímenes de genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra si el responsable es español o residente en España y siempre que en este caso haya sido denegada una petición de extradición por las autoridades españolas. La misma limitación se establece para la “Convención contra la Tortura” (violando su art. 5º, España es parte en dicha Convención desde 1987), lo mismo ocurre con la Convención Internacional para la “Protección contra la Desaparición Forzosa” de 2006, (artículos 9 a 11) que declara ésta como un delito de lesa humanidad (más grave en este caso, puesto que aún en el supuesto en que la víctima fuera española y el delito hubiera sido cometido fuera de España, si el victimario se encontrar fuera de España , sería imposible su enjuiciamiento). Otras limitaciones que la reforma introduce, son que solo el Fiscal o la víctima pueden ser los demandantes (se elimina así la acusación popular), y finalmente, en el momento de entrada en vigor, de la reforma, todas las causas actualmente pendientes se archivarán a mesón que loas acusaciones prueben que sedan los requisitos que exige la reforma, contradiciendo la doctrina del Tribunal Constitucional español que en su sentencia 237/2005 (Sala Segunda de 26 de septiembre de 2005 **Recurso de Amparo promovido por Dña. Rigoberto Menchú Tomin y otros frente a la Sentencia y Auto de las Salas de lo Penal del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional , encausa por delitos de genocidio, terrorismo y torturas en Guatemala**) declaró para España la aplicabilidad de la jurisdicción universal sin restricción alguna motivada por razones de política internacional o comercial. **Aprobación por el Pleno 122/000136 de la Proposición de Ley Orgánica de modificación del artículo 23.2.4 y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 de 1º de julio relativa a la justicia universal.** Boletín Oficial de las Cortes Generales nº 157.6 Serie B.. En 2009 (L.O. 1/2009) y a instancias del Gobierno de Israel, la LOPJ de 1985

ya fue reformada para evitar que oficiales israelíes fueran acusados de crímenes de guerra ante tribunales españoles, y condicionado a: 1º presencia en España de los responsables de tales delitos, 2º existencia de víctimas españolas y 3º existencia de interés relevante para España, fórmula que quedaba al criterio interpretativo del juez instructor y/o de la jurisprudencia.

[20] Estatuto de la Corte: UNTS 2187/90 de 17 de julio de 1998, entrando en vigor el día 1º de julio del año 2002.

[21] UN Doc. S/2005/60 de 25 de enero de 2005.

[22] S/RES/1590 (2005) de 24 de marzo, que crea la Misión de Naciones Unidas en el Sudán (UNMIS), con el mandato de supervisar y verificar el cumplimiento del Acuerdo de Alto el Fuego.

[23] Partes en el conflicto: Gobierno de Sudán contra Movimiento y Ejército de Liberación del Pueblo Sudanés (SPLM/A) y el Movimiento de Justicia e Igualdad.

[24] También conocidos como Yanyauid, Janjawiid y Janjawid “hombres diabólicos a caballo” jinn-jawad.

[25] La todavía vigente Constitución Interina de Sudán de 6 de julio del año 2005, que en teoría debía estar en vigor hasta enero del año 2011, cuando se celebrara el referendun para la secesión de Sur Sudán (art. 222), contiene una Parte II *Carta de Derechos Fundamentales* (artículos. 27 a 48) que en principio deberían prevenir tales conductas (art. 28 respeto a la vida e integridad y

dignidad de las personas) , además de proclamar la recepción monista del derecho internacional: art. 27.3. “*Todos los derechos y libertades incluidos en los Tratados y Convenciones internacionales ratificados por la República del Sudán forman parte integral de esta Carta de Derechos*”, pero la realidad cotidiana desmiente tales intenciones. Además Sudán es parte en el Estatuto de Roma (17 marzo, 1999) pero nunca lo ha ratificado FLANZ, G. Editor. **Constitutions of the Countries of the World: Sudan**, Oceana Publications, N.Y. (2006).

[26] Es decir lo que el Estatuto de la CPI está haciendo es modular el *ius ad bellum* o la legalidad del recurso a la guerra.

[27] Que no tiene porque ser el nacional o residente en el mismo Estado desde el cual se inicia la agresión, sino que cualquier Estado resulta obligado a detener al agresor si este en ocasionalmente se encuentra en su territorio.

[28] *Planing, preparation, initiation or execution, by person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which , by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations..* Traducción del autor.

[29] SCHARF, M. **Universal Jurisdiction and the Crime of Agression** en Harvard International Law Journal, vol. 53/2, summer 2012, p. 389.

[30] Por ejemplo en el caso de la justicia de la República Centro Africana contra el ex vice-presidente Jean-Pierre Bemba, el Tribunal Constitucional de este país reconoció la incapacidad de su sistema judicial nacional para llevar a cabo su enjuiciamiento y por ello pidió a la CPI que lo hiciera en su lugar. (*The*

Prosecutor vs Jean-Pierre Bemba, Pre-Trial Chamber III, Decisión on the Admissibility and Abuse Process Challenges, ICC-01/05/08-802 de 24 de junio). Incapacidad luego confirmada en la Sala de Apelaciones, en base a los apartados 1.a. y 3º del artículo 17 del Estatuto de Roma (*Jean-Pierre Bemba against the decisión of Trial Chamber III OF 24 June 2010* ICC-01/05-01/08-962).

[31] Por ejemplo, orden de arresto contra el Presidente de Sudan Sr. Al-Bashir (orden del día 4 de marzo del 2009), o el ex presidente de Costa de Marfil, Sr. Laurent Gbagbo (orden del día 30 de noviembre del año 2011).

[32] *American Servicemenbers' Protection Act (2002)* Public Law No 107-206 (as amended – October 17 2006 and January 28, 2008, signal by President George W. Bush on Agust 2, 2002. <[www.amicc.org/docs/ASPA summary](http://www.amicc.org/docs/ASPA_summary)>.

[33] Según la ONG *Coalition for the ICC* más de 100 Estados han concluido acuerdos de este tipo con los EE.UU.

[34] Tampoco la Federación rusa , ni la Republica Popular China son parte en el Estatuto de la CPI.

[35] <www.icc-cpi.int/NR/rdonly>.

[36] NOIRAT. A. **La difficile voie de la démocratie** en Afrique-Asie, mars 2013, p. 48.

[37] **Situation in the Republic of Kenya, Office of the Prosecutor.** Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15, ICC 01/09-3 26 noviembre de 2009.

[38] BROWN ,S. **Justice Pénale Internationale et Violances Electorales**, . pag. 92 y ss. en *Revue Tiers Monde* , nº 205, janvier-mars 2011.

[39] El Capítulo VI de la Constitución de 27 de agosto del año 2010 prohíbe el tribalismo: para ser elegido Presidente de la Nación, un candidato debe reunir más de la mitad de los sufragios en todo el país y, no estar limitado a obtener la mayoría absoluta en su distrito electoral que suele ser el de su propia etnia. Por cierto que entre los actos de ceremonia de celebración de la nueva Constitución, uno de los invitados era Omar Al-Bashir.

[40] **Declaration by the High Representative on behalf of the European Union. EU support Joint Operations Centre to combat Kony's Lord's Resistance Army**, Council of the European Union, Brussels, 19 April, 2012 8955/12.

[41] **Open letter to President Museveni, President of the Republic of Uganda and General Joseph Kony, Leader of the Lord's. Resistance Army. (10 March 2009)** en www.iccnw.org. Carta firmada por 250 ONGs ugandesas y por la RDC, Sudán y la República Centro Africana.

[42] FLANZ G. editor **Constitutions of the Countries of the World: Democratic Republic of Congo** Oceana Publications, N.Y. 2004.

[43] **Affaire le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo** . Situation en République démocratique du Congo. Documents publics- Chambre de première instance I Jugement 14.03.2012 Phase : Trial. Judgment pursuant to Article 4 of the Statute. DOCICC-01/04- 01/06-2842.

[44] XVIII Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA , Nairobi de 27 de junio de 1981, entrando en vigor el 21 de octubre de 1986 (ni Marruecos ni Sur Sudán son parte en la misma).

[45] En todos sus años de existencia la Comisión solo recibió una denuncia interestatal : RDC contra Ruanda, Burundi y Ruanda por violación de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos y de las Convenciones de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I (1977), además de la resolución 2625 (XXV) y de la Carta de Naciones Unidas, por haber invadido los ejércitos de estos tres países el territorio de la RDC. Ruanda y Uganda negaron las acusaciones mientras que Burundi ni siquiera contestó. La Comisión continuó con sus investigaciones, concluyendo que había habido una ocupación efectiva del territorio congolés lo cual constituía una violación de la Carta y del Derecho internacional, instando a las partes a retirarse de la RDC. Esta decisión no tuvo efecto alguno.

[46] No se puede hablar de sentencia puesto que la Comisión no era un órgano jurisdiccional.

[47] La Carta Constitutiva de la UA diseñaba una Corte Africana de Justicia de la UA; con buen criterio la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la

propia Organización en julio del año 2004, decidió la fusión de los dos órganos jurisdiccionales.

[48] *Application n° 004/2011 African Comisión on Human and Peoples' Rights v. Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, **Order for Provisional Measures of 25 ,March, 2011.**

[49] S/RES/1593 (2005) de 31 de marzo. Para que no hubiera lugar a dudas la CPI , dejó bien claro que en el caso del Darfur estábamos en presencia de un conflicto armado de carácter no internacional según el Protocolo Adicional II de 1977, desde marzo de 2003 hasta julio del año 2008. *Sala de Cuestiones Preliminares I en el Caso del Fiscal c. Omar Al-Bashir: orden de detención de Omar Hassan Ahmed Al .*Considerando 3° N. ICC-02/05701/09 de 4 de marzo de 2009.

[50] FLANZ, G. Editor **Constitutions of the Countries of the World : Kenya**, Oceana Publications, N.Y. 2011.

[51] MOUANGUE, J.L'**Afrique et les juridictions internationales pénales** . en Cahier Thucydide n° 10, (2012), p. 52.

[52] *Ibid* p. 53.

[53] Precisamente por tres miembros permanentes que no son parte en el Convenio de Roma.

[54] Communications Strategy for the Trial of Thomas Lubanga.

[55] Sent. del Tribunal de Justicia de la UE (Gran Sal) de 26 de febrero de 2013 , As C-399/11 , decisión prejudicial en virtud del art. 267 TFUE presentada por el Tribunal Constitucional español mediante resolución de 9 junio 2011, en base al art. 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. La euro-orden se implementó a través de la Decisión Marco 2002/584 del Consejo de 13 de junio de 2002.

[56] ALONSO GARCIA, R. **El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales.** *Discurso leído el día 24 de febrero de 2014 en su recepción pública como Académico de Número.* Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2014.

[57] ALVAREZ COBELAS J.R. **¿ Constitucionalismo africano vs regímenes políticos ?** Comunicación presentada al VIII Congreso Ibérico de Estudios Africanos, Madrid, 14-16 junio de 2012.

[58] RODRIGUEZ BARTOLOMÉ, V. **Justicia transicional en África subsahariana: Política y justicia internacional en escenarios de postconflicto.** p. 49 en “El sueño liberal en África Subsahariana”, Madrid, (2013).

[59] Press relase of the Prosecutor of 18 july 2012. <[http: // www.icc-cpi.int/menus /icc/structure/ref/mali/pr829](http://www.icc-cpi.int/menus/icc/structure/ref/mali/pr829)>.

Itinerário de uma epistemologia persecutória: a refundação do processo penal inquisitório através da cientificidade e do positivismo jurídico

Itinerario de una epistemología persecutoria: la refundación del proceso penal
inquisitivo a través del positivismo jurídico y la científicidad

Itinerary of a persecutory epistemology: the refounding of the inquisitorial
criminal proceedings through positivism and cientificity

Salah Hassan Khaled Junior

SUMÁRIO: *Introdução; 1- O Sistema Misto e a Renovação Inquisitória das Práticas Punitivas Modernas; 2- Positivismo Jurídico e Cientificidade: Instrumentalização Político-Criminal dos Novos Discursos Sobre a Verdade; 3- O Positivismo Jurídico nas Práticas Punitivas: Limites Discursivos e Legitimação de Violências; 4- Positivismo e Controle Social: Renovação do Processo Penal do Inimigo; Considerações Finais. Referências.*

Introdução

O processo inquisitório surgiu em Roma, atingindo seu ápice durante o Império com a *cognitio extraordinem*. Sobreviveu ao ocaso do Império Romano e foi conservado pela Igreja, que o retomou de forma irrestrita no século XIII, dando-lhe novos ares. Em 1376, o *Directorium Inquisitorium* de Nicolau Eymerich sistematizou os saberes inquisitórios, conformando uma estratégia de

enfrentamento dos inimigos dos poderes estabelecidos, que rapidamente se estendeu por toda a Europa continental, tornando-se regra inclusive na jurisdição laica. Seu sentido é paradigmático: fundou uma epistemologia movida por insaciável ambição de verdade e que foi, em grande medida, responsável por fazer da história das práticas punitivas uma história de horrores, durante séculos.

O elemento central dessa epistemologia – que ainda sobrevive – consiste na aptidão que é dada ao julgador para que se comporte como acusador, sendo que, no modelo clássico, essas funções são exercidas por um único órgão, ainda que essa regra conheça exceções. Estruturado dessa forma e legitimado pela busca da verdade, o sistema acaba literalmente direcionado para a obtenção da condenação a qualquer preço, resultado que é praticamente assegurado pelo poder irrestrito de disposição sobre as peças do tabuleiro que é concedido ao inquisidor.

A Inglaterra experimentou história distinta da Europa Continental no que se refere aos sistemas processuais penais, já que o modelo inglês preservou a gestão da prova nas mãos das partes, elemento essencial na definição de um sistema acusatório. Se, na epistemologia inquisitória, os espaços potestativos de subjetividade florescem irrestritamente, na epistemologia acusatória, esses espaços são bem mais restritos, conformando um sistema vocacionado para a redução de danos.

As reformas francesas do final século XVIII procuraram romper com o paradigma inquisitório e adotar um modelo acusatório, chegando a lograr significativas inovações legislativas. No entanto, a epistemologia inquisitória acabou sendo revigorada pela cientificidade e pelo positivismo jurídico,

garantindo que o chamado sistema processual misto preservasse a matriz processual autoritária da inquisição. Em pleno século XXI, ainda permanecemos presos a um paradigma processual penal cujo prazo de validade já expirou – ou devia ter expirado – há muito tempo.

1- O Sistema Misto e a Renovação Inquisitória das Práticas Punitivas Modernas

No final do século XVIII, a modernidade acenava com a promessa civilizatória de construção de um espaço paradisíaco esquadrinhado e arquitetado pelo homem racional, com base na ideia de progresso. Nesse contexto, a secularização representava a potencialidade de ruptura com o discurso inquisitório, projetando um sistema de contenção regrada do poder punitivo voltado para a minimização de danos e erradicação dos excessos característicos das práticas persecutórias do passado. Com isso, surgia a esperança de superação da ambição de verdade típica do processo penal do inimigo que dominou a Europa por séculos a fio.

No entanto, se o final do século XVIII foi marcado por grandes transformações, na primeira década do século XIX, os ímpetus revolucionários arrefeceram. Napoleão foi alçado ao poder na França para cumprir uma missão: estabelecer a ordem e proteger os interesses da nova classe dirigente. O direito desempenhou papel instrumental nessa pretensão, fazendo parte do esforço de subjugação do corpo social.

Não é por acaso que esse foi um período marcado por alto índice de produção legislativa, da qual o *Code d' instruction criminelle* de 1808 foi peça fundamental, uma vez que expressava a face mais aguda da intenção de controle social. A partir de tais premissas, foi delineado projeto político-criminal nitidamente persecutório sob a ilusória promessa de segurança, que ocasionou a revogação das formas acusatórias que haviam prosperado nos anos seguintes à Revolução Francesa e que foi pautado por nítida estratégia de repressão, relegando o aspecto de garantia a papel secundário.

Eliminada na década de 1790 a 1800, a Ordenação Criminal francesa de 1670 – conhecida como monumento laico da inquisição – reapareceu reencarnada no Código de 1808, ao qual se remontam os sistemas processuais continentais (e por extensão, latino-americanos) dos séculos XIX e XX, chamados vulgarmente de mistos. Seu nome já ressoa como emblema: Código de instrução criminal, sendo que a partir daí a instrução seria realizada por um juiz instrutor que passou a reproduzir o papel do juiz inquisidor. Nesse sistema, o processo é dividido em duas fases: instrução e debate/juízo, uma distribuição que pode ser considerada bastante desigual considerando-se o peso efetivo das fases (CORDERO, 2000, p.57).

Para Ferrajoli (2002), o sistema misto inaugurado pelo Código Francês de 1808 e depois difundido em toda a Europa inutilizou os direitos de defesa em toda fase de instrução, que passou a ser inquisitória, escrita, secreta, privada de contraditório e inteiramente dominada pela acusação (p.491). Os resultados da instrução preparatória eram submetidos inicialmente à apreciação da Câmara de Conselho, que podia decidir sobre o fechamento ou continuidade da persecução.

Posteriormente, foi abolida essa apreciação, bastando a decisão do juiz de instrução para dar início à instrução definitiva, na qual a influência da legislação acusatória oriunda da Revolução Francesa era sentida (MAIER, 2006, p.355-356).

A primeira fase apresenta características nitidamente inquisitórias, já que o juiz de instrução, trabalhando sozinho e fora de todo debate contraditório, elabora a matéria do processo: mas quando lidos em debate, os autos se impõem à oralidade da segunda fase (CORDERO, 2000, p.36). Portanto, era aceita a utilização dos documentos escritos da fase instrutória para efeito de prova, ainda que teoricamente não deversem assumir papel decisivo.

O procedimento escrito e secreto obteve seu triunfo, pois a instrução, posta a cargo de um juiz instrutor, ocorria em tais moldes: nessa etapa o acusado não tinha como se inteirar dos atos efetivados, nem de seu conteúdo, inteiramente secreto para ele e seu defensor (MAIER, 2006, p.353). Da instrução ao debate se passava da escuridão à luz; enquanto naquela se tratava de um labirinto escuro e secreto, completamente parcial e rodeado de interesses repressivos, como queria a Ordenação criminal, nesta tudo é publicidade, debates orais, livre defesa e plena discussão. Inquisição e espetáculo acusatório; no entanto, como referido anteriormente, é uma divisão apenas aparente: os autos da instrução têm peso na decisão e a leitura deles era inevitável em caso de mudança de declarações ou testemunhas ausentes (CORDERO, 2000, p.58).

Para Ferrajoli (2002), houve um progressivo esvaziamento da fase dos debates, reduzida a mera e prejudgada duplicação da primeira (p.454). Diante disso, o resultado era mais do que previsível: a fase proposta como acusatória era

contaminada pelos elementos colhidos de forma monológica, secreta e solitária pelo juiz instrutor na etapa inquisitória. Não basta apenas afirmar que tais elementos devam ter sua importância reduzida: simplesmente não devem ser admitidos no processo. Não resta dúvida que o acesso do juiz à investigação preliminar é prejudicial à sua imparcialidade, pois sua leitura favorece a formação de um juízo prévio sobre os fatos que serão debatidos no processo (BACHMAIER WINTER, 2001, p.40).

Na segunda etapa – em debate oral e público – o acusado era inteiramente equiparado ao órgão de persecução penal, estando garantida sua defesa com a publicidade dos atos e sua presença neles, a assistência de um defensor e a possibilidade de contraditório. No entanto, a inquisição também não foi expurgada da segunda etapa, uma vez que era admitida solicitação de novas informações e nos procedimentos submetidos ao Júri, o presidente era investido de poder discricionário que lhe dava a aptidão de tomar todas as medidas necessárias para o descobrimento da verdade de acordo com os novos fatos apresentados em audiência, podendo, inclusive, intimar testemunhas.

Desse modo, ressurgia um processo penal do inimigo, dedicado à persecução: o sistema misto não conforma um terceiro sistema: seu princípio unificador (a gestão da prova, como indicou Coutinho) também é o inquisitório, pois permite que o juiz atue como acusador, rompendo a imparcialidade que lhe é exigida no sistema acusatório. Trata-se de um expediente que foi mantido em todos os sistemas inspirados no código napoleônico, que mantiveram vivo o espírito inquisitório da ambição de verdade, ainda que desprovido de sua

fundamentação original, substituída pela estrutura discursiva oferecida pela cientificidade. Como isso foi – e permanece sendo – possível?

2- Positivismo Jurídico e Cientificidade: Instrumentalização Político-Criminal dos Novos Discursos Sobre a Verdade

Investigaremos agora uma parcela significativa dessa pequena história, para tentar compreender como foi possível a associação entre a cientificidade, o positivismo e uma renovada ambição de verdade. O positivismo jurídico não decorre da intenção inquisitorial de persecução social, uma vez que seu desenvolvimento não se deveu a essa causa; mas a sua conjugação com a ambição de verdade inquisitória se mostrou – e segue mostrando-se – apta a elevá-la a enésima potência, e o que é pior, sob a máscara da neutralidade.

O desejo político-criminal de regresso à sensibilidade inquisidora encontrou amparo na filosofia da consciência e na lógica cientificista que governava o nascente positivismo, garantindo que práticas nitidamente tendentes a produzir enormes danos encontrassem acolhimento e aceitação no meio jurídico. Esse encontro aparentemente inusitado deu luz a uma associação entre estratégia político-criminal persecutória e aquilo que Ferrajoli chamou de paleopositivismo, conformando um estado de coisas que ainda se perpetua e com o qual é preciso romper.

É preciso ter em conta que, embora a lógica da ambição de verdade inquisitória servisse perfeitamente aos propósitos do regime vigente, não era possível pura e simplesmente regressar ao espírito inquisitório das Ordenações

Criminais Francesas do século XVII; era necessário atribuir caráter científico para as práticas punitivas, dando-lhes aparência de compromisso entre os interesses de persecução e as garantias do cidadão: um propósito perfeitamente compatível com o discurso jurídico-científico que nascia no início do século. Nesse sentido, a lógica do positivismo jurídico – e por extensão, a adoção das premissas da cientificidade – acabou favorecendo a continuidade inquisitória das práticas punitivas, renovando-as discursivamente de acordo com os novos tempos e mantendo sua característica ambição de verdade.

Estando delineado em linhas gerais o contexto que favoreceu a aproximação, vejamos agora como se deu essa imbricação entre inquisição e positivismo jurídico. O discurso moderno e o parâmetro científico por ele estabelecido se disseminaram rapidamente no século XIX, estabelecendo a meta e o método para a obtenção do conhecimento, que se estendeu a todos os campos do saber. Todas as disciplinas modernas almejavam a condição de científicas, o que lhes garantiria uma posição especial no edifício do saber, que somente podia ser obtida mediante a conformidade com o modelo dado pelo *esprit géométrique*, absolutamente incontestável naquela época.

Portanto, não é por acaso que o direito buscou se aproximar desse paradigma, uma vez que tanto a intenção de cientificidade como a pretensão de regulação da realidade apontavam nessa direção. Logo, para compreender a nova roupagem da ambição de verdade – estruturada pela filosofia da consciência e colocada a serviço do poder – é necessário verificar os aspectos de cientificidade que – ao menos em teoria – conferiam-lhe legitimidade, conformando um campo de saber.

O século XIX foi o momento de constituição dos campos de saber, das disciplinas, das áreas de atuação de cada ciência, bem como de sua autonomia face as demais. Morin (1996) aponta que uma das ideias-chave da ciência moderna era a separabilidade, pois, como dizia Descartes, diante de um problema complicado, é preciso separá-lo em pequenos fragmentos (p.240). As disciplinas científicas nasceram com base nessa ideia de desmembramento discursivo do real: surgiram campos de saber independentes entre si e foi realizada uma progressiva separação entre a ciência e a filosofia, que inclusive se estendeu até o século XX, como uma necessidade legítima (MORIN, 1996, p.240). O direito moderno foi profundamente afetado por esse processo de depuração de tudo que poderia potencialmente afetar sua cientificidade.

A forma com que o direito procurou corresponder ao ideal moderno esteve ligada ao chamado positivismo, que foi central à intenção de estabelecimento de um discurso jurídico tido como científico e cujos efeitos se fazem sentir até os dias atuais. O termo é derivado da contraposição entre direito positivo e direito natural (BOBBIO, 1999, p.21). Trata-se de uma dualidade que já estava presente no pensamento grego, ainda que não expressamente com o termo “positivo”. De forma resumida, pode ser dito que foi a partir da afirmação do direito positivo e do afastamento das demais fontes que o direito passou a ser inserido no modelo oitocentista.

Pretendia-se que o direito positivo fosse simples, objetivo e de aplicabilidade imediata, deixando para trás a interpretação e a pluralidade, que, de acordo com a perspectiva moderna, conduzia à arbitrariedade, ou seja, à imprevisibilidade dos resultados, o que não era condizente com a desejável

cientificidade (BOBBIO, 1999, p. 65). Desse modo, afirmava-se que a objetividade imposta pela “letra fria da lei” garantiria a previsibilidade e, logo, a possibilidade da segurança de resultados “científicos” na aplicação do direito, o que também expressava conformidade com o espírito geométrico moderno.

Além disso, a tradição estabelecida pelo pensamento de Montesquieu e Beccaria gerou um sentimento de desconfiança em relação ao direito dito pelos juízes, o que não pode ser considerado inteiramente injustificado, diante dos excessos que haviam ocorrido nas práticas punitivas do período absolutista. Sendo assim, como a intenção era limitar a margem de arbítrio judicial, gradativamente foi construído um virtual “amordaçamento” discursivo dos juízes e uma exclusão de todas as fontes de interpretação que não a lei positivada, intenção que foi atingida com a codificação.

O espírito da codificação também nasceu ligado a uma pretensão científica, pois era conducente ao estabelecimento de um objeto rigorosamente delimitado para o sujeito do conhecimento, que permitiria a satisfação da exigência de previsibilidade inerente ao paradigma científico vigente. Como destaca Carvalho (2008), “as promessas de segurança (jurídica) e previsibilidade (das decisões) advindas com a Ilustração têm nas codificações do final do século XIX a primeira possibilidade de concretização” (p.35).

O fenômeno positivista fez com que o direito passasse a ser visto segundo uma concepção rigidamente estatal, fato que levou também ao princípio da onipotência do legislador e à negação de todo o direito que não advinha dessa fonte (como o consuetudinário e o natural). A partir dessas premissas, que surgiu a escola da exegese na França, posteriormente acusada de fetichismo da lei, em

virtude de ignorar todo o direito anterior ao *Code de Napoléon* e por considerar que nele se inseriam as normas para resolução de todos os possíveis casos, ou seja, possibilitando considerar-se o direito como um sistema fechado, desprovido de lacunas e, logo, que bastava a si mesmo.

A ideia de completude do sistema jurídico se relaciona diretamente à pretensão de que o direito fosse inteiramente científico, imutável e exato, o que novamente expressa o ideal matemático por trás dessa concepção de conhecimento. Para Carvalho (2008), “o sonho iluminista é fundado na concepção da codificação como estrutura completa e harmônica, isenta de aberturas, incoerências ou contradições, ou seja, trata-se da expressão máxima da *ratio iuris*” (p.36). No entanto, poucos elementos são tão indicativos das falhas desse paradigma: o dogma da completude do ordenamento jurídico é, sem dúvida, umas das maiores falácias do positivismo. Como destaca o autor, não há “[...] nenhum exemplo mais claro do narcisismo dos juristas que a manutenção do dogma de ser o ordenamento jurídico um todo *completo e coerente*, no qual as lacunas e antinomias são aparentes e de previsível resolução” (CARVALHO, 2006, p.40).

Como o que interessava era a coerência intrassistêmica do campo de saber em constituição – para garantir sua cientificidade – não é surpreendente que fossem deliberadamente erradicados todos os elementos de imprevisibilidade que pudessem ameaçar sua desejável estabilidade. Ocorre que, em decorrência dessa opção, a complexidade do ato de julgar foi discursivamente expulsa do sistema, resolvendo-se a questão da aplicação do direito através de uma grosseira epistemologia que emudece a realidade e desconsidera a opacidade da

consciência, em nome da coerência interna do discurso jurídico. Segundo Bobbio (1999), na perspectiva positivista

[...] o procedimento jurídico consistiria somente de um juízo de fato (isto é, em assegurar que fossem verificados os fatos previstos pela lei), visto que o direito se tornaria tão claro que a *questio juris* (a saber, a determinação da norma jurídica a ser aplicada no caso em exame) não apresentaria qualquer dificuldade já que todas as questões de direito que o juízo tradicionalmente comportava (e que exigiam a intervenção de técnicos de direito) eram exclusivamente fruto da multiplicidade e da complicação irracional das leis (p.67).

A partir das premissas citadas, no século XIX, a pretensão de regulação moderna através do direito atingia seu ápice, desde uma compreensão nitidamente fundada no *esprit géométrique*, na qual os fatos eram esquecidos (e com eles a realidade) restando apenas a preocupação com a normatividade. Se algum caso eventualmente gerasse dúvidas, podia ser solucionado por um critério mágico: a intenção do legislador, que entrava em cena – como verdadeiro *deus ex-machina* – apto a possibilitar a resolução de qualquer aparente lacuna do sistema.

Confirmava-se, assim, a ideia de que o juiz seria a “mera boca da lei”, jamais expressando seu próprio ponto de vista e reduzindo a questão de fato a mera constatação da realidade pelo juízo do sujeito racional, que o faria de forma neutra, garantindo a segurança e a previsibilidade das decisões jurídicas. Parece claro que o mero juízo de fato expressa uma concepção de verdade correspondente, adequada ao racionalismo cartesiano como simples e precisa

constatação da realidade e aplicação da norma pelo poder cognitivo do sujeito racional. Para Ferrajoli (2002), a noção de verdade como correspondência está na base das doutrinas ilustradas da jurisdição como verificação de fato e boca da lei (p.41). Não é por acaso que Lênio Streck (2010) discute a imbricação entre o sistema inquisitório e a filosofia da consciência (p.32).

3- O Positivismo Jurídico nas Práticas Punitivas: Limites Discursivos e Legitimação de Violências

O positivismo jurídico clássico conforma em grande medida um sistema autopoético, já que a realidade é praticamente esquecida – pois é tida como dada – em nome do fascínio pela estrutura normativa e pela sua realização legal. Dessa forma, partindo da premissa do mero juízo de fato como postulado de decifração da realidade pelo método jurídico, este não seria nada além da conclusão de silogismos: a lei deve ser aplicada através de um silogismo amparado por um mero juízo de fato. Decorre daí a noção de que, ao aplicar as leis, o juiz deve fazer como aquele que deduz a conclusão de um silogismo: desse modo ele supostamente não cria nada de novo (segurança e previsibilidade), pois apenas torna explícito o que já está implícito na premissa maior (a lei).

Esse é o ideal de objetividade a que esse paradigma procurava corresponder e que efetivamente desconsiderava a complexidade da realidade, uma vez que somente lhe interessava a regularidade. Coutinho (2002) zomba do pensamento estruturado em torno das premissas silogísticas, afirmando que “tudo, enfim, resume-se a *silogismos*, muitas vezes sem qualquer *sentido*; ou o que

é muito pior, que dão, categoricamente, ‘o’ sentido” (p.180, grifos do autor). Dessa forma, o pensamento jurídico ocidental, estruturado na filosofia da consciência, na razão e na aplicação do método das ciências naturais, desconsiderou completamente a historicidade da existência humana, dando margem a um conjunto de problemas que, até hoje, afetam profundamente a aplicação do direito. Em última análise, não era apenas a realidade que era esquecida, mas também tudo que faz do juiz um ser-no-mundo. Para Coutinho (1998),

faz-se de conta que a subjetividade não existe, ou melhor, sua existência, quando admitida, encontra total controle no **livre convencimento**. O juiz, de regra, é apresentado como um robô, um ser transparente através do qual flui a ‘vontade’ da lei; e alguns, falando sério, acreditam realmente que ela a detém. Ignora-se, quase por completo, o homem, em um esforço incomum visando encalacrar nele – e em todos nós – a consciência de que sua função é espelhar uma vontade que não é sua (p.139, grifo do autor).

Parece difícil escapar de uma constatação: o paradigma positivista simplesmente ignora a opacidade da consciência e o lugar de fala do juiz enquanto ser-no-mundo, considerando que a aplicação do direito se resolve no simples ato de encaixar a norma na conduta objetivamente verificada, decorrendo daí a expressão mero juízo de fato, que desconsidera por completo a complexidade que envolve a tentativa de reconstrução de um fato histórico. Para Lopes Jr (2005), é

[...] claro que não se trata de mera adequação do fato à norma. Permeia essa atividade uma série de variáveis de natureza axiológica, inerentes à subjetividade específica do ato decisório, até porque toda reconstrução de um fato histórico está eivada de contaminação, decorrente da própria atividade seletiva desenvolvida (p.266).

Portanto, a lógica do silogismo a partir de um mero juízo de fato expressa claramente o modelo de cientificidade típico do *esprit géométrique*, eminentemente tido como objetivo, imparcial e avalorativo. Trata-se de uma forma muito peculiar de compreensão do processo de tomada de decisão, que alcançou enorme difusão, mas que pouco diz acerca de como efetivamente as coisas se dão, já que a realidade não cede tão facilmente aos encantos do sujeito do conhecimento.

Segundo Morais da Rosa (2006), Beccaria partia de uma concepção de verdade como espelho da realidade (p.142). Como indica Ferrajoli (2002), a imagem proposta por Beccaria, do juiz como investigador imparcial do verdadeiro, é absolutamente ingênua (p.46). De acordo com o autor, para que possa ser compreendida a natureza das decisões com as quais se aceita a verdade processual, é necessário analisar o raciocínio judicial que consiste na aplicação da lei e que nem sequer formalmente tem a estrutura lógica do “silogismo perfeito”, imaginado por Beccaria e transmitido pela Escolástica formalista (FERRAJOLI, 2002, p.52).

Como observa Taruffo (2010), cada disposição normativa – mesmo aquelas que aparentemente são menos vagas – é necessariamente objeto de interpretação, de modo que há uma identificação e determinação do pressuposto

legal através de atividade interpretativa (p.225). Para Ferrajoli (2002), “hoje, parece sem dúvida inadequado e não confiável o realismo gnoseológico vulgar, que esteve na base da concepção do iluminismo, do juiz como ‘boca da lei’” (p.39, grifo do autor).

O autor comenta que “por certo, o modelo iluminista da perfeita ‘correspondência’ entre previsões legais e fatos concretos e do juízo como aplicação mecânica da lei é uma ingenuidade filosófica viciada pelo realismo metafísico” (FERRAJOLI, 2002, p.39, grifo do autor). Todavia, Ferrajoli (2002) considera que se pode “salvaguardar o valor teórico e político se – e somente se – for redefinido como *modelo limite*, nunca plenamente alcançável, senão apenas aproximável e, sobretudo, se forem esclarecidas as condições na presença das quais este pode ser *mais* ou *menos* satisfeito” (p.39, grifos do autor).

4- Positivismo e Controle Social: Renovação do Processo Penal do Inimigo

Pela conformação concreta que acabou por assumir naquele momento histórico, o modelo pendia decididamente para o lado do menos e não do mais, pois a estrutura processual era visivelmente voltada para a maximização das pretensões de controle social. Nesse sentido, não é difícil imaginar o quanto a adoção desses critérios – conducentes ao emudecimento da realidade – na esfera jurídico-penal se mostrou absolutamente desastrosa. Como destaca Gascón Abellán (1999),

o conhecimento dos fatos em sede judicial foi muitas vezes considerado questão não controvertida. ‘Os fatos são os fatos e não necessitam de argumentação’ poderia ser o lema desta tradição. Ela se caracteriza por uma grande confiança na razão empírica, que torna desnecessária qualquer justificação em matéria de fatos: os fatos são evidentes, e o que é evidente não necessita de justificação, inclusive se tal evidência foi obtida indiretamente, mediante uma metodologia indutiva (p.7, grifo do autor).

A conjugação da lógica inquisitória com o esquema positivista e a argumentação cientificista resultou – e ainda resulta – catastrófica para o âmbito das práticas punitivas, pois se criam condições para que a experimentação analítica produza uma verdade patológica que renova – ainda que de forma mais sutil – a lógica inquisitória. Em outras palavras, uma vez que os “fatos” são reduzidos a algo facilmente apreensível pelos poderes metodológicos do sujeito do conhecimento, criam-se discursivamente as condições para que a epistemologia inquisitória de busca da verdade seja refundada e se instale o desrespeito ao contraditório, fulminando a ampla defesa: não é por acaso que a fase processual se tornou um espetáculo dado a confirmar a intenção dos investigadores originais.

Como observamos, os fatos vinham dados pela investigação preliminar, o que significa que o grau de contaminação da estrutura cognitiva a partir da qual seria operado o juízo de fato era elevadíssimo. Desse modo, como observa Lopes Jr. (2010), “quando entra em cena o (ingênuo) julgador, o cenário já está montado e o roteiro definido. Então lhe são apresentadas a ‘verdade histórica’ e o juízo de fato, obtidos na fase inquisitória, para que ele diga o direito aplicável

ao caso” (p.544, grifo do autor). Trata-se do que hoje conhecemos como emprego indevido do inquérito policial em sede processual.

Porém, o problema não se restringe a essa questão. Como se não bastasse a utilização irrestrita dos elementos colhidos em sede preliminar para formar o juízo de fato, as legislações processuais ainda apostavam – e permanecem apostando – na capacidade do juiz para apreender a realidade e satisfazer a ambição de verdade, uma vez que invariavelmente é concedida a prerrogativa de solicitação de novas diligências com o intuito de buscar a (mal)dita verdade, como é o caso de inúmeros dispositivos do nosso Código de Processo Penal de 1941, um produto do autoritarismo punitivista do Estado Novo, inspirado no sistema misto napoleônico.

Os princípios fundamentais do inquisitorialismo são assim mantidos: **o processo continua dirigido à persecutória busca da verdade, que é dada pelo mero juízo de fato de um julgador instrumentalizado por elementos da etapa preliminar e apto a romper com a gestão da prova nas mãos das partes na encenação acusatória da fase processual.** O mais grave é perceber que se de um lado, o sistema amarrava o juiz e coibia os espaços de discricionariedade dados a produzir as valorações substancialistas típicas do período inquisitório (princípio da legalidade), de outro lado concedia ampla margem de discricionariedade no que diz respeito aos fatos abrangidos pelas hipóteses acusatórias, autorizando o decisionismo de forma irrestrita (ambição de verdade).

Percebe-se, dessa forma, que as figuras da previsibilidade e da segurança assumiam uma conotação muito clara em sede jurídico-penal: a certeza da condenação a qualquer custo. O sistema efetivamente conformava

uma geometria de extermínio dos “inimigos” seletivamente colhidos pelo poder punitivo, não havendo escapatória para sua insaciável ambição de verdade. E tudo isso argumentativamente justificado pela cientificidade de um mero juízo de fato que fazia da aplicação da lei um simples silogismo, garantindo a falaciosa “neutralidade”. **O juiz decorrente dessa concepção pode até, metaforicamente, ser a “boca da lei”, mas acaba sendo, sobretudo, instrumento de incidência arbitrária do poder punitivo.**

Apesar das inúmeras e justificadas críticas que podem ser feitas a esse paradigma, não há como negar que ele serviu aos propósitos de persecução para os quais foi proposto. Surpreendentemente, trata-se de uma concepção que ainda encontra assombrosa difusão e aceitação no campo jurídico nos dias atuais e que ainda sustenta a perspectiva legalista do Poder Judiciário em grande parte dos países da América Latina (CARVALHO, 2008, p.36). A estrutura efetivamente refunda e renova a ambição de verdade inquisitória, delineando aparato discursivo-normativo vocacionado para facilitar a incidência arbitrária do poder punitivo.

Dessa forma, um renovado discurso jurídico foi capaz de fornecer subsídios de ordem científica, que conferiram uma aparência de legitimidade a procedimentos que são inquisitórios por definição e que continuaram a fazer do primado das hipóteses sobre os fatos a regra da qual o respeito ao contraditório raramente é exceção. Para Moraes da Rosa (2006), “[...] a estrutura ‘paranóica’, no Processo Penal, aparece sutilmente, eis que encoberta por *recursos retóricos ordenados*, tanto na assunção de uma *postura inquisitória na gestão da prova*,

quanto na *interpretação* da conduta” (p.316, grifo do autor). Como refere Lopes Jr. (2010),

[...] a verdade no processo penal é inacessível, mas conscientes disso, [eles] montam uma estrutura que precisa legitimar a submissão ao poder, através da afirmação de que a sentença e o juiz são portadores da revelação do sagrado [verdade]. Esse é o engenho que não podemos mais tolerar, pois também é pensado para negar a subjetividade e todos os diversos fatores psicológicos que afetam o ato de julgar, persistindo no mundo onírico de um juiz fora-do-mundo, neutro, boca da lei etc. (p.541).

Se, por um lado, a legalidade gerava certa segurança para o cidadão, na medida em que estabelecia um referencial objetivo em oposição às valorações substancialistas dos juízes, por outro, dentro do processo esse caráter se desfigurava de acordo com os desígnios da economia de poder de então, que estabeleceram um modelo nitidamente decisionista, no qual a cognição era secundária. Da conjunção entre um sistema falaciosamente tido como misto e ideal positivista se extrai uma intenção de matar a diferença e erradicar a heterogeneidade em prol de um ideal de cidadão obediente e ordeiro, incapaz de questionar a autoridade de um poder que verticalmente incide sobre sua liberdade.

Como se justifica discursivamente uma finalidade tão política para um paradigma que pretendia ser “científico” e, logo, neutro e imparcial? No direito positivista, a pretensão de legitimidade científica se referia a uma compreensão que supostamente excluía do seu seio todos os aspectos de ordem moral, política,

social e histórica. Sendo assim, uma vez que o legislador era a expressão da vontade do povo, em função de sua “representatividade”, não haveria o que se questionar quanto à legitimidade. Naturalmente, essa compreensão ignorava propositalmente o fato da representatividade ser limitada e do cidadão ser, na verdade, o proprietário. A figura mítica do legislador representava, naquele momento, um grupo concreto: não é por acaso que Marx afirmava que, naquele contexto, o Estado era o comitê de negócios da burguesia, que precisava de mecanismos para se defender de seus inimigos. Dessa forma, o sistema estabelecido reproduzia as intenções de controle social que motivaram o surgimento e a disseminação do processo inquisitório na Idade Média.

Com o afastamento proposital da interpretação – o qual, na verdade, não ocorria e sequer tem como ocorrer – acreditava-se atingir a plenitude científica. Não se levava em conta o quanto era violenta a “verdade” produzida no processo. Apesar da lógica racionalista estruturada em torno da noção de mero juízo de fato, a verdade era muito mais pré-estabelecida na etapa preliminar – e confirmada na encenação acusatória processual – do que propriamente extraída do real e encaixada na norma adequada.

Para o paradigma positivista, a verdade jamais era realmente colocada como um problema, o que guarda relação com a crença no potencial cognitivo do juiz, como sujeito racional capaz de constatar a verdade das coisas e cientificamente aplicar as normas apropriadas. Jamais eram questionados os mecanismos de aferição das verdades sob as quais incidiria a aplicação das normas codificadas e muito menos o problema ontológico colocado pela representação narrativa sustentada em rastros que vale pelo – como se fosse o –

passado (KHALED JR., 2013). Ao contrário, para o dogmatismo científico da época, a especulação filosófico-interpretativa deveria ser evitada a todo custo, afinal, não era científica e não só não permitia como dificultava o acesso a verdades supostamente correspondentes.

Considerações Finais

Em essência, o modelo positivista pode ser sintetizado como um paradigma grosseiramente transposto das ciências naturais e caracterizado por um mecanicismo que simplificava a complexidade a ponto de eliminá-la por completo da operação cognitiva. Da conjunção entre o paradigma positivista, a cientificidade e a tradição inquisitória, nasceu um sistema que conformava uma ferramenta de controle e coerção social – algo muito distante da estrutura de contenção regrada do poder punitivo concebida pelos reformadores do século XVIII. O novo parâmetro jurídico de atuação passou a ser dado pelos critérios da cientificidade: ou seja, pela crença na razão e nos poderes metodológicos do homem científico para devassar a realidade e extrair dela sua essência. Desse programa decorreu a adequação das práticas judiciárias ao ideal cartesiano, o qual acabou refundando na jurisdição penal o discurso inquisitório, a partir de uma nova normatividade, secularizada por excelência, mas igualmente obcecada pela verdade. O pior de tudo é perceber que as ciências criminais continuam seguindo a lógica epistemológica do positivismo e cedendo à falácia da neutralidade. Até quando?

A dogmática processual penal se contentou – com raras exceções, dentre as quais Goldschmidt é a mais expressiva – em legitimar os programas persecutórios estabelecidos pelas legislações inspiradas no *Code d' instruction criminelle* de 1808, que, como vimos, refundou a ambição de verdade sistematizada por Eymerich. Nesse sentido, parte expressiva da doutrina nacional constrói o discurso dogmático-processual a partir da exposição de motivos do CPP de 1941, inclusive reproduzindo seus equívocos técnicos, como a utilização da expressão trancamento da ação penal, quando o que se pode querer parar é o processo e não a ação (LOPES JR., 2010, p.328). Mas o pior não são os equívocos técnicos, mas sim o fascínio pela legislação infraconstitucional e seu persecutório projeto político-criminal, enquanto a dogmática processual deveria atender ao propósito de contenção do poder punitivo estatal, condizente com o sentido que deve demarcar o próprio direito penal.

Para que isso ocorra é preciso repensar um conjunto de conceitos dados a municiar a arbitrariedade das práticas punitivas e reestruturar o processo penal de acordo com o ideal constitucional de democraticidade, esforço a que vêm se dedicando parte substancial da doutrina na última década, como Jacinto Coutinho, Geraldo Prado, Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa, para citar alguns exemplos. Somente a partir de uma dogmática processual, que não reproduza a violência do discurso dominante que está aí, é que podemos manter acesa a esperança de ruptura com o paradigma inquisitório que tristemente permanece vigente nas práticas judiciais. Como observa Salo de Carvalho (2008), “para além do narcisismo da dogmática penal em estabelecer as

condições de possibilidade da conquista da verdade, parece central focalizar os efeitos decorrentes da definição deste fim” (p.74).

Precisamos dizer não ao processo penal do inimigo e lutar por um processo penal fundado na dignidade da pessoa humana. Para isso, é preciso rejeitar completamente a ambição de verdade inquisitória, sem admitir os falsos compromissos de uma busca da verdade relativizada que preserva os mesmos velhos anseios persecutórios, de forma velada.

Referências bibliográficas

BACHMAIER WINTER, Lorena. Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.) *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2001.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 35.

_____. Criminologia e transdisciplinaridade. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.) *Sistema Penal e Violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*: Tomo I. Bogotá: Temis, 2000.

COUTINHO, Jacinto. Glosas a verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: *Anuário Ibero-americano de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

KHALED JR., Salah H. *A Busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MORIN, Edgar. Complexidade e liberdade. In: MORIN, Edgar e PRIGOGINE, Ilya (Org). *A sociedade em busca de valores*: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 240.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TARUFFO, Michelle. *Simplemente la verdad*: el juez e la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010.

Novos horizontes da autonomia da constituição: a compreensão de bloco de constitucionalidade como blindagem aos Direitos Humanos e como vetor hermenêutico

Nuevos horizontes de la autonomía de la constitución: la comprensión del bloque de constitucionalidad como blindaje a los derechos humanos y como vector hermenéutico

New horizons of autonomy of the constitution: the understanding of constitutionality block as shielding for human rights and as hermeneutic vector

Rafael Fonseca Ferreira

Sumário: *Introdução; 1- O Bloco de Constitucionalidade como Expressão da Dimensão Material da Constituição e como Blindagem aos Direitos Humanos; 2- Uma Saída Hermenêutica para os Tratados e as Convenções de Direitos Humanos no Brasil: o Bloco de Constitucionalidade como Vetor Interpretativo-Produtivo; Considerações Finais; Referências.*

Introdução

Primeiramente, é importante esclarecer que as ideias traçadas neste artigo são partes integrantes de um projeto maior, em que se buscará consolidar em que termos elas são viáveis do ponto de vista hermenêutico (filosófico) [1]. Todavia, são ideias que podem ser lançadas como uma instigação à necessidade de inauguração de uma nova paisagem, a qual já deveria ter se iniciado a partir da Constituição de 1988, mas que, no entanto, em razão do déficit teórico-interpretativo que contamina o imaginário jurídico dominante no

Brasil, as possibilidades do acontecer conteudístico da Constituição e de seus objetivos fundamentais (interno e internacional) restam ofuscadas, em especial, no que diz respeito ao compromisso com os direitos humanos.

Isso pode ser observado, em particular, no tratamento dispensado aos tratados e as convenções de direitos humanos no Brasil, seja por ocasião da introdução do § 3º no art. 5º da Constituição Federal via Emenda Constitucional 45/2004, seja por ocasião dos julgamentos proferidos pelo plenário do Supremo Tribunal Federal [2], no qual restou assentada a tese da suprallegalidade (em superação a tese da legalidade ordinária vigente até então) daqueles instrumentos jurídicos. Em outras palavras, aquilo que era para ser construído, do ponto de vista interpretativo, acabou sendo entificado pela emenda constitucional e “coroad” nos julgados referidos, resumindo o debate dos direitos humanos a uma verificação de *status normativo*, ou do que neste trabalho se denomina de redução do debate à lógica hierárquico-normativista.

Inaugurar um discurso na contramão da racionalidade dominante tem por tarefa ultrapassar as visões hierárquico-normativas e, como tal, redutivistas (estanques e bloqueantes), de compreensão do fenômeno jurídico. Um passo interessante nesse sentido seria um adequado desenvolvimento da ideia de bloco de constitucionalidade, como a expressão da construção interpretativa-produtiva do Direito a partir da normatividade principiológica da Constituição.

Portanto, o busílis da questão gira em torno da celeuma entre a opção por se trabalhar no sentido de construir um efetivo compromisso com os direitos humanos ou permanecer operando com preceitos de reducionistas de Direito e, como tais, sujeitos a predatoriedade dos discursos políticos e jurídicos eivados de resquícios imperialistas/ditatoriais/estamentais-patrimonialistas de nossa sociedade. A casuística e os relativismos, entre outros diversos oportunismos, são incompatíveis com o constitucionalismo democrático e com a autonomia do

Direito e, por consequência, com os movimentos de constitucionalização do direito internacional e da internacionalização do direito constitucional.

A afirmação de um bloco de constitucionalidade que se nutre interna e internacionalmente, mormente, em sede de direitos humanos, é um passo fundamental para se contribuir para a formação de uma tradição que possa consolidar diretrizes interpretativas de conteúdo (inter)constitucional. Porém, os traços aqui desenvolvidos, ainda iniciais, são no sentido de abrir caminhos para essas possibilidades, não apenas como uma “legalização” (ou objetificação) do instituto, mas como expressão hermenêutica da própria Constituição.

1- O Bloco de Constitucionalidade como Expressão da Dimensão Material da Constituição e como Blindagem aos Direitos Humanos

Na realidade, muito se tem denunciado acerca de uma crise interpretativa no Direito e, em parte, esta pode ser atribuída à ausência de marcos normativos-interpretativos que possam constituir um anteparo aos discursos ideologizantes e retórico-judiciais e ao (des)compromisso democrático no exercício da jurisdição constitucional. Isso por certo pode ser tributado ao “déficit” de constitucionalidade com que opera a comunidade jurídica brasileira paradoxalmente a uma Constituição festejada em termos de direitos e garantias fundamentais.

Logo, a questão é saber se a Constituição serve apenas para limitar os poderes internos do Estado, no qual esses poderes também poderiam ser limitados em razão dos compromissos internacionalmente assumidos e que se integram (ou deveriam integrar) à ordem interna (normativa) via Constituição. Esse, portanto, é o espaço que pode ser ocupado pela teoria do bloco de constitucionalidade no Brasil enquanto instrumento de blindagem à violação dos

direitos humanos (e fundamentais) e, por assim dizer, em última análise, contra as decisões arbitrárias descompromissadas com o ideário do Estado Democrático de Direito.

É bem verdade que, embora se possa afirmar que a história da jurisprudência do Conselho Constitucional francês foi quem delineou a ideia de bloco de constitucionalidade enquanto conjunto normativo de valor constitucional [3], foi a doutrina que acabou por cunhar a expressão *bloc de constitutionalité*, com a finalidade de debater o seu alcance e conteúdo em oposição ao receio à liberdade de uso por parte do Conselho, evitando-se a delegação de maneira “*discrecional – léase arbitraria – por el juez constitucional* [4]” (FAVOREU; LLORENTE, 1991).

Por conseguinte, a compreensão do bloco de constitucionalidade [5] invariavelmente tem por finalidade otimizar e ampliar o caráter normativo do texto constitucional – em termos de direitos e garantias fundamentais – desde que, com a Constituição, mantenha consonância integrativa e de modo que, ainda que não estejam incluídas formalmente na Constituição, a sua violação implica(ria) na inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em exame (LLORENTE, 1997). Entretanto, observa-se como é importante registrar que, segundo RubioLLorente (1991), regra geral, na experiência espanhola, mesmo que sob críticas, o Tribunal Constitucional Espanhol tenha preferido usar a compreensão sobre *el bloque de la constitucionalidade* no seu aspecto mais formal, isto é, na delimitação competencial entre o Estado e as Comunidades Autônomas.

Em uma linha doutrinária, Rubio LLorente (1991) assevera que “*el bloque de la constitucionalidad, con independencia de la forma que revisten las distintas normas que en él se integran, es el núcleo esencial de la Constitución del Estado español*”, especialmente, quando se considera que “*la incorporación al texto*

constitucional de preceptos substantivos (incorporación inexcusable en nuestro tiempo) ha de ser compatible con el pluralismo político [6]”.

Assim, trabalhando mais no sentido de uma materialização constitucional, o jurista espanhol observa que a compreensão de *bloque de constitucionalidad* encontra melhores horizontes como expressão da ampliação da dimensão conteudística da Constituição, isto é, com a afirmação e consolidação dos compromissos traçados democraticamente pelo legislador constitucional.

Diga-se, aliás, que a questão do bloco de constitucionalidade nas formas empregadas hoje, na França e na Espanha, por exemplo, não traz diretamente a problemática do/da reconhecimento/recepção de tratados e convenções de direitos humanos. Isso porque o estágio avançado da União Europeia, quanto à estrutura própria de tais instrumentos na realidade regional e o reforço da atuação do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, não os coloca objetivamente diante desse entrave, todavia, ainda assim, serve-nos de orientação o emprego da ideia de bloco constitucional, especialmente, por se tratar de um instituto de forte caráter hermenêutico.

Por isso, para o Brasil, considerando a natureza especial dos tratados e das convenções de direitos humanos e as características de nossa Constituição, a defesa da construção de um bloco de constitucionalidade marcado pela categorização constitucional dos instrumentos internacionais de direitos humanos pode ser uma pauta teórica relevante, especialmente considerando a particularidade do tratamento dispensado pelo Supremo Tribunal Federal e o formalismo-procedimental inaugurado pela inserção do § 3º, no art. 5º da Constituição em matéria de direitos humanos.

O ponto nodal dessa questão e para onde se dirige a crítica, é que as Constituições democráticas precisam de adequada materialização hermenêutica. É fato que as Constituições não se encerram em textos refratários aos

compromissos nelas assumidos. Nesse particular, a Constituição brasileira é bastante objetiva em sua parte principiológica e quando trata dos direitos fundamentais, estabelecendo, inclusive, que o seu rol não é exaustivo [7] - justamente para facilitar o necessário fluxo normativo e evolutivo em sede de direitos humanos. Aliás, não se pode descuidar que em países de modernidade tardia como o Brasil, a carga histórico-social de desigualdades e as heranças políticas autoritárias recentes são/devem ser permanentes preocupações.

Não se pode olvidar que o crescente processo de internacionalização em todas as suas frentes (econômicas, culturais, tecnológicas) não se descuidou do lado político e jurídico. Assim, o Estado vem se obrigando paulatinamente a rever e renunciar as prerrogativas de soberania e centralidade normativa, apenas alguns efeitos colaterais de sua “englobalização” (CHEVALLIER, 2009), os quais contribuem, direta e indiretamente, para a necessidade de ampliação, controle e eficácia protetiva dos direitos humanos.

Entretanto, é importante consignar que a concepção de bloco de constitucionalidade não implica no enfraquecimento de sua figura, mas na ampliação democrática das fontes em benefício do sujeito de direitos humanos. Em outras palavras, nem mesmo a maneira assimétrica desse processo de internacionalização em curso é capaz de fragilizar a progressiva redução da soberania dos Estados (CHEVALLIER, 2009), a qual passa tanto pelo modo de se compreender a Constituição, como também, de se construir a nova face da normatividade jurídica em um cenário de pluralismo multidimensional.

Em sede de direitos humanos, a canalização via Constituição das possibilidades hermenêuticas, que possam se valer da especialidade internacional dos direitos humanos baseadas em tratados e convenções e, até mesmo, em interpretações levadas a efeito pelas cortes especializadas (por exemplo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos

Humanos), podem funcionar como anteparo aos discursos ideologizantes de cunho vertical/estrutural. O que em outras palavras nos diz que a internacionalização do direito constitucional permitirá democraticamente o diálogo entre fontes e sistemas baseada em uma espécie de aproximação não hierárquica e cruzada, facilitadora da superação das dissociações/distinções bloqueantes do paradigma dominante – amigo/inimigo, nacional/internacional, superior/inferior, legal/ilegal.

De sorte que neste contexto é (pode ser) a compreensão do bloco de constitucionalidade um reforço hermenêutico à teoria constitucional (internacionalizada), no sentido de se veicular a necessidade de estreitar a aproximação entre fontes e sistema jurídicos e, por consequência, estabelecer novos horizontes para o controle da constitucionalidade em matéria de direitos humanos, sufragando a concepção hierárquico-normativista-transcendental do texto constitucional.

Talvez, por outro lado, até se pudesse dizer que a defesa de um controle de convencionalidade seria uma saída, mas não para o Brasil. Isso porque qualquer esboço teórico acerca de um possível controle de convencionalidade não passa de uma especulação doutrinária, pois tanto a posição anterior reinante no Supremo Tribunal Federal (hierarquia legal) sobre o *status* normativo dos tratados e das convenções de direitos humanos como a atual (hierarquia supralegal), sufragaram quaisquer possibilidades neste sentido. O que se tem, em regra geral, é controle de legalidade e, no máximo, se o tratado for internacionalizado na forma prevista no art. 5º, § 3º da Constituição, controle de constitucionalidade por equiparação, ou seja, nenhuma das possibilidades de controle (constitucional e convencional) sob essa *ratio* conseguiria superar os discursos hierárquico-normativistas.

Por isso, é necessário investir na qualificação interpretativa do/no Direito, para que não se fique refém ou subjugado por argumentos de poder (e *ad hoc*) que, no mais das vezes, ao reduzir o sistema à “legalidade” rasteira – típica do Estado Liberal – acabam ocultando os discursos ideológicos e pragmaticistas, sob a vulgata de higidez do próprio sistema, premissas incompatíveis com o constitucionalismo democrático vigente.

2- Uma Saída Hermenêutica para os Tratados e as Convenções de Direitos Humanos no Brasil: o Bloco de Constitucionalidade como Vetor Interpretativo-Produtivo

A inspiração para a Constituição de um bloco de constitucionalidade, a despeito da complexidade de sua construção/aplicação pelos juristas, no fundo, traz a angústia da busca pela segurança jurídica das decisões e a adequação do tratamento dos direitos humanos (e fundamentais) em face do paradoxo da discricionariedade. Assim, a concepção de bloco de constitucionalidade como referência normativa ou critério interpretativo, como destaca Rubio LLorente (1991), indica-nos um caminho hermenêutico mais sólido e democrático para o tratamento dos direitos humanos [8]. De toda maneira, em um ou em outro sentido, a possível concepção é iluminadora quanto à pretensão – ontológica – de apontar a necessidade de ampliação/evolução da visão constitucional de modo a se conciliar valores e princípios – como é o caso dos direitos humanos – frente às decisões políticas e jurídicas no âmbito dos Estados.

O caráter hermenêutico do bloco de constitucionalidade e sua relevância para a jurisdição constitucional poderá, talvez, a partir do que afirma Francisco Lima (2004), instrumentar outras formas de inconstitucionalidade a

serem determinadas não apenas a partir da sua inadequação à Constituição “codificada”, mas também ao conjunto de normas materialmente constitucionais.

Certo ou não, esta é uma questão a ser debatida enquanto desdobramento das tendências doutrinárias superadoras da visão autossuficiente ou hermética do plexo de direitos consagrados no texto constitucional (INFANTE, 2012), já que como toda obra humana a Constituição “*no solamente es en sí incompleta, sino que aquí la deficiencia es mayor, ya que cada constitución no es más que un compromiso entre las fuerzas sociales y grupos pluralistas que participan en su conformación* [9]” (LOEWENSTEIN, 1970, p. 199).

É por isso que o bloco de constitucionalidade pode se constituir em um instrumento qualitativo dos textos constitucionais capaz de ampliar a “base de sustentação dos direitos humanos” (INFANTE, 2012) e, fundamentalmente, um instrumento hermenêutico para a jurisdição constitucional, a ser desenvolvido doutrinária e jurisprudencialmente. Portanto, do ponto de vista constitucional, como já destacado, a autoaplicabilidade dos tratados e das convenções de direitos humanos e a sua categorização constitucional foram sufragadas, em parte, pelo legislador constitucional com a Emenda 45/2004, a qual introduziu o § 3º no art. 5º da Constituição e, em parte, pelo entendimento de supralegalidade exarado pelo Supremo Tribunal Federal nos julgados já referidos.

Dessa forma, uma possível saída hermenêutica é buscar construir uma cultura e um compromisso democrático, de base constitucional, naquilo que a ideia alargada de Constituição efetivamente pode transformar e auxiliar em termos de emancipação social. Paralelamente, também será preciso despertar para a construção de uma cidadania verdadeiramente democrática e direcionada à construção do pluralismo jurídico voltado para o espaço público de debate por todos, inclusive, pelo Judiciário (e seus membros).

A cidadania ativa e plena deve contribuir diretamente para esse processo, não somente pela pressão social, como também pelo exercício cotidiano de exigir direta participação nos rumos da vida política da sociedade [10] no espectro nacional ou transnacional [11] facilitada pela pauta dos direitos humanos. Trata-se de conquistar novos espaços sociais de luta (VIEIRA, 2004) e de participação política (e jurídica) ativa, com a finalidade de restabelecer o nível e o âmbito de democracia desejada dentro dos limites constitucionais.

As ideias de Chevallier (2009) convergem nesse sentido, uma vez que o espaço de defesa/construção de um bloco de constitucionalidade vem ao encontro dessa nova cidadania desterritorializada, a qual também se fundamenta no eixo comum (dignidade da pessoa humana), que une o caráter ontológico dos direitos humanos com o dos direitos fundamentais. Tudo isso com real influência sobre as escolhas coletivas, em direção dos novos direitos e aos novos beneficiários, em uma espécie de cidadania plural compatível com vários princípios de identificação.

A questão, portanto, transcende a uma justificativa retórica de busca por “*cláusulas de derecho sin nominados o no enumerados*” [12], margem de apreciação nacional, primazia da norma mais favorável ou qualquer outra tentativa hierárquico-normativa *lato sensu* de defesa dos direitos humanos, mas se quer trilhar em caminhos mais sofisticados e produtivos de construção do Direito e afirmação constitucional.

No entanto, lutando por uma Vitória Pírrica, o “grande” desafio do jurista contemporâneo, por mais incrível que possa parecer, ainda está em compreender as potencialidades produtivas da Constituição, para o fim de saber que não precisa estar escrito no texto para ser constitucional. Por isso, tem razão Streck (2014), no sentido de que até mesmo aqueles que se dizem pós-positivistas (ou neoconstitucionalistas), em alguma medida, sequer conseguiram

superar o legalismo do positivismo sintático, senão também, o positivismo normativista ou semântico, uma vez que ao invocarem o manejo de princípios, sempre o fazem, no mais das vezes, com o recurso da discricionariedade.

Por isso, o caráter principiológico (jurídico-normativo) da Constituição, precisa de ares interpretativos, comprometido com a produção compartilhada no nível ontológico-hermenêutico. Talvez esta seja a grande justificativa para a ausência de um levante social e jurídico contra o legislador constitucional ou contra o Supremo Tribunal Federal, em razão do tratamento (formalista) dispensado aos tratados e às convenções de direitos humanos no Brasil, pois em uma comunidade em que não há partilha fica muito fácil dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa.

Por sua vez, o bloco de constitucionalidade “*es compatible con la idea de constitución escrita y con la supremacía de la misma por cuanto es por mandato de la propia constitución que normas que no hacen parte de su articulado comparten empero su misma fuerza normativa* [13]” (YEPES, 2008). A Constituição, naquilo que se compreende por expressão de sua autonomia, empresta força normativa a tudo aquilo que seja expressão principiológica de seu regime, fundamentos e objetivos traçados. Temos, assim, uma obrigação hermenêutica de desenvolver essas possibilidades, afinal, esse é o papel do jurista-crítico!

O debate sobre os direitos humanos (e fundamentais), portanto, não se exaure (ou pelo menos não deveria) no texto constitucional, aliás, isso é um exposto direito fundamental (art. 5º, § 2º, CF/88) reconhecidamente deficitário em nosso sistema. Se de um lado é dever dos intérpretes o recurso a outras fontes e sistemas que constituam a consolidação de autonomia do texto constitucional, de outro, é também direito humano e fundamental de uma sociedade a expressão de uma prestação jurisdicional constitucional adequada.

O papel do bloco de constitucionalidade em países de modernidade tardia e baixa constitucionalidade (STRECK, 2011), como é o caso do Brasil, afigura-se como um argumento hermenêutico consistente e qualitativo de materialização constitucional, especialmente quando a história social recente revela a alternância de regimes imperialistas e autoritários caracterizados essencialmente por subjugar a sociedade e solapar direitos dos cidadãos.

Um país dotado de jurisdição constitucional não pode se furtar de constituir e materializar a teoria constitucional e traduzir os compromissos do Estado Democrático de Direito de uma forma dinâmica e evolutiva [14], de acordo com as novas realidades sociais e políticas *como fomos* julgamentos do STF nos casos do reconhecimento das uniões homoafetivas [15], das pesquisas com células-tronco, da prisão civil do depositário infiel e *como não foram* os casos da lei de anistia, da guerrilha do Araguaia ou da decisão sobre o tratamento dispensado aos tratados de direitos humanos (supralegalidade).

Nesse cenário, a concepção de bloco de constitucionalidade poderá se constituir em um *plus* ao movimento de aproximação entre fontes e sistemas jurídicos de natureza internacional, pois, na medida em que os direitos humanos são erigidos à categoria interpretativo-constitucional, abre-se um caminho concreto e recíproco para a internacionalização do direito constitucional e a constitucionalização do direito internacional e, com efeito, um caminho próspero ao diálogo espontâneo e entrecruzado (BURGORGUE-LARSEN, 2009; DELMAS-MARTY, 2006), para fins de aplicação do direito internacional dos direitos humanos. No entanto, esse não é um problema que se resume ao aspecto normativo, mas fundamentalmente jurídico-filosófico e político, os quais vão determinar uma adequada compreensão acerca da materialidade das regras e princípios constitucionais e os objetivos da sociedade global na contemporaneidade.

Trata-se, enfim, de se constituir caminhos que permitam uma maior reflexão doutrinária e jurisprudencial, enquanto compromisso com a afirmação dos direitos humanos, pois o diálogo (hermenêutico) é um fenômeno dinâmico e recíproco, menos dependente ou sujeito aos argumentos inconcussos (estáticos) e irrefletidos de verticalidade normativa dos monólogos internos, em que, normalmente, escondem-se a arbitrariedade e o formalismo. Aos intérpretes, especialmente no âmbito doutrinário, incumbirá o dever de exercitar e estimular o dever de fundamentação para além da normativismo-hierárquico, com a finalidade, inclusive, de colocar em xeque a validade constitucional de decisões judiciais, leis ou atos normativos perante as obrigações internacionais de direitos humanos.

Considerações Finais

É importante voltar a referir que o constitucionalismo do segundo pós-guerra, além de uma blindagem ao retrocesso, também veio exigir novas formas de observar o fenômeno jurídico, uma vez que o Direito foi erigido à condição de possibilidade da própria democracia em razão do seu caráter normativo-constitucional (STRECK, 2009; 2012) [16].

Então, uma das questões mais elementares é reconhecer que o direito liberal-individualista forjado derradeiramente no século XIX e, fundamentalmente, a dependência da discricionariedade judicial aguçada pela incompreensão da teoria de Kelsen no século passado (a divisão entre ciência e política jurídica) não têm mais espaço na democracia e no constitucionalismo contemporâneo.

Como diz Streck (2014), superamos (ou deveríamos ter superado) o positivismo legalista (sintático) e o normativista (semântico) para dar lugar a

novas formas (democráticas) de concepção do Direito. Essa ruptura paradigmática nos exige um compromisso estrutural que permite uma interlocução construtiva de intercâmbio e aprendizado (NEVES, 2009) de produção do Direito. Deixemos de lado as reproduções (impróprias) dos velhos paradigmas, para podermos prosseguir responsavelmente nessa caminhada hermenêutica.

A constitucionalização do direito internacional e a internacionalização do direito constitucional são duas faces da mesma moeda, mas que têm suas potencialidades reduzidas, sobretudo, por uma visão sistêmica de cariz kelseniano, a qual colocou a Constituição em um ápice (tão longínquo) que os juristas não conseguem vê-la e compreendê-la, é “algo” praticamente intangível, se é que entendem a crítica. No particular do direito internacional, talvez o monismo kelseniano seja a grande maldição aos constitucionalistas e internacionalistas contemporâneos, pois aparentemente não conseguem desvendar/superar esse criptograma. Alerta-se, sem absolvição, que os dualistas também não alcançam a superação, pois ficam na dependência do direito nacional, ao menos no Brasil.

Por isso é que se afirma que existe espaço para o desenvolvimento de outras narrativas sob uma nova perspectiva de diálogo (hermenêutico) entre fontes (Constituição e tratados e convenções de direitos humanos) em detrimento do encobridor debate de cunho hierárquico-normativista. Em uma linha hermenêutica, a “ordem” dos sistemas desaparece na linguagem, pois não passa de uma abstração-ficcionalizante construída sob uma idolatria à neutralização científica ocultadora das ideologias de ocasião. É preciso revolver o chão linguístico que sustenta essa tradição inautêntica (GADAMER, 2012), para buscar revelar a essência das novas faces da normatividade jurídica. O bloco

de constitucionalidade é uma expressão dessa madura construção partilhada do Direito, consagrado como verdade democraticamente produzida.

Referências bibliográficas

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois*. Le dialogue dès juges. Mélanges em l'honneur Du président Bruno Genevois, Paris, Dalloz, 2009, p. 95-130. Disponível em: <http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIES/Contributions_en_ligne/L._BURGORGUELARSEN/M%C3%A9langes/LBL_M%C3%A9langes_Genevois-1.pdf>. Acesso em: maio 2014.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Traduzido por Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998. p. 85.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forcés imaginantes du droit (II): Le pluralismo ordonné*. Paris: Seuil, 2006.

FAVOREU, Louis; LLORENTE, Francisco Rubio. *El bloque de la constitucionalidad*. 1.ed. Madrid: Civitas, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 12.ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

INFANTE, Jesús Enrique Caldera. El bloque de constitucionalidade como herramienta de protección de los derechos fundamentales. In: CANOSA, Eduardo Andrés Velandia. *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo III, v.I. Bogotá: VC Editores LTDA., 2012.

LIMA, Francisco Gerson Marques de. Bloco de constitucionalidade: os sistemas francês e espanhol. *Revista opinião jurídica*, n. 3, ano II. Fortaleza, 2004.

LLORENTE, Francisco Rubio. *La forma del poder*. Estudios sobre la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de La Constituicion*, 2.ed. Barcelona: Ariel, 1970.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Globalização e as Ciências Sociais*. São Paulo: Cortez, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3.ed. rev. ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10.ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Diretas Já no Judiciário é ponto para a democracia*. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2012-dez-20/senso-incomum-diretas-poder-judiciario-ponto-democracia>>. Acesso em: maio 2014.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2004.

YEPES, Rodrigo Uprimny. *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Colombia: Consejo Superior de la Judicatura, 2008.

Notas de fim

[1] O caminho a ser trilhado pelo trabalho tem como pano de fundo a hermenêutica, especialmente, da maneira como ela passou a ser compreendida a partir do legado da filosofia hermenêutica de Martin Heidegger em “Ser e Tempo” e, sobretudo, da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer em “Verdade e Método”, de maneira que não é preciso citá-los objetivamente, em razão da devida compreensão de que hermenêutica é modo-de-ser-no-mundo e não método (instrumental). Cf. STEIN, Ernildo. Aproximações sobre hermenêutica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996; Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: UNIJUÍ, 2001; Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução. 2. ed. Ijuí: UNIJUÍ, 2008; História e Ideologia. Porto Alegre: Movimento, 1972; Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico. Ijuí: UNIJUÍ, 2002; entre outras obras.

[2] Cf. RE's 466343/SP e 349703/RS e o HC 87585/TO, julgados em 03/12/2008.

[3] Entretanto, foi a partir de uma célebre decisão do Conseil Constitutionnell em julho de 1971, que, ao confrontar a lei que limitava a liberdade de associação com os “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República”, acabou por dotar de força jurídica, ampliando o espectro constitucional, o Preâmbulo da Constituição de 1946, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República, embora isso não tenha sido pretendido pelos constituintes de 1958.

[4] [...] discricionária – talvez arbitrária – pelo juiz constitucional (tradução do autor).

[5] Cf. sobre a história da concepção de bloco de constitucionalidade no constitucionalismo francês e espanhol: FAVOREU, Louis; LLORENTE, Francisco Rubio. El bloque de la constitucionalidad. 1. ed. Madrid: Civitas, 1991, p. 20; e na Colômbia: YEPES, Rodrigo Uprimny. El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. v. I. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Compiladores: Daniel O'Donnell, Inés Margarita Uprimny y Alejandro Valencia Villa (2001). Disponível em: <http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=72>. Acesso em: maio 2014.

[6] [...] o bloco de constitucionalidade, com independência da forma que revistam as distintas normas que nele se integram, é o núcleo essencial da Constituição do estado espanhol [...] a incorporação ao texto constitucional de preceitos substantivos (incorporação inescusável em nosso tempo) tem de ser compatível com o pluralismo político (tradução do autor).

[7] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três

quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004).

[8] Id. Ibid., p. 107.

[9] [...] não somente é em si incompleta, senão que aqui a deficiência é maior, já que cada Constituição não mais é que um compromisso entre as forças sociais e grupos pluralistas que participam em sua conformação (tradução do autor).

[10] Para Dalmo de Abreu Dallari (1998), a “[...] cidadania expressa um conjunto de direitos que dá a pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo do seu povo”. (p. 85).

[11] À luz da caracterização do sistema mundial em transição que propus, o cosmopolitismo e o patrimônio comum da humanidade constituem globalização contra-hegemônica, na medida em que lutam pela transformação das trocas desiguais em trocas de autoridade partilhada. No campo das práticas interestatais, a transformação tem de ocorrer simultaneamente ao nível dos Estados e interestatal. Ao nível dos Estados, trata-se de transformar a democracia de baixa intensidade, que hoje domina pela democracia de alta intensidade. Ao nível do sistema interestatal, trata-se de promover a construção de mecanismos de controle democrático através de conceitos como o de cidadania pós-nacional e esfera pública transnacional. SANTOS, Boaventura de Souza. Globalização e as Ciências Sociais. São Paulo: Cortez, 2002. p. 74.

[12] Expressão recorrente nas Constituições Latino-americanas recentes.

[13] [...] é compatível com a ideia de Constituição escrita e com a supremacia da mesma porque é por mandato da própria Constituição que normas que não fazem parte de seus artigos partilhem, contudo, sua mesma força normativa (tradução do autor).

[14] É o caso, por exemplo, da Constituição da V República Francesa, a qual não tem em seu texto nenhum direito social nem direito de liberdades, mas, em razão do bloco de constitucionalidade, o Conselho Constitucional tem reconhecido que tais direitos tem hierarquia constitucional. Cf. FAVOREU, Louis; LLORENTE, Francisco Rubio. El bloque de la constitucionalidad. 1.ed. Madrid: Civitas, 1991.

[15] Embora com as devidas ressalvas ao voluntarismo-ativismo da decisão.

[16] A Segunda Guerra nos ensinou muito. O novo constitucionalismo trouxe uma espécie de blindagem contra o “velho”. A democracia passou a depender do Direito. Cláusulas pétreas e a institucionalização da moral no Direito (cooriginariedade): eis os grandes trunfos do Direito para o enfrentamento de (novas) barbáries. Daí as teses de Ferrajoli (Constituição normativa), Konrad Hesse (força normativa da Constituição) e Canotilho (Constituição Dirigente). Isso para dizer o menos. Enfim, a Constituição se transformou em norma. Ela vale! STRECK, Lenio Luiz. Diretas Já no Judiciário é ponto para a democracia. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-20/senso-incomum-diretas-poder-judiciario-ponto-democracia>>. Acesso em: maio 2014.

El poder constituyente de la constitución: entre el derecho, la ética y la política[]*

O poder constituinte da constituição: entre o direito, a ética e a política

The constituent power of the constitution: between the law, ethics and politics

Julián Sauquillo

SUMÁRIO: *Palabras Iniciales; 1 – La Visión Estática de la Constitución; 2 – La Corriente Postfrankfurtiana; 3 – La Teoría Clásica y el Poder Constituyente; 4 – La Constitución y el Poder Constitucional; Palabras Finales; Referencias.*

Palabras Iniciales

Me parece interesante volver a la teoría de la democracia para recapacitar sobre la construcción de un *demos*, una identidad política, que acompaña a la vigencia democrática de la Constitución. Porque existe una unidad política, basada no sólo en su definición normativa sino también en una historia cultural y política común, cabe la imputación normativa de las decisiones de los representantes democráticamente elegidos a sus representados. Esta construcción de un *demos* –descrito en el art. 1, 2 de la Constitución española, para alguna opinión autorizada nuestra norma constitucional más importante, aunque todas tengan igual rango constitucional- es la actividad práctica fundamental del poder constituyente, como acto realizado en el tiempo, en un periodo necesariamente corto. Se trata de la actuación de una voluntad que actúa a través de normas habilitantes del anterior sistema jurídico. Existe toda una tradición de autores clásicos y contemporáneos como Rousseau, Sieyès,

Vattel, Schmitt, Santi Romano y Mortati, o muy actuales como Habermas, Offe o Elster que reflexionaron en el pasado o han reavivado el pensamiento sobre el sujeto creador de la Constitución, en torno a la distinción entre la legitimidad de un contrato social, considerado como un criterio regulativo, y un hecho histórico unas veces surgido de cámaras ordinarias, que se atribuyen poderes extraordinarios para dotarse de una nueva Constitución, y otras de una Asamblea constituyente con poderes extraordinarios. En el ejercicio del poder constituyente originario y del poder constituyente constituido poder de revisión o poder de reforma aparecen los sujetos creadores de la Constitución en un escenario histórico que algunos autores aprecian como un consenso ideal o cuasi ideal – rawlsiano –, mejor no mediado por las retóricas identitarias, mientras que otros perciben en términos muy realistas como una “negociación”, un “acto de dominación y poder” necesarios, en el mejor de los casos regido por el criterio de las mayorías, que define un *demos*, conectado a las historias políticas y sociales compartidas. Tanto el escenario de la creación constitucional como el de la revisión constitucional se rigen por la representación de los miembros de la Asamblea que someten el texto aprobado al referéndum mayoritario del pueblo. Quien se ha pronunciado recientemente sobre la importancia fundamental de la “constituyenza” – sorteando premeditadamente hablar de “poder constituyente” que estaría caracterizado más bien por la nominación que por la adjetivación – supone que es el derecho de pertenencia a una comunidad elegida lo característico de la identidad política que articula la constitución de la comunidad. Como acto de poder, el constituyente realiza una delimitación del *demos* al que se le imputarán, en adelante, las decisiones adoptadas por sus representantes. Desde la definición de la unidad política de la Asamblea realizada por Hobbes y Rousseau, la mayoría, una vez constituido el Estado, determina la obligatoriedad de las normas del cuerpo político como unánime. La

Constitución puede ser revisada – Rousseau así opina ya entonces – pero se deberá hacer con las formalidades debidas a su excepcional creación. E, igualmente, caben redefiniciones del *demos* – así lo afirma Vattel – pero se harán con la unanimidad requerida previamente para su Constitución. Es Vattel quien modernamente establece que los poderes constituidos no pueden transformar las normas constitucionales que les capacitan sin seguir los procedimientos establecidos por la propia Constitución. Creo que no puede ser de otra forma. Salvo que se produzca una situación revolucionaria que haga, de nuevo, actual y presente la actividad del poder constituyente originario. De no ser así, la activación del poder constituido de reforma como poder representativo con referéndum, es un mecanismo de protección de la vigencia de la propia Constitución cara al transcurso de una realidad histórica y social cambiante. Sin embargo, la referencia a los grados de rigidez constitucional o a la existencia de Constituciones hiperrígidas o graníticas nos pone ante dos líneas de reflexión. De una parte, sin Constitución normativa no hay organización del Estado y tampoco protección de los derechos fundamentales; no cabe imperio de la ley y seguridad jurídica sin la Constitución normativa y estos bienes sociales son imprescindibles. Pero una tendencia a la dificultosísima reforma por mayorías excesivamente cualificadas – de la Constitución supone una restricción de la soberanía del pueblo. Las generaciones futuras a las que Jefferson se refiere, que podrían decidir cada diecinueve años su Constitución, o el *dictum* jacobino, articulado, de que ninguna generación puede imponer una Constitución a las generaciones futuras son sus extremas formulaciones históricas más reseñables de la dinámica de la Constitución en el tiempo. He tomado partido en esta investigación por toda una corriente postfrankfurtiana –de Habermas a Offe y Elster– que ponen de manifiesto la ambivalencia –valores positivos y negativos–

de la despotenciación del poder constituyente –de revisión y originario– por excesiva estática de la Constitución.

I La Visión Estática de la Constitución

La estática de la Constitución viene pareja con el imperio de la ley y la seguridad jurídica dentro de un proceso de hiperracionalización del mundo moderno que crea confianza y predictibilidad en los comportamientos. Dentro de este proceso racionalizador, la divinización de la razón incluye a todas sus obras metódicas. La Constitución es una de ellas. Rousseau se refiere, en *Del Contrato Social*, a Ulises como a un esclavo que prefiere la razón a la libertad y este mito ha sido – como saben – revitalizado, unas veces para mantenerlo atado y otras para desatarlo. Es propio del diagnóstico weberiano de la ambigüedad de la racionalidad moderna, instaurada en el derecho bajo las ideas del positivismo, en sus formulaciones más formales, señalar la ambivalencia, las ganancias y pérdidas sociales, que se producen en la tensión entre razón y libertad. Desde este modelo teórico no es sostenible, en términos absolutos, la salvaguardia de la rigidez constitucional sin prever los procedimientos viables de adaptación de la Constitución al cambio social, con la participación de una unidad política que no encierra el holismo del Pueblo porque puede ser heteróclita y plural. Comparto que el derecho es el instrumento para proteger al pueblo del pueblo – como afirma la Constituyente francesa de 1848 – pero soy consciente de las extremas reservas de los constituyentes franceses de la Constitución de 1791 o de Madison a que la manifestación del pueblo no sea otra cosa que algarada popular. Enfriar las pasiones es el objetivo de la división de poderes y de los procedimientos legislativos. Pero pretendo en esta clausura del Congreso salvar la existencia política necesaria de un poder constituyente que no pone en

cuestión el valor de los representantes y de las instituciones formales y sus procedimientos pero tampoco renuncia a tener una presencia como opinión espontánea, reflejada en la política normal. No comparto que exista sólo soberanía de las normas y de la Constitución desde el día después de su aprobación en referéndum. La “objetivación” del poder constituyente en la Constitución puede ser custodiada por su supremo interprete. Pero la Constitución no puede ser adaptada a las nuevas realidades sociales y a las nuevas necesidades sólo mediante interpretación constitucional. El poder constituyente debe actuar a través de representantes en revisiones factibles. Recupero, en esta clausura del Congreso, un poder constituyente real que abre dinámicas de deliberación espontánea en continua ósmosis con sus representantes. El poder constituyente no sólo puede participar en plebiscitos, o el día de las elecciones. De su vitalidad, también depende, y no sólo de sus representantes, la dinámica constitucional.

El concepto de poder constituyente ya sea originario o ya sea constituido – está situado, por tanto, necesariamente entre el derecho y la política. No cabe teoría constitucional sin teoría del Estado. A pesar de que el formalismo jurídico haya supuesto la problemática del poder constituyente como propia de la ciencia política o de la filosofía y no del derecho, su estudio es central en el diseño de nuestras instituciones políticas. Dos de los autores clásicos en su estudio, Santi Romano y Constantino Mortati, coinciden en que un análisis formal del poder constituyente no cabe. De una parte, Santi Romano vincula la legitimidad del poder constituyente con la consecución de unos fines públicos, cuya clave está en la teoría del Estado y del gobierno legítimo: la creación de un ordenamiento nuevo más vital. Determinar qué sea la Constitución más adecuada no corre a cargo de criterios abstractos o de la lógica jurídica. El contenido de la Constitución puede ser muy versátil de una a otra

Constitución y va a depender de criterios de legitimidad que escapan al análisis formal del derecho. De otra parte, Constantino Mortati considera al poder constituyente como una voluntad políticamente emergente, más o menos unitaria, que determina una forma de vida en común y una diferenciación de valores y de funciones entre sus miembros. Tal voluntad política instaaura relaciones de obediencia y de autoridad. El poder constituyente es el “lado activo” de un “proceso de diferenciación” del que deriva una idea política unificadora de los comportamientos, así como el “aparato autoritario destinado a presidirla”. Mortati no concibe un hiato entre el hecho y la norma en la fase de formación del Estado. Santi Romano suscribiría, hipotéticamente, el diagnóstico de Mortati de que un análisis formal del derecho no da cuenta de las fuerzas materiales y los principios políticos directivos del ordenamiento, precedentes y trascendentes al orden. Tanto Santi Romano como Carré de Malberg, como Mortati, coinciden en que si no hay potestad jurídica anterior al Estado, la formación inicial del Estado es un puro hecho. El poder constituyente originario se manifiesta en hechos sociales, protestas, demandas sociales que se manifiestan a veces en un cambio profundo de la forma constitucional del Estado y los derechos de los individuos. No en vano, se la ha asociado al derecho de insurrección de un pueblo ante la injusticia. O se lo ha descrito como un “monstrum” con “la sua natura política di grande decisione”, capaz de plantear un corte neto con el “precedente ordinamento”. Un monstruo de intervenciones intermitentes, decisivas, breves. Un poder ordenador, soberano, unitario e indivisible que late a la espera de una nueva ocasión. Cabe dar dos sentidos a este monstruo externo a las normas. Bien es una *subjetividad ya formada* que dicta las normas generales reflejo de una tendencia hacia un cierto orden normativamente significativo (aporta las bases de todo ordenamiento en formación, comprendida la constitución en sentido normal con sus poderes

constituidos). Puede, en este caso, reunir cierto grado de conocimiento y disciplina para formar un ordenamiento jurídico. O bien es una *subjetividad originaria* absolutamente liberada en su manifestación, anterior y externa a todo ordenamiento jurídico positivo. Como sujeto originario, puede ser auténticamente constituyente. Sieyès concedió dos sentidos al doble concepto de Nación y pueblo. En primer lugar, un sentido voluntarista en el que la Nación es el torrente revolucionario, *legibus solutus*, del poder constituyente. En segundo lugar, un sentido normativista por el cual el pueblo, una vez constituido, pierde su soberanía como órgano constituido y pasa a poseer capacidad participativa en los límites de la Constitución. La Constitución impide que exista cualquier poder sin límites. La soberanía se desactiva, en este segundo sentido, para permanecer en estado de latencia en el Estado constitucional. Maurizio Fioravanti señala que ni las explicaciones jurídicas del derecho público son satisfactorias al juridificarlo totalmente (el Estado liberal de derecho del siglo XIX así lo pretendió al conceder al derecho público una absoluta autonomía), ni cabe su conversión en un sujeto político absolutamente politizado. La solución de estudio más correcta, para el historiador del derecho italiano, es de compromiso e intermedia entre el derecho y la política. Tan insatisfactoria es una visión del ordenamiento jurídico como hecho de poderes constituidos sin vínculos con dirección preconstituida alguna como la exaltación de un sujeto preconstituido, oponible polémicamente en todo momento a la Constitución como norma jurídica.

El valor de conceptos límites como “poder constituyente” o “estado de excepción” es que muestran cómo, ante determinadas urgencias sociales y en momentos históricos especiales, el ordenamiento jurídico es un sistema abierto extraordinariamente afectado por hechos externos. Momentos como el 23 de junio de 1789 dan un vuelco excepcional al ordenamiento jurídico francés. Más

allá del reconocimiento de que el concepto de poder constituyente originario sirva para legitimar la labor creativa de normas de unos poderes determinados y no de otros por razones morales – sí al gobierno democrático y no a los gobiernos totalitarios y autoritarios- y sea propio del razonamiento práctico, está su capacidad funcional para exponer lo que Jellinek llamó la “fuerza normativa de los hechos”, concepto que parece incurrir expresa e intencionadamente en la falacia naturalista. Poco le importa. Constantino Mortati también sigue a Jellinek al afirmar que el poder constituyente manifiesta una continuidad indisoluble entre hechos y normas –“fatto normativo”. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, por ejemplo, antes de ser un texto es un acto: se trata de un acto de fundación del poder constituyente que no se reúne con las formas y requisitos precisos. Luego de ser un puro acto, pasará a ser un texto declarativo de principios que se sitúa a la cabeza del poder constituyente.

El sistema jurídico no es un sistema cerrado y las teorías de los juristas se elaboran poco después de los hechos sociales. En determinadas circunstancias históricas, el sistema jurídico padece un “input” que le modificará decisivamente en un “output” sistémico nuevo. Me parece que las teorías concebidas de forma sistemática dejan fuera la visión que presentan las situaciones jurídicas excepcionales y, ante las cuales, las teorías no poseen una explicación plausible por tratarse de situaciones históricas donde no sólo la moral puede realizar una evaluación crítica de su procedencia sino que la política interviene decisivamente en su configuración final. Gustavo Zagrebelsky nos ha advertido, en *Historia y Constitución* (1996), frente a cualquier concepción del sistema jurídico como un sistema legal cerrado. La ciencia jurídica siempre está situada ante la responsabilidad de dar respuestas históricamente adecuadas a los problemas que le van surgiendo. La advertencia del magistrado italiano encierra una crítica a las concepciones positivistas del derecho que consideran al derecho en general y al

derecho constitucional en particular como un dato: el derecho es lo que es y es una pretensión no jurídica indagar lo que sea el derecho, cuáles sean sus fundamentos. Dentro de esta visión del positivismo jurídico, se acusa una reducción de la ciencia jurídica a ser mero reflejo de una realidad que sólo requiere ser conocida. Esta ciencia jurídica positivista elude preguntarse por “lo que está antes del derecho”, priva a la ciencia jurídica de la comprensión de sus fundamentos porque produce una “despolitización” del derecho y nos priva del conocimiento de cuál es el sentido de la acción creadora del derecho. La principal metodología a derrotar en esta visión positivista que evita la pregunta por los fundamentos es la metodología histórica. La visión de la Constitución se reduce a un texto y se repudia cualquier contextualización histórica que nos conduzca a conocer sus fundamentos. La consideración de la Constitución en su proceso histórico de creación conduce al concepto de poder constituyente. La Constitución como un instrumento regulativo útil para su tiempo de creación y en cambio gradual choca también con las pretensiones eminentemente políticas del legislador originario. Los constituyentes del Juramento del Juego de la Pelota aspiraron, según Zagrebelsky, a instituir un orden constitucional fijo e invariable, a una coagulación de la espontaneidad de la historia, a través de un poder constituido. La planificación de la Constitución escrita pretendía sobreponerse a la improvisación de la historia. Fijar la materia constitucional y librarla a la corrupción del tiempo es, advierte Zagrebelsky, una pretensión imposible tanto de los restauracionistas como de los revolucionarios. La pretensión revolucionaria es titánica: pasar de la inhumana necesidad histórica a la humana obligatoriedad de un orden jurídico constitucional, fijo, estable y universal. La construcción jurídica realizada por el poder constituyente es paralizada como la superación de una crisis que ha de verse sucedida por los largos periodos de estabilidad constitucional. La Constitución se enfrenta a la

revolución instituyendo un poder constituido. Así se erigen dos filosofías de la historia desde el siglo XVIII: una a favor de las cesuras históricas (revolucionarios) y otra en contra de estas discontinuidades y su reflejo constitucional (conservadores). Comparto con el magistrado italiano que la animadversión al concepto de poder constituyente como propio de una crisis de la estabilidad constitucional sólo puede comprenderse dentro del desarrollo histórico de una mentalidad refractaria a los cambios. Por ello, Zagrebelsky observa esta visión cerrada del derecho constitucional como parte de una ideología jurídica positivista originada en la ciencia constitucional liberal del siglo XIX, cuando se produce una tensión desigual entre el impulso del pueblo por ser soberano y la monarquía que hace uso de la representación política para sustraer la decisión al poder social. El poder constituyente pasó de ser fuerza unívoca e incondicionada a ser campo de gravitación del pluralismo político y social. Para compaginar la estabilidad y el cambio constitucional dejó de ser el *“fiat creativo soberano que fue en un tiempo”* [1]. Zagrebelsky sitúa la fuerza creadora del derecho constitucional de la revolución burguesa entre el poder constituyente del pueblo soberano y la restauración liberal que instituye a la representación política como poder constituido. Indudablemente, estas son las dos caras del rostro de Jano de nuestras instituciones democrático-representativas, en su origen: la soberanía del pueblo como principio originario y fundador del ordenamiento jurídico (poder constituyente) y la instauración de la representación y la soberanía de la Constitución (poder constituido). Ahora, se inicia el estudio de ese poder constituyente que ha sido caracterizado como “las fuerzas anteriores a la Constitución”, la “fuente primera” de los poderes constituidos o como una “voluntad expresa, manifestada regular y de forma distinta en determinado día”.

Un trabajo ya clásico y admirable del profesor Genaro Carrió –por su penetración conceptual y por su humor– se dirigió directamente a situar fuera del lenguaje normativo al concepto de poder constituyente originario. Tal concepto, como fuerza creadora de un sistema jurídico nuevo, quedaba, para él, fuera de los límites externos del lenguaje normativo. El poder constituyente originario es un concepto fáctico y supone, para el profesor Carrió, una trasgresión documentada y pública de los límites del lenguaje normativo. Es un auténtico sinsentido normativo. Desde luego, no le falta razón al abogado, filósofo y más señalado magistrado argentino en tomar estas precauciones pues los intentos de trasvasar hechos a valores en los estudios más clásicos sobre el “poder constituyente” han sido palmarios. Para Constantino Mortati, el Estado tiene su origen en la autoridad como elemento unificador de la complejidad de voluntades sociales. El Estado es anterior al Derecho. No excluye la juridicidad en la formación del aparato autoritario pero su formación no es distinta – opina, Mortati – al hecho de la autoridad, de tal forma que se puede hablar de hecho normativo. No hay hiato alguno entre el hecho del ejercicio efectivo de la supremacía política y su juridificación. Cuando Mortati estudia el problema de las fuentes del poder constituyente, no duda en afirmar el paso del hecho (asociación indiferenciada) al derecho (ordenamiento jurídico). El constitucionalista italiano asoció la iniciativa constituyente a una doble conciencia: negativa, de sujeción absoluta a la sociedad, mediante el acatamiento de la autoridad y de la sanción; y positiva, de adhesión a los fines sociales, a través del cumplimiento de los fines colectivos convenidos. De esta doble conciencia surge el ordenamiento jurídico. El poder constituyente del ordenamiento, para Constantino Mortati, engloba un eje libertad convención autoridad reconocida, del que surge un principio unitario y estable de agregación. La autoridad y la convención son elementos constitutivos del ordenamiento. Hechos sociales y valores aparecen en el argumento de

Mortati dentro de una compleja – a veces excesivamente oscura- e indiferenciada metafísica.

El agudo ingenio de Carrió se manifestaba en sus gráficos ejemplos acerca de la diferencia existente entre “justificación” y “excusa” para un cleptómano enfermo que pretende estar avalado para robar mediante un certificado médico de su enfermedad. Otros ejemplos revelan menor humor y, desgraciadamente, más preocupación por la historia política Argentina como historia condicionada por el poder totalitario de los militares. Aunque no se determina el signo político de los militares del ejemplo –podían ser golpistas ultraderechistas o militares de la revolución de los claveles –, el compromiso de Carrió contra los gobiernos *de facto* es patente y, planteado así el problema, no se lo discuto. Carrió se emplea a fondo en mostrar la doble faz de “doctor Jekyll” y “mister Hyde” del poder constituyente originario. Le parecía una insensatez querer hablar normativamente del poder constituyente originario rebasando los límites externos del lenguaje normativo. En realidad, esta paradoja del poder constituyente ya había sido puesta de manifiesto por Nicolás Pérez Serrano formidablemente: “Resulta a primera vista paradójico que el acto creador de todo Ordenamiento jurídico sea un acto no-jurídico en sí, resulta no menos paradójico que el acto fundador de un Estado nuevo se haya de basar en la realidad del propio Estado preexistente; resulta, por último, extremadamente paradójico que el acto de organización fundamental de la comunidad política corra a cargo de un organizador que no tiene organización propia. En efecto, la Constitución, que es Ley Fundamental, *norma normarum* según muchos, nace por vía no jurídica. Nicolás Pérez Serrano concebía al Estado como realidad previa al Derecho. Sin embargo, no suponía que el “poder constituyente originario” crease al Estado. Hay una continuidad en el Estado y solamente los cambios en su forma de gobierno se deben a este poder caracterizado por su

entera soberanía. Erróneamente, Genaro Carrió atribuía a los estudiosos del poder constituyente originario participar de una gigantomaquia de esta supuesta matriz creadora de todo, del mundo, como si de un Génesis se tratara. Después de todo, Carrió percibía, exageradamente, en el poder constituyente originario de los constitucionalistas una suerte de Dios spinozista, como ya Carl Schmitt se había ocupado de poner de manifiesto al traer a colación, en parte críticamente, la diferencia del sabio judío en la *Ética* entre Naturaleza (*Natura naturans*) y atributos de la Naturaleza (*Natura naturata*) [2]. Aunque Spinoza nunca identificó esta diferencia de naturaleza y atributos con el poder constituyente y los poderes constituidos. En el conjunto de los estudios spinozistas no es sino un anacronismo o una retroproyección creativa.

Como he podido demostrar, esta identificación del constitucionalismo con el panteísmo – la diferencia entre las dos “Natura” apenas ocupan un párrafo de la *Ética* de Spinoza [3] – no es, ni mucho menos, lo más sugestivo que se le puede atribuir al sabio marrano sobre el concepto de soberanía (y poder constituyente) del pueblo. Pero es una semejanza muy recurrente para sacar fuera del lenguaje normativo a un concepto por “naturalista” o por “religioso” (en último caso, se le puede reservar el digno lugar wittgensteniano del silencio altamente respetuoso). En todo caso, a Genaro Carrió no le falta razón alguna en suponer ambigüedad manifiesta en el concepto de poder constituyente. Unas veces, posee significado de facultad o potestad (posesión de atribuciones); y, otras, de fuerza efectiva actual (quien puede). Vale como restricción metodológica la premisa que establece no confundir hechos –quién puede consumir el hecho revolucionario – y atribuciones – quién tiene qué competencias-, pero cabe estudiar el estatuto político y jurídico de esas situaciones de continuidad pero también de cambio a un ordenamiento jurídico distinto. La teoría del poder constituyente originario y del poder constituyente

derivado se encuadra en el liberalismo revolucionario. Es un fundamento de la teoría constitucional ilustrada. Como Juan Donoso Cortés puso de manifiesto, en 1844, la teoría contrarrevolucionaria tuvo terror al poder constituyente y propugnó que las cortes con el rey eran la única fuente legítima de todo poder: Sólo aquella potestad que ejerce una acción benéfica y continua y que gobierna los pueblos con un imperio templado es poderosa para hacer blanda su obediencia, para cautivar sus voluntades y para ganar sus aficiones. Los pueblos miran como cosa sencilla y natural que las reformas políticas procedan de aquella suprema autoridad de donde todo procede como de un manantial fecundísimo, así las leyes protectoras de los ciudadanos como las que guardan los imperios, así los consejos de la paz como los consejos de la guerra. La potestad constituyente no reside sino en la potestad constituida, ni ésta es otra en nuestra España sino las Cortes con el rey. *Lex fit consensu populi et Constitutione regis*. Esta máxima de nuestros padres, sublime por su misma sencillez, ha llegado hasta nosotros vencedora de los tiempos y de las revoluciones”. Toda la confianza de nuestro gran constitucionalista –admirado, por otra parte, por alemanes tan distintos políticamente como Karl Löwith y Karl Schmitt, reside en un Hombre que, tan Hércules como Leviatán, pueda cortar el paso a la revolución identificada con el poder constituyente: “Así, señores, el poder constituyente es una excepción terrible a que está condenado el género humano, para quien, por una condición monstruosa, es siempre a un mismo tiempo la mayor de todas las desgracias y la mayor de todas las fortunas. El poder constituyente no puede localizarse por el legislador ni puede ser formulado por el filósofo, porque no cabe en los libros y rompe el cuadro de las Constituciones; si aparece alguna vez, aparece como el rayo que rasga el seno de la nube, inflama la atmósfera, hiere a la víctima y se extingue. Dejémosle pasar y no le formulemos.” (10/I/1837). Detenernos en su análisis como pieza legitimadora del poder revolucionario ilustrado nos devuelve,

muy al contrario, su imagen como poder insurreccional a cuyo conjuro se levantaron los poderes constituidos. Tras la revolución se dispone – como Marcel Gauchet pone de manifiesto – un nuevo orden de encuadramiento. Los debates de la Asamblea Nacional francesa establecen fuertes resistencias a la contrarrevolución aristocrática pero, aún más, a los comités populares, a la multitud efervescente y cambiante sin criterio alguno. Quizás haya que olvidarse de los orígenes para comprender algo de la actualidad. Pero los orígenes de la rigidez constitucional pretenden una voluntad política unitaria, inquebrantable y estable, aún a riesgo de truncar que sea razonablemente revisable.

Genaro Carrió asoció el problema del poder constituyente originario a los gobiernos militares *de facto*, influido por el contexto latinoamericano. Sin embargo, el “golpe de Estado” no es el único ejercicio del poder constituyente originario: puede expresar, también, una “autolegislación popular”. No le falta razón a Carrió al pensar que existe un origen autoritario en la jerga teórica de algunos estudiosos del poder constituyente – así Mortati, por ejemplo – cuando utilizan conceptos como “autoridad provisional” o “autoridad definitiva”. Opiniones constitucionales actuales asumen el terror donosista al poder constituyente y lo comparten. Pero, en la tradición constitucional española, la apelación al poder constituyente de la Nación ha sido tradicionalmente considerada por el pensamiento progresista y liberal como el remedio al despeñadero por la vía de la violencia revolucionaria. La técnica de las asambleas constituyentes sirvió para el cambio, mediante ruptura, de la ley constitucional vigente. Es una técnica de creación de la Constitución para la “liquidación de la dictadura” [4]. La técnica de las Constituyentes ha sido, en nuestra tradición, un instrumento liberal para crear derecho y evitar la violencia revolucionaria [5]. Nuestro proceso de transición democrático también siguió esta técnica. No es evidente que la teoría del poder constituyente sirva o haya sido utilizada sólo por

golpistas frente a ordenamientos vigentes y estables. Pero el constitucionalismo ha opuesto las Constituciones como textos normativos que se imponen por su universalidad y el progreso civilizatorio que representan frente a las particularistas pretensiones de refundación política. Mientras las constituciones se vinculan a la estabilidad, la democracia se asocia a nociones terribles como “soberanía” y “poder constituyente”. Pero los ejemplos de connotación emotiva, cuando oponen emociones tan desiguales como la estabilidad y el miedo pueden cerrar estudios, inexpugnablemente, que deben estar franqueados a la investigación. La historia del derecho constitucional también es construida por la voluntad política de los sujetos.

II La Corriente Postfrankfurtiana

Habermas atribuye a Offe y a Elster una pertenencia a una tradición marxista que hizo su autocrítica a través del programa de investigación weberiano. A Marx y a Weber deben la incitación a estudiar la dialéctica ambivalente de la Ilustración. Offe y Elster han realizado inapreciables estudios acerca de las luces y las sombras de los procesos constituyentes no sólo en las Asambleas constituyentes revolucionarias sino también en las de los países que han realizados sus transiciones jurídicas y políticas en Europa Central y del Este. Asomarse a estos procesos jurídico-políticos – o a los nuevos abiertos con la “primavera árabe” en Egipto, Marruecos o Túnez – nos devuelve una imagen constitucional más inquietante de lo habitual. Pero las visiones institucionales más perfectas se construyen no solo con los modelos más depurados sino también con el análisis de plasmaciones controvertidas. No cabe comprender la rigidez constitucional sin insistir más de lo hecho hasta ahora en el desnudo proceso de racionalización moderno que la envuelve.

Las apreciaciones de Max Weber sobre los procesos de modernización jurídica se refieren más al Estado de Derecho que a la Constitución (pese a su compromiso con la redacción de la Constitución de Weimar, en concreto con la redacción de su artículo 41). Pero algo después de cien años transcurridos de las dos revoluciones burguesas, el gran maestro de la sociología comprensiva no duda en encuadrar al constitucionalismo, la burocracia y las grandes codificaciones napoleónicas bajo el proceso de hiperracionalización del mundo moderno. La fuerza supralegal del iusnaturalismo racionalista revolucionario, que legitimó la modernidad, decayó, según el diagnóstico de Weber, bajo el predominio lógico del positivismo jurídico en los códigos civiles, penales y mercantiles. La libertad contractual política y la libertad de comercio privado (iusnaturalismo formal) se trasformaron en los diversos modos de adquisición y el valor trabajo incorporado a la propiedad (iusnaturalismo material). El avance incontenido del positivismo jurídico supuso una pérdida imparable de fe en el iusnaturalismo revolucionario. Weber incluyó entre las fuerzas conservadoras de esta transformación del derecho natural al derecho positivo a los prácticos del derecho (a los abogados, a los políticos y a la dogmática jurídica). Indudablemente, era consciente de la seguridad y estabilidad que supone la modernización codificadora pero no desconsideraba que en la obediencia al derecho positivo propugnada tras las revoluciones burguesas existía una sumisión (acrítica) a la autoridad del derecho positivo. Quizás concedió a estas revoluciones ser las últimas pues supuso que el dominio técnico, burocrático y de especialización en el trabajo moderno nos haría tan dependientes de los “conocedores” en los aparatos jurídicos y políticos, que no habría sino predominio de estos expertos y nunca creación drástica, revolucionaria, de nuevos aparatos políticos y consiguiente sustitución de los antiguos. Las revoluciones serían sustituidas por reformas con permanencia inquebrantable de

los especialistas en el aparato político y jurídico (como lo atestiguaba la permanencia del aparato político de Francia desde el primer imperio (1804-1814) y la dependencia de la revolución rusa de los profesionales (militares) zaristas). La misma seguridad de los tráficos económicos exigiría una estructura estable de instituciones. Claus Offe comparte el juicio weberiano acerca de la inexistencia de ruptura en las revoluciones francesa y rusa. Tras el diagnóstico weberiano no deja de haber nostalgia por una libertad subjetiva que se liberó de las tradiciones premodernas para quedar pronto encapsulada dentro de la organización jurídica y política moderna. Una nostalgia de la libertad antigua que, luego, vendría ratificada por Adorno y Horkheimer como sometimiento de la acción social a la racionalidad instrumental, como cálculo medios a fines. El predominio de la libertad económica, como favorecimiento del bien común, y la universalización de los principios de justicia, como exentos de dominación política alguna, son el mascarón de proa de la Ilustración tras las revoluciones burguesas. La travesía de Ulises – en *La Dialéctica de la Ilustración* (1944) – muestra gráficamente, para Adorno y Horkheimer, este sometimiento de la libertad por el cálculo instrumental, valioso a la organización económica y jurídico-política moderna. Weber, Adorno y Horkheimer son algunos de los develadores más sagaces de que tras la razón y la racionalización modernas se encuentran el poder y la dominación.

Este mito filosófico ha sido retomado para ilustrar las autoconstricciones que puede imponerse la Asamblea constituyente en la creación de la Constitución. Los temores que Ulises alberga sobre la debilidad de su personalidad le conducen a darse una constitución como premandato, a pesar de que puede caer en constricciones que en un momento futuro, con circunstancias imprevisibles, le alejen de elegir un rumbo justo. Un Yo racional y ponderado, en previsión de que vendrán tiempos de máximas turbulencias, se

autoimpone reglas fijas que eviten se deje llevar por las pasiones. Es el Ulises de Homero que se ata al mástil para oír el canto de sirenas sin dejarse llevar a la perdición por sus cánticos e impone a los esclavos que remen sin cesar a la vez que les evita escuchar su magia castrando sus sentidos auditivos. Pero también es la conveniencia defendida por Hayek de un “llamamiento del pueblo embriagado al pueblo sobrio” cuando se asumen principios constitucionales fijados por la asamblea constituyente que han de regir la legislación ordinaria en aras de que las pasiones se seren y enfríen cuando se adopten decisiones públicas. Hayek no ve el beneficio de estas constricciones sólo en situaciones en las que la inteligencia está perturbada por elementos irracionales. Las autoconstricciones constitucionales obran también en beneficio de un marco coherente que llene los vacíos de la inteligencia individual ante la prolijidad de la vida humana cara a tomar decisiones y ante la imprevisibilidad de las consecuencias de la acción si carece de una coordinación general. Los principios de justicia de la Constitución ofrecen guías de actuación acordadas por la colectividad y, por ello, más satisfactorias que las mayoritarias, menos congruentes con los intereses de todos y de resultados no queridos por incongruentes. Su justificación de la rigidez constitucional cae dentro de las exigencias de racionalización del mundo moderno que había subrayado Weber. El sistema constitucional, para Hayek, no entraña una limitación absoluta de la voluntad del pueblo sino una limitación de sus deseos más inmediatos en beneficio de la consecución de objetivos que le benefician a un más largo plazo.

Hayek justifica los principios del constitucionalismo que van a regir la acción del legislador en términos de racionalización medios a fines (aplazamiento de pasiones inmediatas por intereses a largo plazo, beneficios colectivos de la coordinación de resultados) y reducción de costes de información del actor (guías de actuación frente a una realidad prolija e inabarcable). Al

capacitar y constreñir a los individuos, las instituciones ahorran energía social: Offe señala cómo las instituciones, y la Constitución es la institución suprema, nos dotan de un marco suprainstitucional y abaratan los costes de decisión. Cuestión distinta es en qué condiciones se elaboran estos marcos de decisión pública cuando se trata de las Constituciones. Hayek no analiza qué características reúnen los actores que adoptan esos comprometedores compromisos constitucionales para los ciudadanos, ni en qué condiciones llegan a principios de actuación que se suponen comúnmente aceptados. Los Padres Fundadores de la Constitución pueden dificultar mucho los cambios constitucionales para evitar las tentaciones demagógicas de las generaciones futuras, pero los costes de estas limitaciones pueden ser caros: la permanencia de preceptos constitucionales, por ejemplo, que hayan caído en desuso. La principal objeción de Jon Elster a Hayek es que la rigidez constitucional planteada como un compromiso de un sujeto sobrio al mismo sujeto beodo asume que la sociedad es como un individuo con diversos estadios que van de la inconsciencia a la reflexividad. Pero la sociedad no es un individuo sino un agregado horizontal de individuos en donde no está justificado que una parte comprometa el futuro de la otra (Elster supone que este compromiso nunca puede plantearse como autocompromiso y que tal actitud es más propia de una sociedad aristocrática pasada como la que otorgó poderes a la Convención federal). Elster ha revisado sus posiciones entre *Ulysses and the sirens* (1979) y *Ulysses unbound* (2000), desde la asunción de autoconstricciones a la crítica de los compromisos constitucionales como pactos suicidas de la sociedad que pierde así su voluntad creadora. Mientras en *Ulises y las sirenas*, Elster concede que una democracia directa sin representantes conduce a políticas vacilantes, ineficaces y volubles – comparte aquí la opinión de Hegel acerca de cómo la libertad ilimitada conduce a la anarquía y prepara el camino al dictador-, más tarde, en *Ulises desatado*,

guarda serias dudas sobre que las limitaciones constitucionales fijadas por los constituyentes a la libertad popular sean para el bien común. La rigidez constitucional obraría como un Super Yo que se impondría paternalmente sobre el Yo. La fundamentación paternalista de los compromisos no es aquí sino una justificación autodestructiva. ¿Pero qué hacer con los efectos autodestructivos del Ello? Las Asambleas Constituyentes modernas, desde la Convención Federal norteamericana hasta la Asamblea Nacional francesa, pasando por las Constituciones creadas recientemente en la Europa Central y del Este, ligan la Constitución nacional con la representación política, el bicameralismo y la dilatación de los plazos para enfriar los debates. La necesidad de crear mecanismos deliberativos en las Constituciones – la iniciativa popular de reforma constitucional puede ser una- no ensombrece la inevitabilidad de la representación política por necesaria división del trabajo social y por necesaria división de poderes. Nuestras sociedades ni son horizontales, en un sentido neto, ni pueden serlo, pues hay imponderables de organización política que conducen a la representación política (puede discutirse si como “necesidad” o si como “virtud”). Asunto diferente es que la rigidez constitucional no sólo sea un mecanismo de protección de los derechos fundamentales o de estabilidad del sistema político sino también y netamente “poder constituido”. Las palabras dirigidas por Clermont-Tonnerre (MAVIDAL; COLOMBEY, 1875, p.574) a la Asamblea Nacional el cuatro de septiembre de 1789 son bien reveladoras del papel creador del poder constituyente y de su necesaria moderación, cumplida la misión constitucional por su impulso: “La soberanía reside esencialmente en la nación. En las circunstancias actuales es necesario que la Asamblea de representantes sea una. Los sacrificios que hay que hacer a la patria exigen esta unidad. Sin esta reunión, los sacrificios de estos derechos, que se disimulan en los recovecos de lo que se llama antiguo feudalismo, no habrían tenido lugar

jamás. Pero ahora que ya se han hecho todos los sacrificios, hay que precaverse contra las oscilaciones populares, que causan frecuentemente las más grandes desgracias. Antes de perder el equilibrio, se debe extremar la cautela acerca de que existe una clase de hombres malintencionados que no sacan su provecho más que en las innovaciones y que no aman más que hacer mal. Para conservar, son necesarios otros motivos que para crear y destruir. Los representantes deben precaverse siempre contra la precipitación, contra la seducción. La libertad y la tranquilidad de Francia exigen Asambleas permanentes. Una Cámara única tiene una actividad y una fuerza irresistible para crear todo. Nunca la *hidra de las tres cabezas* habría permitido crear una Constitución; pero todo debe cambiar para el futuro; se requieren más medios para conservar que para obtener; y la precipitación debe ser evitada en un Cuerpo legislativo. Son necesarios unos medios moderadores, y por ello añadir a la Cámara nacional un segundo cuerpo, pero sin *veto* absoluto; esto sería armar a la una contra la otra; el *veto* de la segunda Cámara debe ser solamente suspensivo, y producir un segundo examen antes de formar la ley”. El diputado aristócrata liberal supone que la Cámara senatorial debe ser de experimentados miembros y ser elegida (nunca heredada). La finalidad es que ambos poderes constituidos se contrapesen y nunca se destruyan. Enfriar las deliberaciones, descargarlas de su vértigo mediante procedimientos que lo ralenticen (no puede ser votado un proyecto de ley – se propone en la constituyente de 1848 – hasta que no se haya hecho con intervalos no menores de diez días, salvo caso de urgencia), dividir el poder creador exacerbado en contrapesos son aportaciones que permanecen en el acervo cultural constitucional. La fuerza extraordinaria del poder constituyente que, Tocqueville señala en la constituyente del 48 de la que formó parte, no procede ni de la ley ni de la costumbre sino del pueblo, de la nación entera, y tiene que ser limitado por la organización de los poderes. La intención antipopular y

contraria a las innovaciones en la organización de los poderes es bien patente, pero las instituciones realizan un recorrido y sus efectos pueden ser muy diversos de los intencionales. Parece obvio hoy que la división de poderes tiene un beneficioso efecto de mutuo control. Sin embargo, los orígenes aportan una parte del camino que sería equivocado ignorar.

III La Teoría Clásica y el Poder Constituyente

La teoría clásica del poder constituyente asocia estrictamente este poder con la Asamblea Constituyente. Esta doctrina – ahora muy presente en algunos países latinoamericanos como Venezuela, Bolivia y Ecuador, aunque con distorsiones graves distingue entre el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado o poder constituyente constituido (poder de reforma o revisión). De una parte, el poder constituyente originario nunca funda un Estado y más bien crea una Constitución, vinculado a normas habilitadoras del sistema jurídico anterior, modificando así la forma política previa. Salvo en los casos de revolución o de quiebra absoluta de la Constitución – imaginables pero apenas observables en la historia –, no hay un poder absoluto del poder constituyente originario pues siempre hay unas normas habilitadoras pertenecientes al gobierno y al ordenamiento anteriores (la Ley de Reforma Política y la Ley Orgánica del Estado, en el caso español) que prevén elecciones o la designación de la Convención Constituyente en determinada forma. Esta ley habilitadora, en las que algunos teóricos normativistas o escépticos observan la continuidad de los sistemas, prevé la forma de nombramiento y de elección de sus miembros, así como los plazos, términos de la elaboración constitucional. De otra, el poder constituyente derivado es un poder de reforma. Este poder de reforma o derivado está regulado por la Constitución y tiene que aceptar sus

límites y procedimiento. El poder constituyente de reforma es poder constituido porque ninguna Constitución prevé el procedimiento para su pérdida absoluta de validez. Las Constituciones establecen su revisión total o parcial. En el caso de la Constitución española, que regula el procedimiento de reforma en los artículos 166 a 169, el procedimiento de reforma agravado con dos vueltas, previsto en el artículo 168 – en cuya casuística se encuentran las cuatro iniciativas de reforma planteadas y fracasadas –, prescribe que las primeras Cortes Generales, Congreso y Senado, con una mayoría de dos tercios y como asamblea ordinaria dispongan los límites de la reforma que deberá acometer, en un sentido neto, como Asamblea constituyente, otras Cortes Generales, Congreso y Senado, elegidas a este efecto y que deberán aprobar el texto de la reforma con igual mayoría para, luego, someter el texto a referéndum. Mientras que la Asamblea constituyente es una Asamblea representativa, democráticamente elegida, la Asamblea constituyente originaria es una asamblea nacional elegida o designada que será tanto más representativa de la unidad política de la Nación cuantas en menos exclusiones incurra y más respete los derechos humanos en su procedimiento de deliberación, cara a crear la Constitución. Idealmente es incluyente de todos los obligados por la Constitución creada en la Convención constituyente. Pero no deja de ser un acto de poder que incluye y excluye y que, en el mejor de los casos, opera mediante mayorías, como puso de manifiesto Francisco Rubio Llorente.

El procedimiento público de actuación, la utilización de modelos constitucionales modernos ampliamente contrastados en el diseño constitucional, la existencia de un modelo económico y de administración desarrollados, contar con élites opositoras formadas, y la desaparición de la Asamblea constituyente una vez que ha aprobado y sometido a referéndum el texto constitucional son algunas de las cautelas y medios más reconocidos frente

a la arbitrariedad del constituyente. En las transiciones en los países de Europa Central y del Este no siempre se han dado propiamente asambleas constituyentes pues han sido sustituidas por “mesas de diálogo” (Round Table Talks) y asambleas ordinarias (Polonia, Bulgaria, Rumanía y Checoslovaquia). Los modelos constitucionales suponían una auténtica importación y las élites políticamente formadas eran una auténtica excepción (Polonia). Es una ficción suponer una situación racional donde se delinean sin estrategias los consensos constitucionales ideales para la ciudadanía. Razonar así, como si esos consensos se hubieran producido en situación de absoluta imparcialidad, tiene importantes efectos normativos en la vida política y ante los tribunales. Posiblemente, la labor de las constituyentes sea mucho más parecida a la obtención ardua de un “status quo” que a la culminación de un consenso constitucional que haya soslayado intereses particulares mediante el velo de la ignorancia en una imaginaria posición original. No hay una construcción constitucional de nueva planta que cree efectos normativos inéditos. La Asamblea constituyente puede dirigir con guías las ramas crecidas de la historia nacional pero no podarlas. La metáfora que mejor ilustra el trabajo de la constituyente, en términos más reales, es un jardinero que dirige los elementos naturales que se encuentra en el perímetro de un jardín hacia una dirección correcta. Menos gráfica de este trabajo de diseño constitucional es la imagen de un ingeniero que funda una constitución política absolutamente nueva. Las transiciones ponen de manifiesto en términos descriptivos más una negociación que un consenso colectivo. Nunca hay una “tabula rasa” señalan tanto Claus Offe como Jon Elster. De aquí que el proceso constituyente deje abiertos problemas constituyentes derivados de la negociación entre fuerzas e intereses del pasado y fuerzas constituyentes que desean una ruptura. Otras veces, el consenso constitucional posterga la resolución de aspectos constitucionales a un momento posterior a su aprobación.

Por ejemplo, nuestra Constitución trasfiguró en modelo de estado centralizado franquista a un modelo descentralizado –prueba de la ruptura pactada que se dio en nuestro país. Pero el constituyente dejó en manos de los sujetos territorialmente legitimados la determinación del número de comunidades autónomas y sus competencias dentro del modelo de descentralización política que impulsó. El Consejo de Estado admite que, en torno al diseño de la organización territorial del Estado, tras la entrada en vigor de la Constitución, hubo un “proceso de prolongación del poder constituyente en la ordenación territorial del Estado”. La reforma del Senado por la vía del artículo 168 de nuestra Constitución es valorada por Francisco Rubio Llorente como una manera de acercar los poderes constituidos a la “estructura del poder constituyente”.

Las asambleas constituyentes actúan en momentos de turbulencia social, con premuras temporales y con modelos limitados de actuación. La preocupación de los constituyentes del 48 de dar una composición más numerosa a la Asamblea Constituyente que a la Asamblea ordinaria responde al deseo de mostrar al pueblo el carácter extraordinario de sus poderes. Lo primero que hacen los constituyentes franceses es dotarse de poderes extraordinarios mediante la ruptura con sus mandatos imperativos. En circunstancias de urgencia, o de inmadurez del sistema político, es fácil que las preguntas formuladas acerca de quién convoca la Asamblea Constituyente o quién selecciona a los constituyentes arrojen dudas sobre la legitimidad, el gran problema que quieren solventar estas asambleas excepcionales. El momento de convocatoria de la Asamblea constituyente no se caracteriza por la serenidad y la ponderación racional querida para el sistema político que se quiere construir. Jon Elster cuestiona el constitucionalismo como consenso para subrayar las advertencias y amenazas que se cruzan entre los constituyentes. Los miembros

parecen imparciales y disimulan sus intereses como generales, disfrazan pasiones y prejuicios de imparcialidad, o presentan las amenazas como advertencias. El desinterés y la racionalidad de los constituyentes no se dan sino como ideal y la creación constitucional no está exenta de las mismas negociaciones de la política común en la legislación ordinaria. No cabe duda de la aportación del constitucionalismo a la racionalidad fría de los debates con mayorías cualificadas y procedimientos ralentizados, tampoco de la necesidad de dividir los poderes del Estado pero algunos de estos logros y consecuencias beneficiosas, aparecen en el modelo de la negociación constituyente como consecuencias de pactos y no de un consenso, salvo que se entienda en un sentido muy laxo. El poder constituyente – democrático o no – refleja intereses, pasiones, emociones, dinámicas de conflicto o de cooperación sociales que emergen en contextos de vida diversos y se encarnan en diferentes actores sociales. Van de la legítima aspiración de restitución moral a la condena retroactiva de comportamientos tenidos en el anterior sistema político, pasando por el deseo de venganza en momentos – como señala Jon Elster – de especial turbulencia política. Dificilmente, cabe interponer entre los constituyentes y su creación un “velo de la ignorancia” que les permita emplear solamente argumentos racionales. La necesidad y la premura marcan un calendario donde la negociación y las presiones son instrumentos cotidianos del constituyente. La apelación de Claus Offe a la “lealtad” o a la “confianza”, como elementos de la estabilidad de los ordenamientos constitucionales o el análisis de los mecanismos sociales por Jon Elster como elementos de una psicología política, pretenden explicar estos aspectos en la mecánica del poder constituyente en los periodos de transición política. Razones, intereses y pasiones son elementos constantes en el trabajo de las constituyentes.

A la vista de la experiencia norteamericana, los constituyentes de la Constitución del 48 procuran dividir al gran Pantocrator que más que crear ha destruido toda Constitución que pretenda organizar al poder. Se dicen: “todas las pasiones de la democracia se vendrán a concentrar en una asamblea única, que irresistiblemente será arrastrada a abusar de su poder”. En previsión de este apasionamiento, se requiere un “freno”, un “tiempo de espera”, “cualquier obstáculo”. Los poderes norteamericanos aparecen como contrapesos para enfriar el poder omnímodo de las mayorías en un parlamento omnipotente. Así que la revocación del Presidente por la Cámara de representantes (Congreso y Senado), el veto del Presidente a la legislación de la Cámara y su nombramiento del Tribunal Supremo, así como el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes obran como pesos y contrapesos que no existen en el modelo francés, donde toda limitación es imposible. El que tiene todo el poder es incapaz de incapacitarse. La historia de las sucesivas Constituciones revolucionarias de 1791, 1793 y 1795 arroja un saldo evidente sobre el predominio de un poder legislativo soberano sin contrapeso (la división de poderes en el artículo XVI de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, incorporada a la Constitución francesa de 1791, obra como un dogma jurídico sin realidad política): no se cierra nunca la vida jurídica del poder constituyente y permanece su fuerza ilimitada. Lo que esconde esta fuerza ilimitada es el poder de los políticos constituyentes que alejados de la nación (los intereses generales) actúan mediante uno y otro golpe de Estado y sucesivas quiebras de la Constitución vigente. Si Schmitt se centra en la historia constitucional francesa y desecha que la historia norteamericana posea una teoría constitucional es porque el país vecino representa mejor la excepcionalidad de las quiebras constitucionales que a él le interesan: las sucesivas quiebras

constitucionales no cierran en Francia lo que Roberto Martucci ha llamado “obsesión constituyente”.

Entre las opiniones de Desmeuniers, sobre la importancia de los derechos humanos, en la Asamblea Nacional, en sesión de 3 de agosto de 1789, y los debates jacobinos sobre cómo establecer el procedimiento del poder constituyente, en la misma Asamblea, en sesión de 10 de mayo de 1793, hay una caída en picado de todo límite a las pasiones del poder soberano. La revolución francesa comienza confiando sagradamente en los derechos humanos como medio de los representados de juzgar a sus gobernantes sin fe ciega en su buen hacer y acaba en la plena desconfianza en estos derechos. Los primeros pasos de la constituyente de 1793 son comunes. Pretenden, en primer lugar, definir quienes forman la voluntad unitaria de los franceses. Esta voluntad nacional debe ser unánime y capaz de suscribir un acto constituyente en el que no cabe pertenecer a ninguna minoría. Lo más llamativo del caso es que el representante Isnard para cimentar este acto constituyente unánime pretende un pacto “sinalagmático” que obligue más que una mera Declaración de Derechos o un articulado constitucional que – dice – no compromete a nada. La estrategia de este acto constituyente como acto unitario se basa más en los deberes que en los derechos. Como el cuerpo unitario de todos los franceses no puede deliberar en el acto constituyente, son los miembros de la representación nacional los que tiene que negociar. Los derechos humanos no tienen el carácter sagrado que les caracterizó en 1789 sino que son el resultado consecuente del pacto social que inicia el acto constituyente. Dotados de unos poderes ilimitados, los constituyentes garantizarán – en opinión de Isnard- la voluntad común, única e indivisible de la República. El poder legislativo es el garante de la unidad y salud del Pueblo. Aunque algunas voces discrepantes objetan el pacto y demandan la Constitución, apenas aparece el lenguaje de los derechos. La cultura política

revolucionaria concibe la Constitución en torno a la estricta organización del poder, la instrucción pública, la depuración de los representantes nacionales, la rendición de cuentas ante la tribuna pública y la aprobación de leyes y reglas contra la división de la Nación. El discurso de Maximiliano Robespierre acaba de calentar los ánimos de la cámara única al subrayar la existencia de enfermedades aristocráticas, pretender la salud pública y demandar restituciones públicas de anteriores injusticias estamentales. La única garantía frente a la arbitrariedad de los gobernantes es –señala Robespierre– la soberanía del pueblo. La Constitución es rendición de cuentas de la responsabilidad moral de los representantes de la Nación a los representados. Aún más, en estos discursos parlamentarios, la unidad de la asamblea toma el puesto de la representación. Los derechos humanos son una apelación hipócrita de la ley, el equilibrio de poderes un “homenaje a los vecinos” y a las “instituciones extranjeras” que solamente les devuelve una “débil imagen de la libertad”.

La Constituyente de 1848 parece recoger la experiencia de las sucesivas quiebras constitucionales que se han producido antes en Francia: 1793, 1795, Consulado de 1799, Imperio, Restauración monárquica de 1814, Revolución de 1830 y Revolución de 1848. En el esfuerzo por dar estabilidad a una Constitución para Francia, los constituyentes de 1848 subrayan alguna de las paradojas de la democracia. Son conscientes de que la democracia puede acabar consigo mismo por métodos democráticos: “La democracia tiene extraordinarios partidarios, pero –subrayan– está expuesta a unas incitaciones contra las que hay que defenderla. El mejor modo de defenderla contra ella misma –determinan– es la fuerza del derecho”, “los límites a través de los cuáles se acotan los derechos del pueblo son en interés del pueblo”. Tocqueville, uno de los constituyentes del 48, ya señala que fuera de la Constitución sólo hay revoluciones y aventuras. Así que el mecanismo de revisión de la Constitución es una salvaguardia, cuando se

requiera, contra los golpes de Estado – las quiebras constitucionales – del Presidente o del Pueblo.

La constituyente de 1848 recoge algunos elementos de una tipología de las constituyentes. La formación de la Asamblea constituyente es el momento en que, más o menos protocolariamente, cada representante declara sus señas de identidad política, las aportaciones que considera puede realizar y los límites fuera de los cuales se autoexcluiría de la misión constituyente. Los miembros proclaman los principios políticos de organización del Estado decisivos en ese momento histórico candente. Impulsores destacados como Tocqueville declaran el talante con el que emprenden el trabajo constituyente – ni restauración, ni revolución, sino reforma – y el modelo constitucional al que dirigen su mirada. Dentro de la Asamblea constituyente se elige a una Comisión encargada de la elaboración del Proyecto de Constitución. Se la dota de un Presidente y un Secretario y de subcomisiones para elegir el tipo de Constitución que se va a elaborar. Originariamente, el Presidente de la Comisión solía recibir el encargo de realizar un trabajo marco que se prosigue e, igualmente, se acuerda el secreto de todas las deliberaciones. El Presidente puede plantear el plan de trabajo a seguir como es un preámbulo y cinco capítulos donde se recojan: algunas enseñanzas declarativas dirigidas al pueblo, los derechos individuales y sociales, la organización del poder ejecutivo, del legislativo, del judicial, y la revisión y ratificación constitucional. Cada capítulo es encargado a una subcomisión que hará acopio de las enseñanzas aportadas por las Constituciones anteriores. La constituyente del 48 está ideando el constitucionalismo moderno. Todo se replantea allí: si es preferible monarquía o república en relación con la tradición arraigada en Francia y el decurso que ha sufrido con los acontecimientos (la Constitución desligada de la realidad social peligrará), la distribución entre los elementos constitucionales estables y aquellos que por cambiantes deben formar

parte de la legislación ordinaria (se discute si el contenido de la ley electoral no debería formar parte de la Constitución), la delimitación de cuál es el núcleo normativo central de todas las constituciones, la deducción del marco organizativo del Estado (república una e indivisible, tipos de poderes y prerrogativas de los ciudadanos que los desempeñan, el sistema unicameral o bicameral, cuerpo social comunal o estatal, centralización o descentralización administrativa), la revisión constitucional realizada por una asamblea especial disuelta a los dos o tres meses y formada a petición de tres deliberaciones de la asamblea legislativa con tres cuartas partes de sus miembros, el número de representantes de la Asamblea nacional (750 ciudadanos) y de la Asamblea constituyente (900 ciudadanos), la distinción entre Constitución y ley orgánica. Una de las preocupaciones de la Comisión del 48, cara a la elaboración del Proyecto, es la deducción de unas “consecuencias metódicas” a partir de los principios situados a la cabeza de la Constitución: soberanía popular, república una e indivisible y derechos sociales. Existen dilemas bien recurrentes: si hay que recoger en el texto constitucional derechos realizables o ideales – Libertad, Igualdad, Fraternidad – que ya son conscientes de que son declarativos; si no es más previsor contra las pasiones la existencia de dos cámaras pero si no será contradictorio con la unidad nacional querida. Lo que más llama la atención de la lectura de la Constituyente del 48 es la preocupación por traer la experiencia norteamericana en aras de un “pliegue” del poder constituyente bajo la Constitución y la organización de los poderes. El debate final de la Constituyente está dedicado a discutir si es la Asamblea nacional o es el pueblo quién tiene que elegir al Presidente. Si se opta por la primera opción, el Presidente será esclavo de la Asamblea – luego no habrá contrapeso a su poder omnímodo –, si se opta por la segunda, cabrá contrapesar al poder que desoyó el valor superior de la Constitución y erigió al parlamento en poder soberano. A

pesar de que triunfó la segunda opción, la historia constitucional francesa siguió siendo una sucesiva narración de golpes de Estado de élites políticas, dados a través del parlamento soberano, a fuerza de no haber una sólida organización constitucional de los poderes.

Las constituyentes actuales tienen un pálido parecido a aquellas constituyentes aunque sean herederas de sus concepciones constitucionales. De momento, no pueden tener una versión tan personalista (señorial) del trabajo de creación constitucional. La retórica de los grandes oradores que tocan las emociones de las grandes asambleas es sustituida por el trabajo argumental de los pequeños despachos y las exposiciones públicas de posturas. La negociación de los partidos sustituye a las grandes asambleas. Offe subraya que la modificación endógena de la Constitución – su rigidez – es la diferencia fundamental de nuestra más alta institución respecto de los antiguos textos fundacionales. El Ciro de Jenofonte, el Príncipe de Maquiavelo, el Leviathan de Hobbes o el Führer de Schmitt son fundadores de estructuras de poder autoritarias y totalitarias. La propia definición de Sieyès de poder constituyente como un poder que lo puede todo es propia de los fundadores de instituciones. Son los pensadores históricos que por presentarse como creadores auténticos de instituciones son repudiados por un tradicionalista como Edmund Burke. Pero lo que caracteriza a nuestro diseño y rediseño constitucional – Offe tiene razón – es oscilar entre la ruptura y la prudencia. Offe subraya cómo nuestro diseño institucional es una mezcla de ruptura y prudencia. Ni los “vándalos institucionales”, ni los “fundadores mitológicos”, ni los utopistas, son referencia alguna para los reformadores constitucionales que han de atenerse a unos procedimientos reglados de modificación de la Constitución como institución formal.

IV La Constitución y el Poder Constitucional

La teoría del Estado Constitucional ha concebido al poder constituyente como la fuente social creadora de la Constitución. Como tal poder soberano de creación, el poder constituyente originario desaparece una vez refrendada su creación constitucional por el pueblo. A partir del referéndum democrático que aprueba mayoritariamente la Constitución, sólo existen poderes constituidos. Esta es también la teoría clásica del poder constituyente que considera que éste pasa a un estado de letargo en el Estado Constitucional hasta que vuelva a darse una situación de despotismo. La Constitución crea, tras su aprobación mayoritaria, una “supralegalidad” que dota de competencias a los órganos del Estado y garantiza unos derechos fundamentales como intangibles. El parlamento no puede modificar la Constitución que lo faculta y toda modificación tiene que seguir un mecanismo endurecido de reforma que no requiere la legislación ordinaria para ser derogada. Los mecanismos dilatorios, los núcleos intangibles y las mayorías cualificadas protegen la estabilidad de la Constitución. El poder creador desaparece como soberano y la única soberanía existente, bajo la supremacía de la Constitución, es la soberanía constitucional y de las normas. El propio mecanismo de reforma es un mecanismo de poder constituyente constituido porque la propia Constitución establece su procedimiento. Ninguna Constitución establece un procedimiento que la transforme revolucionariamente. A partir de la vigencia de la Constitución, cualquier inadecuación entre el texto constitucional y el cambio social puede ser superado mediante la abstracción del texto constitucional y la justicia constitucional que interpreta la voluntad soberana plasmada en la Constitución – como un equilibrio entre mayorías y minorías – cara a la realidad presente. Se ha comparado al Tribunal Constitucional como un “albacea del poder

constituyente”. La expresión pone de relieve la consideración del poder constituyente como un poder fenecido. En realidad, fuera de la ironía que encierra esta expresión sacada del derecho sucesorio, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional está refiriéndose continuamente a la “objetivación” del poder constituyente como voluntad soberana en la Constitución. El poder constituyente queda jurídicamente objetivado. Hay una enervación de la voluntad soberana *política* del pueblo por la supremacía de la Constitución (objetivación del poder constituyente) y del Tribunal Constitucional como máximo intérprete de su texto. A través de esta “objetivación”, queda establecido el régimen constitucional que determina las competencias y los órganos del Estado como poderes constituidos y las materias que son de desarrollo constitucional por las Cortes Generales o el legislador autonómico. Incluso, esta jurisprudencia constitucional señala si la Constitución ha dejado abierta alguna potestad constituyente, una vez que ha sido establecida la carta magna. Nuestro Tribunal Constitucional pone especial encomio en subrayar su competencia de intérprete supremo de la Constitución – el poder legislativo no puede legislar normas interpretativas generales y abstractas sobre el sentido de la Constitución, dentro de los posibles – y custodio de la constitucionalidad de las normas creadas por el legislador estatal u ordinario.

La propia concepción clásica del letargo político del poder constituyente no deja de ser paradójica: vivo y en una “somnolencia profunda y prolongada”, vivo y en una “inactividad y reposo absoluto” (según la definición de letargo del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española). Ha habido algún intento de aproximar el Estado Constitucional a la sociedad sin cuestionar la supralegalidad constitucional. Cuando el constitucionalista alemán Peter Häberle señala que la interpretación constitucional ha estado demasiado restringida y debe abrirse a los ciudadanos, está sugiriendo que la actividad

participativa y de interpretación constitucional no puede limitarse a los órganos del Estado – sobresaliendo el Tribunal Constitucional – o a los partidos políticos. Está demandando un rediseño de la democracia para profundizarla como democracia de los ciudadanos. La existencia de dos fuentes de legitimación en tensión – imperio de la ley y soberanía del pueblo – han sido conciliadas en un “republicanismo liberal” que no ve contradicción entre derechos humanos y soberanía popular, libertad de los modernos y libertad de los antiguos, autonomía privada y autonomía pública y razón y libertad. Sin embargo, cada uno de los elementos de estos pares caracteriza a una y otra parte del dilema entre liberalismo y republicanismo. La objeción que el republicanismo arguye frente a la justicia constitucional es que la aplicación presente de la Constitución se realice por un Tribunal Constitucional que no ha sido elegido por los ciudadanos. Incluso aunque el más alto magistrado fuera la voz y el conducto de las demandas sociales en su jurisprudencia y se diera una ampliación del procedimiento heurístico por resonancia de las voces de la sociedad civil, tal magistrado podría verse o mediatizado por quien le ha elegido (nombramientos temporales) o alejado de las inquietudes de su tiempo (nombramientos vitalicios). La concepción liberal supone que la Constitución es condición necesaria y suficiente para el proceso democrático (la democracia no puede definir a la democracia). A lo que la concepción republicana contesta que el tipo de reglas que posibilita la democracia no puede restringirla. En la concepción rígida de la Constitución se produce un endurecimiento de las condiciones de deliberación: el acto constituyente de los Padres Fundadores es una deliberación, idealmente, sin restricciones acerca de los derechos que deben reconocerse para regular la convivencia cívica de forma legítima con los medios del derecho positivo. Pero, una vez dada esta deliberación fundacional, hay que cerrar la sospecha a la que conduciría un proceso deliberativo infinito sobre los

procesos de legitimidad de las instituciones. Se trata de un corte paternalista a la serie de preguntas sobre el por qué de las cosas de un ingenuo infante a un maduro y solvente interlocutor. Antes o después, hay un cierre categórico – que, hipotéticamente, puede volver a abrirse– a los “por qué” sobre nuestras instituciones. No cabe duda de que esto es así y no me parece conveniente que sea de otra manera.

Sin embargo, Habermas ha puesto de manifiesto que incluso los constituyentes son falibles. Pero, en el supuesto más normal de una Constitución plausible, la reinterpretación deliberativa de la Constitución es un regreso al origen constitucional para proyectar un texto abierto hacia el futuro. Las generaciones futuras deben participar deliberativamente en la reinterpretación de la Constitución a partir de los mismos baremos de la generación fundacional. Es decir, pueden emprender una travesía actual y presente siempre dentro del mismo barco que la Asamblea Constituyente. El acto constituyente tiene un sentido performativo de cesura compatible con la apertura de un proceso. Hay una dimensión histórica del proceso constituyente subrayado por Jürgen Habermas, que Peter Häberle ha manifestado drásticamente con su concepto de “Constitución abierta”.

Hay una elección de principio, que comparto, en la teoría de la acción social de Jürgen Habermas. Ni el liberalismo, ni el republicanismo dan una justificación completa a la teoría del poder constituyente democrático. Desde posiciones liberales, muy realistas, se supone que la soberanía del pueblo se ejerce episódicamente en las elecciones y los plebiscitos, para plasmarse, después, en la vida orgánica del Estado, materializada en el poder legislativo, ejecutivo y judicial. Mientras que el republicanismo defiende por el contrario, según Habermas en *Facticidad y Validez* (1998), el pueblo es portador de una soberanía que no puede delegar: “El poder constituyente se funda en la práctica de la

autodeterminación de los ciudadanos, no de sus representantes (p.630)". Mientras, el liberalismo supone que creada la Constitución por el poder constituyente, este desaparece en la supremacía de la Constitución que protege y garantiza un equilibrio de mayorías y minorías, la estructura del Estado y un "coto vedado" de derechos; el republicanismo –en el que puede coincidir todo el arco político – deja siempre abierto un poder social autodeterminado que subyace y da continuidad a las mutaciones, reformas y quiebras de la Constitución. Más allá de la función de creación constitucional de la Asamblea constituyente, y del ejercicio del poder constituyente originario agotado jurídicamente tras la aprobación de la Constitución en referéndum, permanece un poder constituyente, en el nivel de la política real y de la opinión pública, que impulsa, mediante reforma constitucional, la adaptación de los poderes constituidos a las demandas del poder constituyente en un tiempo histórico concreto. Offe establece una relación "unilateral" y asimétrica entre, de una parte, el nivel más alto de las identidades y el subsiguiente de las constituciones y, de otra parte, el nivel más bajo de la política normal. Habitualmente, existe una determinación de la política habitual por la Constitución y sólo excepcionalmente la política cotidiana se erigirá en poder constituyente para reformar la Constitución. Pero los actores de la sociedad civil pueden invertir la dirección de los circuitos de comunicación en las situaciones de crisis y colocar temas nuevos en la agenda de los organismos estatales y los "viejos partidos" encargados de tomar decisiones (como alguna iniciativa de reforma constitucional de acuerdo con su procedimiento institucional). "Toda Constitución histórica hace una doble referencia al tiempo –señala Habermas–: como documento histórico representa la memoria del acto de fundación al que interpreta, marcando así un inicio en el tiempo; a la vez, su carácter normativo comporta que la tarea de interpretación y configuración del sistema de los

derechos se plantea *de nuevo* para cada generación: como proyecto de una sociedad justa, una Constitución articula el horizonte de expectativa del futuro que se tiene en cada caso presente. Bajo este aspecto de un proceso de continua *actividad constituyente*, pensado a largo plazo, el procedimiento democrático de producción legítima del derecho cobra una fundamental importancia (...). Difícilmente, este planteamiento aceptaría que las iniciativas de reforma constitucional puedan presentarse, con toda normalidad, como la iniciativa de un Presidente de Gobierno o de cualquier otro órgano del Estado. Nuestro diseño constitucional tiene que dar cabida a formas de participación espontánea que, reconociendo la legitimidad del sistema institucional organizado por la Constitución, posibilite una mayor afección a este sistema representativo. En definitiva, nuestra pertenencia a la unidad política, que permite se nos impute como obligatorias las decisiones de nuestros representantes – nuestra pertenencia a la misma asamblea soberana que se articula constitucionalmente como Nación soberana–, no debe impedir las formas de participación espontáneas de la “multitud” (tan temida por Hobbes) y su existencia política real.

V Palabras Finales

Habermas no asume, en términos absolutos, una política liberal centrada únicamente en la actividad de los órganos del Estado, la protección constitucional del individuo como minoría y su consideración económica como actor en la competencia mercantil; tampoco comparte un republicanismo de signo holístico que impulsa a un sujeto político colectivo, como pueblo soberano, sobre la política ejercida por el Estado. La política deliberativa de Jürgen Habermas se fundamenta en aspectos pragmáticos del liberalismo y discursivos del republicanismo. La concepción intersubjetiva de la soberanía popular que

sostiene se alimenta de fuentes informales y espontáneas de opinión, anónimamente entrelazadas entre sí, y que no pueden ser encerradas en una comunidad tomada en su conjunto como una cápsula. Y, a su vez, la política deliberativa asume la responsabilidad de las instituciones democrático-representativas que han de permanecer abiertas – porosas – a estas demandas sociales expresadas deliberativamente. La política deliberativa está conectada a los “contextos del mundo de la vida”, tanto cuando se forma en los “procedimientos formales de formación institucionalizada de la opinión y la voluntad” como cuando se construye en las “redes del espacio público-político”. La consideración de este mundo de la vida es fundamental en el análisis del poder constituyente democrático. También es básica su consideración en el análisis de la formación, consolidación y quiebra de los ordenamientos jurídicos. El doble plano normativo y fáctico en que se desenvuelve la “teoría de la acción social” pretende no sólo fundamentar sino explicar la complejidad de la sociedad. La concepción más aceptada del poder constituyente – venida de la filosofía analítica – ha situado al poder constituyente fuera de los límites externos del lenguaje normativo. Se trata de la fuerza social que crea la Constitución y que es expulsada una vez que es promulgada. Sin embargo, puede considerarse que los “contextos del mundo de la vida” subyacen a nuestras instituciones más importantes – para contribuir a su estabilidad, impulsar su transformación o auspiciar su falta de consolidación – y a nuestros espacios públicos de deliberación.

Quizás nuestro diseño institucional de la democracia liberal adolezca – como vienen a poner de manifiesto las concepciones republicanas de Habermas y Offe– de una división hobbesiana, muy drástica, entre, de una parte, la unidad política de la asamblea o del cuerpo del rey bajo la ley suprema y soberana y, de otra, la multitud. De la parte de la unidad política del grupo se construye la

representación y la Constitución rígida. De la parte de la multitud, se expresa una política de los ciudadanos por si mismos partícipes en los asuntos públicos. Aunque esta participación individual tiene un reconocimiento constitucional (art. 23 de la Constitución española), su virtualidad es mínima en nuestro diseño constitucional. Las corrientes republicanas actuales, como la de Habermas, reconocen tanto la política institucional, representativa, como la política deliberativa que tiene que influir en la actividad política constitucionalmente definida.

Nuestro diseño constitucional clásico, moderno, se cierra en la unidad abstracta del cuerpo político – ya sea la Nación, el Pueblo o el Soberano. El poder constituyente desaparece cuando la Constitución aprobada en referéndum organiza los tres poderes, garantiza los derechos humanos y fija el mecanismo de reforma constitucional. A esta concepción clásica le caben dos objeciones. La primera objeción ya fue apuntada y me parece viene reforzada por el resurgir de la multitud no conforme con el cierre de la existencia política bajo la unidad de la asamblea representativa. El republicanismo liberal de Habermas u Offe subraya la necesidad de conjugar la participación política institucional con otras formas de participación espontáneas. La multitud resurge bajo el peso de la suprema ley de un solo cuerpo político, ya sea el del rey o el de la asamblea representativa. La multitud reaparece con sus reivindicaciones y no se da por satisfecha con el cierre constitucional de una asamblea nacional representada. Desde este punto de vista, el poder constituyente no se disuelve nada más organizarse el poder constituido. Hay una ósmosis entre el mundo de la vida y el mundo institucional, dice Habermas; o no basta con un *hardware*, se requiere un *software*, señala Offe, para una participación política basada en la tolerancia, la confianza y la solidaridad. Las instituciones formales no funcionan sin un *demos* particular, real y presente.

La segunda objeción me parece bien planteada por Bartolomé Clavero. El constitucionalismo se sirve de algunos dogmas poco contrastados con la historia. La división de poderes es el más importante. Se supone que la división de poderes es garantía de la protección de los derechos humanos. Cada poder está convenientemente adjetivado por las funciones que ocupa. ¿Cabe que sea el nombre y no su adjetivación lo que caracteriza a los poderes? De ser así, ¿por qué? Porque el poder constituyente es un poder excluyente, incluso en el modelo constitucional norteamericano: exclusión de indios, negros, mujeres trabajadores, que sería impensable acudieran a la Convención Federal. El constitucionalismo norteamericano repite el poder constituyente del poder colonialista inglés. En Francia, en 1789, el poder legislativo ocupa la labor constituyente y tiene, de golpe, tanto poder que no puede dividirse y empezar por una Constitución. Las sugerentes afirmaciones históricas de Bartolomé Clavero no quieren ser el planteamiento ideal del filósofo que tras los tres poderes quiere ver siempre libertades y no, fundamentalmente, poderes. Supone –desde presupuestos anarquistas, no hay que olvidarlo– que cabe una agencia colectiva capaz de ejercer un derecho “constituyencial”. Pero tal ejercicio social de la constituyencia requiere deshacerse de la soberanía de la Nación y del Pueblo. La no por ideal menos sugestiva propuesta crítica de Bartolomé Clavero no quiere ser la ingenua posición ante la actividad constituyente del filósofo, puede que no alcance a ser la realista del jurista, pero es la del historiador. La “constituyencia” de las contingentes comunidades humanas no es posible desde la nación y sus tres poderes. Requiere un derecho a la diferencia, dentro de la comunidad con la que el sujeto se identifica y a la que pertenece. Reaparece, con Clavero, la persistencia de que no hay constituyencia humana (o de una unidad política abstracta). Sólo cabe la constituyencia de formas jurídicas autodeterminadas desde el primer derecho constituyencial a la diferencia de una comunidad

elegida. Nada más lejos de esta autolegislación de los ciudadanos que la exclusión racial, folklórica, económica o étnica del otro. Cualquier secesión planteada como un derecho es una demanda estrafalaria si se dan las condiciones para que los individuos libremente ejerzan como ciudadanos la legislación moral y jurídica que desean regule su convivencia de acuerdo con la razón. Y a esta demanda abierta de mayor participación cívica, con respeto a las instituciones representativas, estamos obligados los universitarios e investigadores tanto en Brasil como en España.

Referências bibliográficas

RNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialéctica de la Ilustración*. Traducción de H. A. Murena. Buenos Aires: Sur, 1970.

CARRIÓ, Genaro. *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Buenos Aires: Astrea de Rodolfo de Palma, 1972.

CLAVERO, Bartolomé. *El Orden de los Poderes. Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*. Trotta: Madrid, 2007.

DONOSO CORTÉS, Juan. Lección VI. De la soberanía absoluta y la soberanía limitada. In: *Lecciones de Derecho Político, Obras Completas, I* (edición, introducción y notas Carlos Valverde). Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1970.

_____. Dictamen sobre el proyecto de reforma de la Constitución de 1837. In: *Lecciones de Derecho Político, Obras Completas, I* (edición, introducción y notas Carlos Valverde). Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1970.

ELSTER, Jon (Compilador). *La democracia deliberativa*. Traducción José María Lebrón. Barcelona, Gedisa, 2000.

ELSTER, Jon. *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*. Traducción de Ezequiel Zaidenweg. Buenos Aires: Katz, 2006.

_____. *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricción*. Traducción de Jordi Mundó. Barcelona: Gedisa, 2002.

_____. *Tuercas y tornillos*. 2ª Reimpresión. Traducción de Antonio Bonnano. Barcelona: 1996.

_____. *Psicología política*. Traducción de Alcira Bixio. Barcelona: Gedisa, 1995.

_____. *Ulysses and the sirens. Studies in rationality and irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. Presentación de Clara Álvarez y traducción de Manuel Martínez Neira. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2003.

_____. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

_____. Potere costituente e diritto pubblico. Il caso italiano, in particolare. In: POMBENI, Paolo (Org.), *Potere Costituente e Reforme Costituzionale*. Bolonia: Il Molino, 1992, p.55-77.

GAUCHET, Marcel. *La démocratie contre elle-même*. París, Gallimard, 2002.

_____. *La Révolution des droits de l'homme*. París: Gallimard, 1989.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Traducción de Marina GascónBuenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

_____. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Traducción de Ignacio Gutierrez Gutierrez y prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Tiempo de transiciones*. Traducción de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2004.

_____. *La constelación posnacional. Ensayos políticos*. Traducción de Pere Fabra Abat, Daniel Gamper Sachse y Luis Díez. Barcelona: Paidós, 2000.

_____. *La inclusión del otro. Estudios de Teoría política*. Traducción de Juan Carlos Velasco y Gerard Vilar, introducción de Juan Carlos Velasco. Barcelona: Paidós, 1999.

_____. *Facticidad y Validez*. Introducción y traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

_____*Más allá del Estado nacional*. Traducción y presentación de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1997.

_____*Observaciones a “¿Necesita Europa una Constitución”*. Traducción de Antoni Torregrossa. *Debats*, n.55, Edicions Alfons el Magnanim, mar., 1996, Valencia, p.21-24.

_____*Después de la caída El fracaso del comunismo y el futuro del socialismo*. Traducción de Ana Ferrero y Mercedes Villegas. Barcelona: Crítica, 1993.

_____*La necesidad de revisión de la izquierda, Madrid*. Introducción y traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Tecnos, 1991.

_____*Identidades nacionales y posnacionales*. Traducción e introducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Tecnos, 1989.

_____*Perfiles filosófico-políticos*. Traducción de Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Taurus, 1986.

HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. *Debate sobre el liberalismo político*. Traducción de Gerard Vilar Rocard e introducción de Fernando Vallespín. Barcelona; Buenos Aires; México: Paidós, 1998.

HAYEK, Friedrich. *Los Fundamentos de la Libertad*. Traducción de José-Vicente Torrente. Madrid: Unión Editorial, 1975.

LAPORTA, Francisco (Ed.) *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

LAPORTA, Francisco. Norma básica, Constitución y decisión por mayorías. *Revista de las Cortes Generales*, n.1, 1984, Madrid, p.35-57.

MAVIDAL, Jérôme; COLOMBEY, Emile; et. all. (Org.). *Archives parlementaires de 1787 a 1860. Débats législatifs & politiques des Chambres françaises*, T. VIII (Primera Serie: 1789-1799). París: Librairie Administrative de Paul Dupont, 1875.

_____. *Archives parlementaires de 1787 a 1860. Débats législatifs & politiques des Chambres françaises*, T. VIII (Primera Serie: 1789-1799). Desmeuniers. Convención nacional, 10 de mayo de 1789. París: Librairie Administrative de Paul Dupont, 1875.

MARTUCCI, Roberto. *L'ossessione costituente. Forma di governo e costituzione nella Rivoluzione francese, 1789-1799*. Bolonia: Il Mulino, 2000.

MORTATI, Constantino. *La Constitución en sentido material*. Traducción y estudio preliminar de Almudena Bergareche Gros y epílogo de Gustavo Zagrebelski. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

_____. La teoria del potere costituente. In: POMBENI, Paolo (Ed.), *Potere Costituente e Riforma Costituzionale*. Bolonia, Il Molino, 1992, p.183-193.

La teoria del potere costituente. Nozioni introduttive, *Studio sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*. Milán: A. Giuffré Editore, 1972.

MORODO, Raúl. *La transición política*. Madrid: Tecnos, 2004.

MOUFFE, Chantal. *La paradoja democrática*. Traducción Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar. Barcelona: Gedisa, 2003.

NEGRI, Antonio. *El poder Constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. Traducción de Clara de Marco. Madrid: Libertarias/Prodhuft, 1994.

_____. *L'anomalia selvaggia. Saggio su potere e potenza in Baruch Spinoza*, Milán: Giancomo Feltrinelli, 1981.

NINO, Carlos Santiago. *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genarro Carrió*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.

OFFE, Claus. *Autorretrato a distancia. Tocqueville, Weber y Adorno en los Estados Unidos de América*. Traducción de Joaquín Etorena. Buenos Aires: Katz, 2006.

_____. *Las nuevas democracias. Transición política y renovación institucional en los países postcomunistas*. Traducción de Marco Aurelio Galmarini y Mireia Bofill. Barcelona: Hacer, 2004.

_____. *La gestión política*. Traducción de Paloma García Picazo y Maria Luisa Gómez de Pablos. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad social, 1992.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

PALOMBELLA, Gianguili. *Constitución y Soberanía. El sentido de la democracia constitucional*. Traducción y prólogo de José Calvo González. Granada: Comares, 2000.

PÉREZ SERRANO, Nicolás. *Escritos de Derecho político, I*. Presentación de Nicolás Pérez-Serrano Jauregui. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1984.

POSADA, Adolfo. *La reforma constitucional*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1931.

ROMANO, Santi. Costituente. In: In: POMBENI, Paolo (Org.), *Potere Costituente e Riforme Costituzionale*. Bolonia: Il Molino, 1992, p.166-171.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Proyecto de Constitución para Córcega. Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma*. Traducción estudio preliminar de Antonio Hermosa Andujar. Madrid: Tecnos, 1988.

RUBIO LLORENTE, Francisco. Minorías y mayorías en el poder constituyente. *Anuario de Derecho constitucional y parlamentario*, n.3, 1991, Murcia, p.31-58.

SCHMITT, Carl. *El Leviathan en la Teoría del Estado de Thomas Hobbes*. Traducción de Francisco Javier Conde y edición y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez. Granada: Editorial Comares, 2004.

_____. *El concepto de lo político: texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*. Traducción de Rafael Agapito. Madrid: Alianza Editorial, 2002.

_____. *Teoría de la Constitución*. Traducción y presentación de Francisco Ayala y epílogo de Manuel García Pelayo. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

_____. *Sobre el parlamentarismo*. Traducción de Thies Nelsson y Rosa Grueso y estudio preliminar de Manuel Aragón. Madrid: Tecnos, 1990.

_____. *Legalidad y Legitimidad*. Traducción de José Díaz García. *Legalidad y Legitimidad*. Madrid: Aguilar, 1971.

SIEYES, Emmanuel. *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*. Traducción, introducción y notas de Marta Lorente Sariñena y Lidia Vázquez. Madrid, Alianza Editorial, 1989.

_____. Preliminaire de la Constitution. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen. In : MAVIDAL, Jérôme; COLOMBEY, Emile; et. all. (Org.). *Archives parlementaires de 1787 a 1860. Débats législatifs & politiques des Chambres françaises*, T. VIII (Primera Serie: 1789-1799). París: Librairie Administrative de Paul Dupont, 1875, p.256-261.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Écrits et discours politiques*. París : Gallimard, 1990.

WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Traducción de José Medina Echevarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynez y José Ferrater

Mora y nota preliminar José Medina Echevarría. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Traducción y prólogo de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

VVAA. *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

Notas de fim

[*] Esta conferencia de Clausura, en el I Congreso de Filosofía del Derecho y Filosofía Política, de la Universidad Federal de Uberlandia (Coordinación del Pr. Dr. D. Roberto Bueno, Uberlandia, Brasil, Marzo de 2012), forma parte de una investigación más extensa que aparecerá como libro, en España, titulado Génesis política de la Constitución (en prensa).

[1] La Constitución española de 1876 (código doctrinario de Cánovas del Castillo) compaginó Monarquía con la representación sustentada en la soberanía de la Nación, mientras que el ideario de Azcárate a favor de la necesaria reforma constitucional propugna una representación pura, Adolfo Posada, La reforma constitucional, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1931, 244 págs., págs. 13, 14.

[2] En realidad, Carl Schmitt, pese al comentario de Genaro Carrió, se desmarca de la semejanza establecida entre poder constituyente (Natura naturans) y poder constituido (Natura naturata) de las categorías del derecho constitucional con el panteísmo spinozista. Schmitt repasa su referencia a este tema en La dictadura y le atribuye esta asimilación del poder constituyente con una naturaleza creadora constante de todas las formas que no se deja encerrar, ella misma, en una forma dada al abate Sieyès. El abate (sic) habría creado una teología política al crear el analogón de la potestas constituens con la “natura naturans”, Schmitt, Carl, Verfassungslehre (versión española y presentación de Francisco Ayala; epílogo de Manuel García Pelayo, Teoría de la Constitución, Madrid, Alianza Editorial, (1ª ed. 1982) 1996, 377 págs., pág. 97. Vid., en el mismo sentido, el comentario a la naturaleza productora y a la naturaleza producida en Mortati, “Il fondamentali

principi organizzativi del potere costituente”, Studio sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato, Op. Cit., págs. 74. Schmitt hace la interpretación más antinormativista de Sieyès a los efectos de su definición de soberanía. Schmitt adopta la primera concepción del poder constituyente como poder latente y en vigilia, siempre tendente a reavivarse frente a la Constitución, y nunca definitivamente juridificado. Ramón Maiz, Nación y Revolución: la teoría política de Emmanuel Sieyès, Madrid, Tecnos, 2007, 208 págs., pág. 150.

[3] Baruch Spinoza, Ética demostrada según el orden geométrico (introducción traducción y notas de Vidal Peña), Madrid, Alianza Editorial, 1987, 379 págs., p. 78. Dice exactamente así: “(...) quiero explicar aquí –o más bien advertir– qué debe entenderse por Naturaleza naturante, y qué por Naturaleza naturada (...) por Naturaleza naturante debemos entender lo que es en sí y se concibe por sí, o sea, los atributos de la substancia que expresan una esencia eterna o infinita, esto es (...) Dios, en cuanto considerado como causa libre. Por Naturaleza naturada, en cambio, entiendo todo aquello que se sigue de la necesidad de la naturaleza de Dios, o sea, de cada uno de los atributos de Dios, esto es, todos los modos de los atributos de Dios, en cuanto considerados como cosas que son en Dios, y que sin Dios no pueden ser ni concebirse.”.

[4] Así se acabó con el absolutismo de Fernando VII, mediante la Constitución de Cádiz de 1812; e igualmente se superan regímenes dictatoriales con la Constitución de 1837, frente al Estatuto Real de 1834, propiciado por la reina María Cristina; la Constitución de 1856, que no llegó a entrar en vigor, frente al bienio moderado; la Constitución de 1869, para destronar a la reina Isabel II; el intento de constitucionalización de la República española de 1873, truncado por el general Pavía en 1874; incluso el intento canovista de legitimar la restauración

favorecida por un golpe de fuerza cuenta con un simulacro de Constituyentes - las primeras Cortes de la Restauración- de las que será expresión la Constitución escrita de 1876.

[5] Adolfo Posada, La reforma constitucional, (1931, págs. 53-55). Posada sólo relaciona poder constituyente y dictadura (de Primo de Rivera) para dar cuenta de la ruptura del pacto constitucional mantenedor de la Restauración y subrayar que tal arranque del proceso contituyente está exigiendo la reforma constitucional de 1931, Ibid. pág. 27.

*Os significantes vazios para uma
totalidade latino-americana:
as demandas antagônicas no coração do continente e
seus reflexos nas relações internacionais (e no direito
comunitário) da América do Sul*

*Los significantes vacíos para un todo latino-americana: demandas antagónicas en el
corazón del continente y sus reflejos en las relaciones internacionales (y al derecho
comunitario) de América del Sur*

The empty signifiers for an all latino-americana: antagonistic demands in the
heart of the continent and its reflexes in international relations (and into
community law) of South America

Alexandre Neves Sapper

SUMÁRIO: Introdução; 1- A Formação da Identidade Latino-Americana: Como Realizar uma Tentativa de Unidade nos Múltiplos Interesses?; 1.1- As Conjunturas e Processo Democrático dos Países Envolvidos no Embate FARC= Venezuela + Equador x Colômbia: os Três Países Envolvidos e suas Peculiaridades nos Ditames Populares; 2- O “Ser” Internacional e sua Importância; 2.1- A Teoria das Relações Internacionais Inseridas no Contexto Latino: o Uso da Força para Manter a Soberania; 3- As Estruturas Hegemônicas no Contexto Caribenho e o Respaldo Venezuelano na Teoria Discursiva de Ernesto Laclau; 3.1- A Imprescindibilidade dos Significantes Vazios para uma Formação Hegemônica do Discurso; 3.2- Um Breve Apanhado do Caráter Antagônico na Formação Discursiva; Considerações Finais; Referências.

Introdução

A conjuntura política na América do sul, apesar de tentar impor um ritmo organizado e paralelo com os dizeres globais, segue provocando antigas (e permanentes) perguntas: *Quem somos? Quem fomos? Quem seremos?* (RIBEIRO, 1986, p. 85). Não obstante, deflagrou-se recentemente o que Gabriel García Márquez alcunhou em 1981 de “*Crônicas de uma morte anunciada*”: o embate ríspido e evidente entre o presidente “bolivariano” Hugo Chávez e Uribe “lacaio imperialista” da Colômbia.

Porém, foi possível observar um entrelaçamento ideológico entre os ditames venezuelanos e equatorianos. Uma situação poucas vezes vivida no continente latino, onde se somaram forças comuns contra um representante (do) estrangeiro, tendo, inclusive, a própria população colombiana, apoiando os ditames “revolucionários e libertadores” do “eixo bolivariano”.

É neste sentido que o presente texto intitulado *Os significantes vazios para uma totalidade Latino-americana: as demandas antagônicas no coração do continente e seus reflexos nas Relações Internacionais da América do Sul* intenta colocar, sob o aporte de uma formação discursiva proporcionada por Ernesto Laclau/Chantal Mouffe numa tentativa de elucidar com os chamados *significantes vazios* e a produção *antagônica* discursiva que cria condições para termos essenciais para o “eixo bolivariano”, como integração, emancipação, clamor do excluído e orgulho de ser nacional.

Foi proposto também o debate acerca da identidade latino-americana e a influência de Simon Bolívar não somente para a Venezuela, mas como ícone para todo o continente no que diz respeito à proclamação de nação continental e a luta pelos “seus” contra os “outros”, naquilo que foi intitulado de *Gran Colômbia*. O capítulo em pauta foi seguido de um subtítulo que apontou uma

breve formulação das conjunturas dos três países envolvidos no embate promovido pela invasão do espaço aéreo Equatoriano pela Colômbia.

Para ilustrar os conceitos básicos das relações internacionais e da formação de uma política internacional no continente latino, foram elaborados dois breves subtítulos para elencar questões pontuais sobre a questão da soberania no “Plano Colômbia” e suas implicações para uma agenda de integração no continente em tela.

E, por fim, foi elaborado um aporte teórico do viés discursivo dos autores acima citados, com o fim de respaldar as questões propostas pelos “libertadores” latino-americanos e os porquês de sua aprovação popular, bem como a impopularidade do governo Colombiano demonstrada em sua própria população.

1- A Formação da Identidade Latino-Americana: Como Realizar uma Tentativa de Unidade nos Múltiplos Interesses?

O continente latino-americano foi palco, a partir da sua descoberta, de uma sucessiva (e ainda interminável) série de eventos que lastimaram os povos (GALEANO, 1971) e deixaram ingratas heranças de identidade, em que corroboram nos dias de hoje para um difícil processo de integração. Nos termos da exploração colonial descritos na obra de Eduardo Galeano é pertinente colocar a frase seguinte para ilustrar, com certa ironia, a condição do continente latino:

A América é, desde sempre, o continente dos mal-entendidos. O almirante procurava o caminho das Índias, descobriu os índios, isto é, o Novo Mundo. Um mundo que ainda permanece muito novo. As eclosões permanentes dos clichês e dos mitos que ele suscita, terceiro-

mundistas ou liberais, o atesta. Se o bom revolucionário sucedeu ali ao bom selvagem, o capitão-de-indústria, herói do desenvolvimento sem entraves, substitui atualmente o desmatador ou o pioneiro (ROUQUIÉ, 1991, contracapa).

No que tange ao objeto específico do presente trabalho, que é ressaltar o debate acerca da tensão promovida pela Colômbia com relação à invasão do espaço aéreo equatoriano e os desacordos com a Venezuela oriundos deste evento, é pertinente ressaltar a formação do ideário revolucionário formado ao norte da América do sul, contrastando com a Colômbia visivelmente comprometida com Washington.

A pergunta: *Existe uma América Latina?* (1986, p. 11), alcinhada pelo autor Darcy Ribeiro em sua obra intitulada “*América Latina: A Pátria Grande*” é de todo nato deste continente. Porém, a questão proposta pelo autor carece de elucidação plausível que indique uma “esperança” de integração, como ele mesmo coloca:

No plano geográfico é notória a unidade da América Latina como fruto de sua continuidade continental. A esta base física, porém, corresponde uma estrutura sócio-política unificada e nem mesmo uma coexistência ativa e interatuante. Toda a vastidão continental se rompe em nacionalidades singulares, algumas delas bem pouco viáveis como quadro dentro do qual um povo possa realizar suas potencialidades. Efetivamente, a unidade geográfica jamais funcionou aqui como fator de unificação porque as distintas implantações coloniais das quais nasceram as sociedades latino-americanas coexistiram sem conviver, ao longo dos séculos. Cada uma delas se relacionava diretamente com a metrópole colonial. Ainda hoje, nós, latino-americanos, vivemos como se fôssemos um arquipélago de

ilhas que se comunicam por mar e pelo ar e que, com mais frequência, voltam-se para fora, para os grandes centros econômicos mundiais, do que para dentro (RIBEIRO, 1986, p. 11).

Com relação à “esperança de integração” colocada no parágrafo anterior é imprescindível a menção do chamado *Caballero Andante de la Libertad* (QUIROS), por Simon Bolívar, pois sua tentativa de unificação e integração da chamada “*Gran Colômbia*” [1] que se compreendia daquilo que hoje dizem a respeito da Venezuela, Colômbia, Equador, Peru, Bolívia e Panamá. Seus objetivos principais [2] para uma efetiva integração eram da seguinte ordem:

1- *De la necesidad de conocer, lo más apropiadamente posible, la realidad histórico-social en la que le toca desarrollar su acción revolucionaria;*

2- *De la urgente necesidad de hacer un conjunto de definiciones teórico-políticas que al mismo tiempo que sirvieran de base para la unificación de todas las fuerzas empeñadas en la lucha por la independencia le dieran a esta lucha la fortaleza y la coherencia requerida;*

3- *De la necesidad de elaborar sobre la marcha, cuando no por adelantado, las orientaciones a seguir en la conducción de los asuntos políticos fundamentales relacionados con la guerra;*

4- *Y, por lo último, de la necesidad de realizar recurrentemente el análisis crítico (el balance) de los resultados (positivos y negativos) del desarrollo de la guerra Emancipadora* [3].

O jornalista Gilberto Maringoni ilustra em sua recente obra intitulada “*A Venezuela que se inventa: Poder, petróleo e intriga nos tempos de Chávez*” colocação similar do revolucionário venezuelano do século XIX, escrevendo o seguinte:

Eu desejo, mais que qualquer um, ver formar-se na América a maior nação do mundo, menos por sua extensão e riqueza que por sua liberdade e glória [...] É uma ideia grandiosa formar de todo o Novo Mundo uma só nação, com um só vínculo ligando suas partes entre si e com o todo. Já que tem uma origem, uma língua, uns costumes e uma religião, deveria, por conseguinte, ter um só governo que confederasse os diferentes Estados que haverão de formar-se. Mas não é possível porque climas remotos, situações diversas, interesses opostos, características dessemelhantes dividem a América. (MARINGONI, 2004, p. 201)

Com a citação acima descrita é possível descrever o fulcro do insucesso das intenções de Bolívar para a América, evidenciando uma inesgotável pluralidade de intenções que esvaziaram as chances de unificação e bem comum, provocando a lamentável colocação de que *“A América é ingovernável. Os que serviram à revolução araram no mar. A única coisa que se pode fazer na América é emigrar”* (MARINGONI, 2004). A situação atual intenta contornar a respectiva frase, pois o virtual líder do eixo revolucionário Hugo Chávez mantém um esforço para somar as mesmas perspectivas populares de aceitação nos países vizinhos, quais sejam: o embate com o estrangeiro... o neoliberal nefasto... a proteção para os “filhos de Bolívar”... o clamor do excluído a espera de suas expectativas aceitas (DUSSEL, 1989).

1.1- As Conjunturas e o Processo Democrático dos Países Envolvidos no Embate FARC= Venezuela + Equador x Colômbia: os Três Países Envolvidos e suas Peculiaridades nos Ditames Populares

Uma vez esgotadas as experiências ditatoriais, distintos setores da sociedade afirmaram, então, a necessidade de resolver os conflitos a partir do reconhecimento das diferenças do pluralismo (ANSALDI; GIORDANO, 2006). Em contraste com as experiências violentas de resolução de conflitos características das ditaduras, que privilegiaram a lógica da guerra, encontram-se as experiências democráticas, que apostaram na lógica da política pra construção de um espaço onde fora possível dirimir os conflitos mediante administração social e democrática (idem, p. 107). Assim, se afirmou também a construção de uma ordem política em que o consenso fosse fundamental. A partir deste fato, obviamente, surgiram inúmeras divergências com relação à etimologia da palavra “democracia”, bem como a “democratização” [4].

A concepção de democratização remete diretamente a outros dois conceitos: transição e consolidação da democracia, sendo a primeira perceptível na realização de eleições livres; tomada do governo por partidos e candidatos vencedores e a aprovação de uma nova Constituição.

O Equador, de Rafael Correa, é um país com uma grande população indígena, que já assistiu ao crescimento de sua capacidade de organização e a seu posterior declínio por tornar-se movimento político institucional. Um povo acostumado a eleger e retirar presidentes da república de seus postos de poder. Uma enorme massa populacional com esperança de que algo mude mediante a convocação da Assembleia Constituinte que se anuncia e com o governo do solitário Rafael Correa, presidente eleito 2006 que rompe com o poder das elites tradicionais da América Latina [5].

A Venezuela é o mais evidente e notório caso de identificação e massificação com o seu líder na América latina (Rafael Hugo Chávez Frias), bem como a sua potente retórica contra os países imperialistas. Fato que consolida a aceitação popular do seu governante e o respalda para liderar o “eixo revolucionário latino-americano” em uma busca pela identidade continental “para nós” e “contra os outros”, concretizando a sua aceitação. Também é pertinente salientar a tentativa de golpe sofrida em 2002, na qual a população saiu às ruas e pediu o retorno de seu presidente. O próprio autor Ernesto Laclau apontado a seguir no respectivo artigo se pronuncia a favor de Chávez, dizendo o seguinte:

O caso de Chávez é o que mais se aproxima do populismo clássico pelo fato mesmo de que se tinha lá um sistema político podre, com uma base clientelista, com uma escassíssima participação de massa. Havia a típica situação pré-populista: havia demandas que ninguém podia canalizar dentro do sistema político. Chávez começa a interpelar essas massas por fora do sistema institucional tradicional. Faz essas massas participarem do sistema político pela primeira vez. Isso se produz por meio de mecanismos populistas, através da identificação com o líder. O que se dá não é um populismo do tipo autoritário, porque essa não é uma mobilização de cima. Pelo contrário, há um aspecto de auto-organização das massas, nos locais de trabalho [6].

A Colômbia, com o seu caráter ideológico isolado protagonizado por Álvaro Uribe Vélez chegou à Presidência com o discurso de reprimir as guerrilhas marxistas [7]. É o país do contraste na respectiva lide, no qual se encontra isolado no que tange aos auspícios de uma revolução e, também, por

ser declaradamente aliado dos Estados Unidos, fato que simplesmente já desencadeia uma disputa pelo poder na região em tela.

O contexto interno colombiano também não favorece o presidente deste país, inclusive com marchas pró-Chávez e anti-Uribe, conforme proclama o MOVICE [8] (*Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado*) que denuncia abusos que seriam notícia corriqueira no século passado, entre elas: tortura, desaparecimento, interrogatório e assassinato.

2- O “Ser” Internacional e sua Importância

As relações internacionais têm ocupado um lugar desconfortável, até pouco tempo considerado marginal, no estudo das ciências sociais. Contudo, seu foco se apresenta com clareza e simplicidade, abrangendo três formas de interação: as relações entre os Estados; as relações não estatais ou relações transnacionais e as operações do sistema como um todo, dentro do qual os Estados e as sociedades são os principais componentes (HALLIDAY, 2007). Mesmo que possam variar no destaque que dão a cada uma dessas formas de interação, todas as teorias do plano “internacional” propõem alguma explicação de cada uma delas. Assim, os principais debates das relações internacionais giram em torno, em maior ou menor grau, dessas três dimensões e da primazia de uma ou de outra (HALLIDAY, 2007, p. 15).

Entretanto, as relações internacionais são igualmente localizadas em outra dimensão, aquela do mundo “real” ou “não reflexivo”. No plano internacional, como em mais nenhum outro campo da ampla atividade humana, o mítico e o imaginário desempenham um papel central no discurso cotidiano. Basta lembrar as forças de identificação e ódio nacional, da quase que universal incidência de teorias de conspiração e suspeitas sobre “estrangeiros”, a fantástica

ignorância, mesmo entre os mais instruídos, sobre outros países e a facilidade com que as paixões públicas são provocadas pela representação enganosa do estrangeiro, do estranho, do “outro” (HALLIDAY, 2007, p. 19), mostrando uma completa falta de alteridade no “vizinho”.

2.1- A Teoria das Relações Internacionais Inseridas no Contexto Latino: o Uso da Força para Manter a Soberania

O contexto beligerante demonstrado no seio colombiano é notório e gritante a quase meio século, sendo o território controlado pelo Estado “oficial” de apenas 1/3 de seu território soberano (PECEQUILO, 2004, p. 209). Fato que cria, obviamente, uma série de justificativas para repressão do tráfico, inclusive aceitar ajuda externa para manter o controle e justificar a colocação a seguir:

Um exemplo de atuação repressiva, na qual estaria envolvida cooperação multilateral, mas com o uso do exército, é o Plano Colômbia, criado pelos EUA, envolve o envio de ajuda financeira e militar para o combate ao tráfico neste país, não estando descartada uma intervenção direta. Além disso, o governo americano, por meio de seu Congresso e suas agências especializadas de inteligência e combate às drogas, possui “políticas de certificação” de países estrangeiros que servem como base para o fornecimento desta cooperação e ajuda. Caso o país avaliado pelos EUA esteja demonstrando de fato combater o narcotráfico, ele receberá a ajuda, caso contrário, sendo reprovado na certificação, será excluído (PECEQUILO, 2004, p. 211).

A soberania que a Colômbia tenta proclamar para retomar o território é esquizofrênica, pois o próprio conceito clássico de Jean Bodin [9], no Capítulo VIII do Livro I diz: “[...] *a Soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República, palavra que se usa tanto em relação aos particulares quanto em relação aos que manipulam todos os negócios de estado de uma República*”. Ou seja, a própria solicitação de auxílio para manter o caráter soberano já descaracteriza este conceito. Nos auspícios de “liberdade, independência e soberania” latino-americana proclamada pelo presidente venezuelano, a Colômbia gera um entrave e uma ofensa para um continente que busca autonomia, conforme coloca o professor Vizentini em seu artigo [10]. Fato que, também, torna antagônica a relação com o vizinho “bolivariano”.

3- As Estruturas Hegemônicas no Contexto Caribenho e o Respaldo Venezuelano na Teoria Discursiva de Ernesto Laclau

O termo “hegemonia” [11] se refere a uma forma particular de dominação, na qual uma classe torna legítima sua posição e obtém aceitação em não apoio irrestrito, daqueles que se encontram abaixo. Até certo ponto, toda dominação baseia-se na coerção e no potencial de uso da força. Este tipo de poder, no entanto, é relativamente instável.

Para que a dominação seja estável, a classe governante precisa criar e manter estilos de ampla aceitação de pensar sobre o mundo que definam sua dominação como razoável, justa e no melhor interesse da sociedade como um todo. O respectivo termo, então, refere-se tanto aos mecanismos e bases sociais da dominação quanto ao fato da própria dominação. Como conceito, focaliza atenção em como dominação e subordinação são definidas como parte da estrutura normal da sociedade e incluídas no arcabouço institucional dos

principais aspectos da vida social, desde a família à educação e à religião organizada.

Nos termos acima descritos é verossímil a afirmação de que o cenário e a dinâmica internacional em que atuam os grandes Estados periféricos não são novos e imparciais, mas se organizam em torno de estruturas hegemônicas de poder político e econômico (GUIMARÃES, 2002).

O conceito de “Estruturas Hegemônicas” no subtítulo do presente texto é preferível ao de Estado Hegemônico, pois segundo o professor Samuel Pinheiro Guimarães (2002):

Por Estado Hegemônico se pode entender aquele Estado que, em função de sua extraordinária superioridade de poder econômico, político e militar em relação aos demais Estados, está em condições de organizar o sistema internacional, em seus diversos aspectos, de tal forma que seus interesses, de toda ordem, sejam assegurados e mantidos, se necessário pela força, sem Potência ou coalizão de Potências que possa impedi-lo de agir. (p. 25).

O filósofo argentino Ernesto Laclau rebate contundentemente a concepção acima em sua obra (e de sua esposa Chantal Mouffe) intitulada *Hegemonia e Estratégia: para uma radicalização da democracia*, a concepção vigente de Hegemonia, colocando que

[...] el concepto de hegemonía no surgió para definir un nuevo tipo de relación en su identidad específica, sino para llenar un hiato que se había abierto en la cadena de la necesidad histórica. Hegemonia hará alusión a una totalidad ausente y a los diversos intentos de recomposición y rearticulación que, superando esta ausencia originaria, permitieran dar un sentido a las luchas y dotar a las fuerzas

históricas de una positividad plena. (LACLAU; MOUFFE, 2006, p. 31 [12]).

A produção do caráter hegemônico proposto por Laclau não diz respeito simplesmente a uma totalidade fechada e caracterizada no *uno*, mas sim de uma compilação de demandas que não possuem um objetivo comum, mas uma insatisfação não resolvida e a múltiplas necessidades. Nesse sentido, seguem corroborando os respectivos autores:

Construir el concepto de hegemonia no supone, pues, un mero esfuerzo especulativo en el interior de un contexto coherente, sino un movimiento estratégico más complejo, que requiere negociar entre superficies discursivas mutuamente contradictorias. (LACLAU; MOUFFE, 2006, p. 129). [13]

Ao seguir a linha de pensamento do autor acima mencionado, pode-se afirmar que há um reconhecimento tácito de que as demandas díspares são reconhecidas e aceitas, a ‘hegemonia’, então, refere-se ao globo total em um determinado espaço de tempo na história. Para uma melhor compreensão poder-se-ia compor a expressão “momento hegemônico”. No tópico a seguir será dada a continuidade aos conceitos tecidos por Laclau, mais especificamente sobre a concepção de “significante vazio”.

3.1- A Imprescindibilidade dos Significantes Vazios para uma Formação Hegemônica do Discurso

A busca pela aceitação popular é *mister* para formação de uma base sólida nos meandros da massa, para tanto, são usadas categorias retóricas que

Ernesto Laclau nomeou de significantes vazios. Estes ocorrem “quando um discurso tem universalizado em demasia seus conteúdos, quando esse passa a fazer sentido a uma multiplicidade de identidades, a ponto de ele se tornar incapaz de ser significado de forma exata” (MENDONÇA, 2006, p. 84).

É evidente no objeto deste breve texto a observância de diversos significantes vazios, como a Integração latino-americana, por exemplo. Ou até mesmo a própria exclusão da Colômbia no eixo libertário em virtude de ser “diferente de nós, latinos” e estar com “eles”, imperialistas. O termo “integração” se forma em uma infundável soma de fatores que se dispersam separadamente, porém, “[...] apesar de um significante vazio ser um significante sem significado em função de uma polissemia de sentidos que faz com que este esvazie seus conteúdos específicos, é possível perceber a existência de seus limites”. (MENDONÇA, 2006, p. 85).

Ainda sobre a formação do significante vazio é pertinente salientar, segundo o professor Daniel de Mendonça (2006), que

Ao mesmo tempo em que os limites de um significante vazio impedem a sua expansão significativa e ameaçam sua existência, esses servem também para afirmar a própria constituição dessa cadeia discursiva, unindo ainda mais as diferenças por ela agregadas, tendo em vista que o limite antagônico é idêntico a todas as identidades constituidoras do significante vazio, gerando, pois, a união dessas diferenças em torno de um luta comum: contra algo que, de uma forma ou de outra, impede a constituição dos elementos dessa cadeia de equivalências. (p. 86).

No sentido proposto pelo Professor Daniel de Mendonça acerca dos “significantes vazios” pode-se depreender que estes, em que pese a pluralidade de

demandas que o tornam impreciso, são dependentes e relacionados para uma formação antagônica de discurso, que termina por se constituir da mesma formação tida como ‘contrária’, como será demonstrado no tópico a seguir.

3.2- Um Breve Apanhado do Caráter Antagônico na Formação Discursiva

A existência do termo “antagonismo” proposto por Laclau/Mouffe está diretamente ligado com os limites por ele proposto, pois como segue ensinando Mendonça (2006):

Em linhas gerais, o antagonismo representa a impossibilidade da constituição de um sentido objetivo, ou positivo, de uma formação discursiva. Sabe-se, a partir dos pressupostos da teoria do discurso, que a produção de sentidos por um sistema discursivo é sempre precária, contingente e limitada pelo seu corte antagônico. Justifica-se o seu caráter precário, pois os sentidos constituídos por um determinado sistema discursivo estão sempre tendentes a serem alterados na relação com os demais discursos dispostos no campo da discursividade, que é o espaço no qual os discursos disputam sentidos hegemônicos. (p. 70).

Na afirmação acima mencionada pode-se auferir, com relação ao discurso político, que a formação discursiva está em constante formação e ebulição e, também, que o seu caráter antagônico é essencial para sua caracterização. Pois termina por gerar uma representação na sua oposição, ou seja, gera um “terceiro indivíduo” dentro de sua própria formação. No caso específico do governo Chávez, mais precisamente no referendo do “*si*” ou “*no*” para aprovação de suas polêmicas propostas de emendas constitucionais, pode-se

notar um exemplo típico de antagonismo, em que o “*no*” que basicamente formaria um abatimento nos seguimentos governamentais de Hugo Chávez se mostrou crucial para o que foi colocado aqui com um “terceiro indivíduo” mítico, gerado pelas demandas antagônicas. Caso similar, ocorreu na Colômbia de Uribe, onde foi eleito, graças à movimentação das FARC que tanto geraram (e ainda geram) oposição ao atual presidente.

Considerações Finais

Os auspícios taxados como “imperialistas” parecem encontrar, mais do que nunca, forte resistência na América do Sul. O “Plano Colômbia”, em uma lógica linear, permanecerá na (e para a) Colômbia, porque a “hegemonia” latino-americana, liderada pelos países “revolucionários”, contracenam e se unem com um objetivo comum: não permitir o avanço do “outro” que é representado pela Colômbia e representa os EUA.

Ironicamente, o processo de integração (que nunca ocorreu devidamente), parece dar sinais de evolução justamente em uma demanda antagônica, estreitando laços entre vizinhos em uma lide com o país vizinho, mas que mantém interesses terceiros aquém dos latinos.

As relações internacionais avançam neste sentido na América Latina: o clamor popular do desfavorecido é desmedidamente usado para obter aprovação da população contra um “estranho no ninho” que invade território alheio, usando o combate ao terrorismo (que também se configura como significante vazio) como discurso de protecionismo e manutenção do governo de direito proposto pelo então Presidente Álvaro Uribe.

Nas categorias propostas pelos discursos dos prós e contras Chávez, Correa ou Uribe, pode-se notar que a projeção de aceitação popular não está

somente em uma ação positiva ou negativa, ou em certo e errado, mas sim, em um embate entre os seus significantes opostos proclamados: de um lado o libertador e de outro o imperialista que aceita armas e treinamento dos EUA.

Os significantes vão além do clamor populacional, assumindo identidade própria em determinados embates, pois a busca é por uma identidade intangível nesse sentido, visto a quantidade de demandas que fazem parte do contexto objeto do presente trabalho.

Na categoria antagonônica também é possível evidenciar, segundo o aporte teórico envolvido no texto que a própria invasão do território equatoriano pela Colômbia engrandeceu os argumentos libertários, revolucionários, bolivarianos de Hugo Chávez, complementando que as articulações antagonônicas sobre um determinado significante tendem a proliferá-lo. Como ocorreu na presente demanda, evidenciada pela manifestação da Organização dos Estados Americanos contra a atitude Colombiana, exigindo pedido de desculpas formais do Presidente deste país pelo equívoco cometido.

Os intentos de prosperidade e identidade, influenciados pela mitológica figura de Bolívar como significante vazio enquanto ideal parecem prevalecer sobre a noção esquizoide de segurança nacional contra uma possível invasão ou ataque terrorista nos meandros latino-caribenhos.

Referências bibliográficas

ANSALDI, Waldo; GIORDANO, Verônica. *Crônica del siglo XX: historia de américa latina*. Madrid: Dastin, 2006.

CASELLA, Paulo Borba. *Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 1996.

COSTA, Jurandir F. *A Ética e o Espelho da Cultura*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

DUSSEL, Enrique. *Filosofia de la Libertación*. Madrid, 1983.

GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

GUIMARÃES, Samuel P. *Quinhentos anos de periferia*. Porto Alegre: UFRGS, 2002.

HALLIDAY, Fred. *Repensando as relações internacionais*. Porto Alegre: UFRGS, 2007.

JOHNSON, Allan G. *Dicionário de Sociologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

LACLAU, E.; MOUFFE, C. *Hegemonia y Estrategia Socialista: hacia una radicalización de la democracia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2006.

MARINGONI, Gilberto. *A Venezuela que se inventa: Poder, petróleo e intriga nos tempos de Chávez*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

MENDONÇA, Daniel de. *Democracia sem Democratas: uma análise da crise política no governo João Goulart (1961-1964)*. 2006. Tese (Doutorado) Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* em Ciência Política, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

PECEQUILO, Cristina S. *Introdução às Relações Internacionais*. Petrópolis: Vozes, 2004.

QUIRÓS, Luis V. *Siguiendo las huellas de Simon Bolívar*: caballero andante de la libertad. Carabobo: Ediciones de la dirección de cultura, 1976.

RIBEIRO, Darcy. *América Latina: A Pátria Grande*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

ROUQUIÉ, Alain. *O Extremo Ocidente*: Introdução à América Latina. São Paulo: EDUSP, 1987.

Notas de fim

[1] Foi o termo usado entre 1819-30 para diferenciar da República de Colômbia, instituída em 1819.

[2] Os objetivos principais de Simon Bolívar foram extraídos da obra intitulada Documentos Fundamentales em el Pensamiento de Simon Bolívar – Edición de los Círculos Bolivarianos de IMP.

[3] Livre tradução da citação acima: 1-A necessidade de conhecer, de forma mais adequada, a realidade histórica e social na escolha de você desenvolver sua ação revolucionária; 2- A necessidade urgente de um conjunto de definições teóricas e políticas, enquanto serviriam de base para a unificação de todas as forças envolvidas na luta pela independência fornecendo a força e a consistência desejada para tanto; 3- A necessidade de elaborar sobre a marcha, quando não com antecedência, seguindo as orientações na condução das questões políticas fundamentais relacionados com a guerra; 4- E a última, da necessidade de executar repetidamente as análises críticas (ponderação) dos resultados (positivos e negativos) do desenvolvimento da guerra emancipatória.

[4] A conceituação da palavra “democracia” não é pertinente para o respectivo subtítulo, pois intenta colocar o papel da transição democrática nos países elencados.

[5] Extraído do site: <<http://www.galizacig.com/index.html>>.

[6] Extraído do site: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u9569>>

6.shtml> em entrevista do respectivo autor com repórter do jornal Folha de São Paulo.

[7] Extraído do site: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/story/2003/05/030530_uribeag.shtml>.

[8] Extraído do site: <<http://www.movimientodevictimas.org/>>.

[9] Citação compilada do artigo de José Blanes Sala, do livro “Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul”. CASELLA, Paulo Borba. São Paulo: LTr, 1996. p. 707.

[10] Extraído do site: <http://educaterra.terra.com.br/vizentini/artigos/artigo_08.htm>.

[11] Verbete extraído do Dicionário de Sociologia, do autor Allan G. Johnson, p. 123.

[12] Livre tradução: [...] O conceito de hegemonia não surgiu para definir novo relacionamento em sua identidade específica, mas para preencher uma lacuna que havia sido deixada em aberto no decorrer de uma necessidade histórica. Hegemonia, no sentido proposto, vai reconhecer uma totalidade ausente e as diversas tentativas de recomposição e rearticulação que, superando esta ausência originária, permitiram dar um sentido as lutas e a dotar as forças históricas de uma positividade plena.

[13] Livre tradução: Construir o conceito de hegemonia no supõe, assim, um mero esforço especulativo no interior de um contexto coerente, mas sim movimento estratégico mais complexo, que requer negociar entre as superfícies discursivas mutuamente contraditórias.

Diretivas antecipadas de vontade: possibilidades no Direito Brasileiro

Declaración de voluntades anticipadas: posibilidades en el Derecho Brasileño

Advance directives: possibilities in the brazilian Law

Amanda Barbosa

SUMÁRIO: *Introdução; 1- Considerações sobre o Direito à Morte Digna; 2- Ortotanásia e Terminalidade da Vida; 3- Diretivas Antecipadas de Vontade e Exercício da Autonomia; Considerações Finais; Referências.*

Introdução

Os avanços da técnica médica têm apresentado à Bioética e ao Biodireito novos objetos de reflexão. Dentre eles, estão as mudanças provocadas no processo de morte pela possibilidade de prolongamento artificial da vida. Antes, o evento morte era encarado com naturalidade, vivido no seio familiar. Hodiernamente, as funções vitais do organismo podem ser mantidas e estimuladas para além dos limites naturais. Este cenário dá margem à obstinação terapêutica, além de excluir o doente de sua própria morte, quase sempre vivida no isolamento das unidades de terapia intensiva.

Diante disso, ter-se-á como objetivo apresentar as diretivas antecipadas de vontade como instrumento que viabiliza o respeito à autonomia do paciente em estado terminal. O paciente, ainda dotado de autonomia e capacidade de autodeterminação, poderá decidir quais tratamentos ou procedimentos deverão ou não ser realizados quando se encontrar em estado terminal e não tiver mais condições de manifestar a sua vontade, podendo definir outras questões

relacionadas a este momento, como se verá. Com a projeção de sua vontade para o futuro, preserva-se o exercício de sua autonomia e o direito à morte digna.

Para tanto, serão objetos de análise o direito à morte digna, com destaque à sua intrínseca ligação com a dignidade humana, as possíveis condutas que se apresentam diante da terminalidade da vida, notadamente a ortotanásia, e as diretivas antecipadas de vontade, passando-se por sua origem no direito norte-americano, esclarecimentos terminológicos e análise crítica do estado da arte no Brasil.

1- Considerações sobre o Direito à Morte Digna

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) elevou a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito. Enquanto vetor valorativo fundamental do texto constitucional, seu destaque e sua notabilidade parecem não ter sido acompanhados de uma reflexão adequada sobre o seu conteúdo. O uso indiscriminado da expressão “dignidade humana” por advogados, juízes e acadêmicos faz parecer que ela tudo justifica. Falta uma maior ponderação sobre o seu conceito e sua devida localização no sistema jurídico brasileiro [1].

Barretto, partindo da moral kantiana, aduz que o conteúdo da dignidade se desdobra em duas máximas: “não tratar a pessoa humana como simples meio e assegurar as necessidades vitais da pessoa humana” [2]. Da primeira máxima se extrai impedimento à reificação do ser humano, bem como o seu tratamento como peças destacáveis ou materiais biológicos. A segunda máxima, por sua vez, exige que o ser humano seja tratado como a conjunção de corpo e espírito, cujas necessidades básicas devem ser atendidas para que não seja submetido a situações de sujeição e degradação [3]. Nesse contexto, merecem destaque os cuidados relativos à saúde do paciente terminal.

Pode-se dizer que a natureza jurídica da dignidade é a de um dever ou encargo, na medida em que ela impõe limites ao exercício da liberdade individual. Seu conteúdo deve nortear, de forma absoluta, as relações interindividuais e as relações entre a coletividade e os indivíduos. Dela parte a exigência do reconhecimento de direitos subjetivos, constituindo-se fonte legitimadora de todos os direitos fundamentais [4], dentre eles o denominado direito à morte digna.

Apesar das dificuldades (ou até mesmo impossibilidade) de se chegar a um conceito de dignidade da pessoa humana, por se tratar de um termo vago, axiologicamente aberto e de conteúdo polissêmico, Sarlet propõe uma aproximação de seu conteúdo [5]. Embora esta não possa ser conceituada de maneira fixista, o que seria incompatível com o pluralismo e a diversidade de valores típicos das sociedades democráticas contemporâneas, considera-se que deve haver um esforço na busca de um conceito jurídico-normativo cuja definição alcance pleno sentido e operacionalidade em face do caso concreto, ainda que em permanente processo de construção e desenvolvimento, evitando-se a sua aplicação voluntarista [6].

Para o autor, a dignidade é limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, assumindo uma dimensão defensiva e prestacional, bem como se manifesta simultaneamente: a) na expressão da autonomia da pessoa humana, notadamente na tomada de decisões essenciais a respeito da própria existência; b) na necessidade de proteção por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada. Sua perspectiva assistencial poderá prevalecer em relação à dimensão autonômica, sempre que faltem as condições para uma decisão própria e responsável [7].

A dignidade humana é uma pré-condição. Não é um atributo outorgado pela ordem jurídica, mas antes uma qualidade inerente ao ser humano

que não admite gradação [8]. Em muitas situações enfrentadas pela Bioética, dentre elas a que será objeto de análise neste trabalho, parece haver um conflito entre a dignidade e a liberdade. Contudo, como bem avalia Andorno, esse conflito é aparente, pois a liberdade encontra na dignidade a sua margem de legitimidade [9].

Deve-se destacar que, apesar da imbricação entre dignidade e autonomia, contrariamente a Macklin – para quem a noção de dignidade humana é um conceito inútil para a ética médica, pois seu conteúdo seria o mesmo do respeito à autonomia do paciente [10] – uma noção não se reduz a outra. Caso as duas noções tivessem o mesmo conteúdo, chegar-se-ia à conclusão absurda de que indivíduos sem autonomia não possuiriam dignidade, como recém-nascidos e pessoas afetadas por transtornos mentais graves. Além disso, existem decisões autônomas que, por irem de encontro à dignidade, não são consideradas legítimas tanto pela Bioética quanto pelo Direito. Pode-se dizer que a dignidade fixa o marco dentro do qual as decisões ganham legitimidade [11].

Somente no âmbito da relação entre dignidade e direitos humanos [12] que os seus conteúdos podem ser devidamente concretizados e tornados operativos, aptos a produzir as necessárias consequências na esfera jurídica [13]. Tem-se que o direito à morte digna decorre precipuamente da dignidade humana, assumindo o *status* de direito fundamental na medida em que encontra amparo na CRFB/88 [14].

A menção a um direito à morte com dignidade e autonomia adveio da sensibilização com a situação do paciente terminal exposto a tratamentos que apenas prorrogam o momento da sua morte sem lhe trazer benefícios, circunstância denominada obstinação terapêutica ou distanásia. Morrer com

dignidade se relaciona à ideia de morrer em paz, no momento certo, com integridade física e espiritual, com conforto e alívio da dor e sofrimento [15].

De acordo com Jonas, ninguém tem o direito nem a obrigação de impor tais circunstâncias a um indivíduo, mantendo-o preso a uma vida que não considera mais digna de ser vivida. O direito de morrer, nesse contexto, é tão inalienável quanto o direito a viver. Este, no entanto, deve ser acompanhado da consciência concreta da iminência do evento morte, de forma que tal decisão só poderá ser tomada se precedida pelas informações e esclarecimentos devidos.

Tanto o viver como o morrer não podem ser transformados em uma obrigação incondicional, deve-se questionar, portanto, a extensão do dever médico nessas circunstâncias, até porque muitas vezes o médico se sente coagido a agir em direção ao prolongamento artificial da vida do paciente, seja pela ética profissional, seja pelo temor de sofrer responsabilizações. Certo é que o direito à morte digna decorre e compõe o próprio direito à vida, o qual está, a rigor, no cerne destas reflexões [16].

Quando o paciente terminal se encontra consciente e capaz de manifestar a sua vontade, não há dúvidas de que a sua decisão sobre o curso do tratamento dentro daquilo que compreende como morte digna deve ser respeitada pelo médico e por sua família. Contudo, também os pacientes cujos estados de inconsciência e incapacidade sobrevêm a um estado anterior de autonomia podem, nesse período, ter formado posicionamento acerca da morte e do modo como gostariam de enfrentá-la [17].

Nesse âmbito, as diretivas antecipadas de vontade se apresentam como mecanismo capaz de possibilitar a manifestação dessa vontade. Antes de apresentar o instituto, fazem-se necessárias considerações sobre as transformações provocadas pela tecnologia no processo de morte.

2- Ortotanásia e Terminalidade da Vida

Jonas observa que as mudanças no agir humano, provocadas pela técnica moderna, implicam necessariamente em uma modificação da Ética. Antes, a técnica era eticamente neutra, produzindo intervenções superficiais na natureza e tendo como móvel o atendimento das necessidades humanas. Na atualidade, ela assume proporções tais que deixa de representar tão só uma necessidade para também ser encarada como o maior empreendimento humano. Seus reflexos, além do presente, podem atingir o futuro [18].

As formulações éticas pautadas na imediatividade, a exemplo da Ética kantiana, permanecem válidas no seu próprio domínio, contudo, os novos limites do agir humano, proporcionados pelo desenvolvimento da técnica, demandam uma Ética de previsão e de responsabilidade compatível com a projeção das ações para o futuro. Deve-se ressaltar que o próprio homem se tornou objeto da técnica, o que se deu no desenvolvimento de possibilidades de prolongamento artificial da vida [19].

De acordo com Borges, a distanásia é expressão da obstinação terapêutica, da manutenção da vida a qualquer custo, prolongando-se o processo de morte artificialmente, sem que as intervenções representem uma melhor qualidade de vida ao paciente ou reais expectativas de reversão do quadro de terminalidade [20]. Trata-se de prática eticamente reprovável, pois instrumentaliza o homem, reduzindo-o à sua dimensão biológica [21]. Há divergências quanto ao seu enquadramento jurídico. Para Almeida, embora a distanásia encontre amparo legal, é prática eticamente inaceitável [22]. Villas-Bôas, por sua vez, entende que a distanásia pode representar lesão à integridade física do paciente, bem como cerceamento de sua liberdade, sempre que realizada a sua revelia, como forma de obter vantagens econômicas ou por vaidade profissional [23].

A ortotanásia é conduta diametralmente oposta, na medida em que representa a abstenção da realização de tratamentos extraordinários, suspendendo-se o esforço terapêutico para que se permita que a morte siga o seu caminho natural. Trata-se de prática de cunho terapêutico que garante dignidade ao paciente em estado terminal [24]. A conduta é considerada atípica em relação ao Código Penal (CP) e não se confunde com a eutanásia, embora, muitas vezes, seja difícil diferenciá-las quando se está diante de um caso concreto.

A eutanásia se refere à antecipação consentida da morte de paciente acometido por doença incurável, que se encontra em estado terminal e passando por forte sofrimento, medida motivada por um sentimento de compaixão ou piedade em relação ao enfermo [25]. A doutrina costuma classificar a eutanásia quanto à conduta médica, em ativa, quando praticado ato comissivo, ou passiva, se o médico não inicia ou suspende um tratamento. A eutanásia ativa ainda pode ser direta ou indireta [26], de acordo com a presença ou não da intenção de se abreviar a vida do paciente [27].

Jonas acredita que a eutanásia é prática incompatível com o sentido mais íntimo da ética médica, que nunca poderá atribuir ao profissional a função de provocar a morte, ainda que a pedido do paciente [28]. Nessa esteira, Junges a considera negação da pessoa como fim em si mesmo [29]. No Brasil, a prática da eutanásia vem sendo identificada como homicídio doloso privilegiado (art. 121, § 1º do CP), pela presença de motivo de relevante valor moral [30]. Também no Código de Ética Médica (CEM), a eutanásia conta com vedação expressa, como se vê em seu artigo 41: “É vedado ao médico abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal” [31].

Por se tratar de uma conduta omissiva, a ortotanásia pode ser confundida com a eutanásia passiva em determinadas circunstâncias. A principal

distinção entre tais figuras reside na natureza do tratamento que é suspenso ou interrompido: a eutanásia passiva representa a cessação de tratamentos ordinários, que trariam benefícios ao quadro de saúde do paciente terminal, enquanto a ortotanásia apenas afasta os tratamentos extraordinários e fúteis, que representam uma agressão desproporcional ao benefício que dela pode advir, se houver [32]. Costuma-se dizer que cada situação corresponde, respectivamente, a “matar” e a “deixar morrer” [33].

A Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina (CFM) foi a primeira a aventar a possibilidade de prática da ortotanásia. Seu artigo 1º dispõe: “É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.” [34]. Dentre as condutas possíveis diante de um quadro de terminalidade, a ortotanásia parece ser o caminho mais compatível com os imperativos da dignidade humana e do direito à morte digna.

O paciente ou seu representante legal, ao optar por ela, clama por um desfecho sem intervenções artificiais, nem para prolongar nem para adiar o momento da morte, mantendo-se os cuidados básicos [35]. Sabe-se que, muitas vezes, chegado o estágio terminal de uma doença, o paciente já não se encontra capaz de manifestar a sua vontade, recaindo as decisões sobre o final de sua vida nas mãos dos familiares e da equipe médica. As diretivas antecipadas de vontade surgem como instrumento capaz de fazer com que essas questões sejam determinadas pelo próprio sujeito, que poderá exercer a sua autonomia e liberdade nos momentos finais de sua vida.

3- Diretivas Antecipadas de Vontade e Exercício da Autonomia

As diretivas antecipadas de vontade surgem como instrumento de materialização da autonomia e do direito à morte digna, na medida em que propiciam a tomada de decisões sobre situações futuras, nas quais o sujeito se encontra incapacitado de manifestar a sua vontade. Tais condutas também terminam por proporcionar ao médico respaldo legal para a tomada de decisões em situações conflitivas, resguardando-o de eventual responsabilização [36]. No contexto da terminalidade, as decisões quanto ao tratamento médico dispensado nos últimos momentos, que terminam por ficar a cargo dos familiares e equipe médica, retornam à alçada do próprio sujeito.

Os Estados Unidos da América (EUA) foi o primeiro país a regulamentar as chamadas diretivas antecipadas de vontade (*advance directives*). De acordo com o *Patient Self-Determination Act* (PSDA), lei de âmbito federal publicada em 1990, há três formas de efetivar as diretivas antecipadas de vontade: o testamento vital (*living will*), o mandato duradouro (*durable power of attorney for health care*) e a decisão ou ordem antecipada para o cuidado médico (*advance care medical directives*) [37].

Tem-se como testamento vital [38] a definição, por pessoa plenamente capaz, o tratamento médico desejado nos momentos em que se encontrar em estado de incapacidade decisória absoluta, em situação de terminalidade. Admite-se, como conteúdo, a recusa de medidas fúteis, que prolongam o estado de inconsciência sem trazer qualquer sorte de benefício ao paciente [39].

O mandato duradouro ou poder duradouro do representante para cuidados com a saúde consiste na designação de um responsável para a tomada de decisões quanto à saúde do paciente, sempre que este último não estiver em condições de se autodeterminar em razão de incapacidade temporária ou

permanente. Este representante deverá realizar um juízo substitutivo, ou seja, deve tomar decisões consonantes com aquela que seria a opção do paciente [40].

O testamento vital e o mandato duradouro podem ser conjugados, inclusive em um único documento [41]. A decisão ou ordem antecipada para o cuidado médico é instituto que reúne características dos anteriores. De acordo com Sá e Moureira, trata-se de instrumento mais completo, em que o sujeito estabelece os procedimentos a que não quer se submeter e nomeia representante para fazer valer a sua vontade [42].

Diante disso, pode-se dizer que as diretivas antecipadas são gênero, tendo como espécies o testamento vital e o mandato duradouro, assim como esposado por Clotet [43] e Dadalto [44]. A principal distinção entre elas está no modelo de decisão que cada uma representa. Nessa análise, faz-se fundamental breve exposição sobre os modelos de decisão delineados por Beauchamp e Childress [45] – julgamento substituto e melhores interesses (ambos modelos de decisão substituta), e o modelo da pura autonomia.

No modelo de julgamento substituto, uma pessoa é indicada para tomar decisões por um paciente incapaz, decisão esta que deve ser a que o paciente tomaria caso pudesse se manifestar de forma autônoma. Tal somente se dará quando o paciente tenha gozado de período de capacidade anterior e caso haja razões para crer ser possível tomar a decisão que ele tomaria. Por isso, a intimidade entre o paciente e seu representante deve ser suficientemente substancial para que o julgamento reflita os objetivos e desejos do primeiro. Consequentemente, esse modelo não se aplica àqueles que nunca foram capazes [46]. Este seria o modelo vinculado ao instituto do mandato duradouro.

Porém, o modelo do julgamento substituto parece desembocar no modelo da pura autonomia, ao se respeitar escolhas autônomas anteriores. Os próprios Beauchamp e Childress concluem que deve ser abandonado aquele

modelo, considerando-se como parte do modelo da pura autonomia as situações nas quais possam ser identificados julgamentos autônomos explícitos feitos anteriormente. Tal se justifica porque ambos têm base na autonomia e apenas ocorrem quando houver um julgamento autônomo relevante que constitua uma autorização. Quando o sujeito, anteriormente incapaz, não expressou seus desejos anteriormente, deve-se recorrer ao modelo dos melhores interesses [47].

O modelo dos melhores interesses assume duas formas: a) exame objetivo restrito – busca-se alguma evidência confiável de que o paciente recusaria o tratamento, bem como a convicção do representante de que os fardos do prolongamento da vida superam os benefícios, de forma que ainda há considerações em torno da autonomia; e b) exame puramente objetivo – um representante deve aferir, dentre as opções possíveis, aquela que trará mais benefícios ao paciente, ponderando sobre os riscos e custos de cada uma sob as lentes de um determinado critério de qualidade de vida extraído indiretamente das preferências conhecidas do paciente [48].

Após tais considerações, o testamento vital parece representar o modelo da pura autonomia, o qual implica no respeito às decisões autônomas prévias de pessoas que se encontram em condição de incapacidade [49]. Havendo ou não uma diretriz formal de ação – instrumentalizada via diretivas antecipadas de vontade, os julgamentos autônomos prévios devem ser aceitos, desde que sejam conhecidos e diretamente relevantes para a ação em questão. Esse intento pode esbarrar em alguns obstáculos, como dúvida sobre a confiabilidade das evidências, casos em que o representante se apoia em diretriz que não se aplica à decisão em questão, declarações imprecisas e falta de garantia de que o representante respeita e anuncia com fidedignidade os julgamentos autônomos prévios do paciente [50].

Os pais do principalismo ainda afirmam que, mesmo havendo evidências dos desejos prévios do paciente, o tratamento de suporte da vida pode ser justificadamente rejeitado ou interrompido caso seja realizado o exame puramente objetivo, nos moldes do modelo dos melhores interesses. Isso implica que haverá circunstâncias em que o modelo dos melhores interesses pode ser invocado para anular diretrizes de ação deixadas por pacientes anteriormente autônomos que se tornaram incapazes, para segurar que o representante não adote solução contrária aos seus melhores interesses, exceto se houver documento claramente formulado pelo paciente que apoie especificamente a decisão do representante [51].

A disciplina normativa no Brasil ainda é incipiente, limitando-se à lei do estado de São Paulo [52] e à Resolução nº 1.995/2012 do CFM [53]. Há Projeto de Lei do Senado (PLS nº. 524/2009) que se propõe a disciplinar os direitos do paciente em estado terminal, contudo, a referência à possibilidade de antecipação da vontade quanto ao tratamento de saúde a ser dispensando nessa fase é insuficiente [54]. O preenchimento desta lacuna normativa pressupõe a realização de estudos sobre o instituto que, a despeito de já contar com disciplina jurídica em outros países, deve ser maturado pela sociedade brasileira, para que sua introdução na ordem jurídica pátria seja compatível com os nossos valores e necessidades.

De acordo com o artigo 1º da resolução do CFM referida, as diretivas antecipadas de vontade são o “[...] conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade” [55]. Tais diretivas serão levadas em consideração pelo médico, assim como as informações prestadas por eventual representante nomeado para tal fim, prevalecendo o seu conteúdo sobre qualquer outro parecer

de natureza não médica, devendo ser desconsideradas as disposições contrárias ao CEM [56].

Ainda de acordo com ela, as diretivas antecipadas devem ser registradas em prontuário, quando comunicadas diretamente ao médico pelo paciente. Na sua ausência, não havendo representante designado, deverá ser consultada a família do enfermo. Diante do dissenso entre os familiares, o médico deverá recorrer ao Comitê de Bioética da instituição ou, inexistindo este, à Comissão de Ética Médica do hospital ou Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar a sua decisão em face do dito conflito [57].

Em janeiro de 2013, o MPF em Goiás ajuizou ação civil pública na qual requer a declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade da Resolução CFM nº 1.995/2012. Dentre as razões colacionadas, estão o desrespeito aos limites ao poder regulamentar, o alijamento da família do processo decisório, o meio inadequado de registro das ditas diretivas, a presença de lacunas no que se refere à capacidade do paciente ao redigir o documento, seus limites temporais de vigência, possibilidade e forma de revogação e a possível mudança de compreensão do paciente. Liminarmente, foi requerida a suspensão da resolução em todo o território nacional [58].

Em decisão publicada em maio do mesmo ano, o pedido liminar foi negado. Para o juízo, o CFM não extrapolou os poderes normativos outorgados pela Lei nº 3.268/1957, apenas tendo regulamentado a conduta médica. Ademais, as diretivas antecipadas de vontade se coadunam com a ideia de dignidade humana. Quanto à forma, tem-se que a manifestação da vontade é livre, salvo disposição legal em sentido contrário (art. 107 do CC). Seu conteúdo, por sua vez, deve observar o artigo 104 do CC [59].

A sentença foi proferida em fevereiro de 2014, mantendo-se o mesmo entendimento. Para o magistrado, seria desejável que essa questão fosse regulada

por lei. Porém, diante da não proibição das diretivas antecipadas de vontade pelo ordenamento jurídico brasileiro e pelo vazio legislativo nesta seara, entende-se que o CFM não extrapolou os seus poderes normativos. Além disso, os efeitos da resolução se restringem a relação ético-disciplinar entre o Conselho e os médicos. A família ou o Poder Público não estão impedidos de buscar tutela judicial, caso se oponham às diretivas ou vislumbrem o cometimento de ato ilícito por parte do profissional. No momento, o MPF recorreu desta decisão, tendo os autos sido remetidos ao Tribunal Regional Federal da 1º Região [60].

Sabe-se que a competência do CFM para dispor sobre tal conteúdo é ponto a ser discutido, contudo, a resolução não deixa de representar avanço na medida em que quase sempre a lei se limita a acompanhar as novas práticas sociais, ajustando-se a elas [61]. Dadalto ressalta que não se pode afirmar que as diretivas antecipadas de vontade foram legalizadas no Brasil, pois a resolução se restringe à classe médica. Pelos próprios limites de sua competência, o CFM deixou de regulamentar pontos importantes, de modo que se mantém a necessidade de regular o instituto por lei [62].

Cabe observar que a resolução [63] chama de diretivas antecipadas o instituto do testamento vital, posto que seu conteúdo se refere necessariamente à fase terminal da vida. Embora isso não tenha sido expressamente referido no artigo 1º da resolução, esta parece ser a intenção de acordo com os considerandos [64]. No artigo 2º, § 1º, a referência à nomeação de representante constitui admissão do instituto do mandato duradouro, contudo, vinculado à finalidade das ditas diretivas antecipadas [65].

Quanto ao seu conteúdo, para Dadalto [66] e o próprio CFM [67], a finalidade das diretivas antecipadas de vontade seria exclusivamente a de garantir a prática da ortotanásia quando já instalado o processo de morte de maneira irreversível [68]. Contudo, vislumbra-se a possibilidade de inserção de outras

disposições também relacionadas ao processo de morte, a exemplo da doação de órgãos, manutenção de material biológico criopreservado e sua destinação. De acordo com Beauchamp e Childress: “Decisões prospectivas para renunciar a tratamentos de conservação da vida num período de incapacidade constituem um exemplo, mas as diretrizes antecipadas podem ter um papel ainda mais amplo em pedidos por tratamentos e doações de órgãos” [69].

Questiona-se também o grau de vinculação das diretivas antecipadas de vontade, sobretudo em relação ao profissional da medicina. Da Resolução CFM n.º. 1.995/2012, extrai-se que as diretivas antecipadas devem ser levadas em consideração pelo médico, prevalecendo sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares (art. 1º e art. 2º, § 3º) [70]. Pode-se depreender que aquela vontade antecipada não deverá ser necessariamente cumprida pelo médico, sendo parte de uma avaliação das demais circunstâncias no momento da tomada de decisão.

Para Dadalto, em regra, a declaração prévia do paciente terminal deve ter efeitos *erga omnes*, vinculando tanto o médico quanto os familiares do doente. Do contrário, haveria brecha para a judicialização do morrer, sobretudo em casos de divergência entre o profissional e os familiares. Contudo, há circunstâncias em que o testamento vital poderá não ser observado pelo médico, por exemplo: quando houver disposições contrárias ao ordenamento jurídico, contraindicadas à patologia do paciente ou que se referem a tratamento já superado pelo avanço da medicina [71].

Também deve ser objeto de avaliação o fato de que, com o passar do tempo, aumentam as chances de mudança do interesse do indivíduo, tornando-se o conteúdo das diretivas antecipadas de vontade incompatível com a vontade atual do enfermo, questão levantada por Clotet [72]. Por essas dificuldades, Möller compreende que as diretivas ainda são um instrumento precário, devendo

haver cautela para a sua aplicação como critério definidor da terapia e das decisões de fim da vida [73].

Para Alves, Fernandes e Goldim, as diretivas representam um indicador, instrução, orientação e não uma obrigação para o médico. O artigo 2º da Resolução CFM nº 1.995/2012 deixa claro que as diretivas antecipadas de vontade não devem ser obrigatoriamente cumpridas, pois as circunstâncias presentes no momento de tomada da decisão também deverão ser levadas em consideração. Logo, trata-se de uma decisão compartilhada entre médico e paciente, fundada numa relação de alteridade e de corresponsabilidade, a despeito do paciente se encontrar incapaz de se manifestar [74].

Além de seu conteúdo, grau de vinculação em relação ao médico e dúvidas suscitadas pela possível alteração da vontade anteriormente manifestada, há muitos outros aspectos envolvendo as diretivas antecipadas de vontade que merecem análise, como a possibilidade de fixação de um prazo de validade para se garantir a sua atualidade, a criação de um cadastro nacional com vistas a lhe conferir publicidade, a forma do documento, se particular ou público com registro em cartório, dentre outras sugestões apresentadas pela doutrina, por se entender o registro em prontuário insuficiente em termos de segurança jurídica [75].

Como se vê, ainda há muitas questões a serem discutidas e sedimentadas para que as diretivas antecipadas de vontade sejam regulamentadas por lei, de modo que a discussão sobre o tema se faz imperiosa. Certo é que as diretivas antecipadas de vontade, no contexto de terminalidade da vida, representam um importante instrumento que privilegia a autonomia do paciente nos momentos finais de sua vida.

Considerações Finais

O possível prolongamento artificial da vida demanda novas reflexões sobre os contornos da dignidade humana daquele que enfrenta o estado terminal de uma doença, com vistas à sua salvaguarda. Aqui, as diretivas antecipadas de vontade assumem papel importante ao permitir que o próprio paciente decida, no exercício de sua autonomia, sobre os tratamentos e procedimentos a serem ou não realizados ao se encontrar em estado terminal e não detenha mais a capacidade de se expressar.

No Brasil, não há lei federal que trate sobre o tema, havendo lei no estado de São Paulo que se limita a garantir o direito de recusa a tratamentos extraordinários para tentar prolongar a vida e de optar pelo local da morte. Contudo, a Resolução nº 1.995/2012 do CFM representa um marco na normatização do instituto, ainda que restrita à classe médica. Acredita-se que os estudos nesta seara devem ser incentivados para que as diretivas antecipadas de vontade sejam introduzidas no Brasil em toda a sua potencialidade, com atenção às características e necessidades do povo brasileiro.

Quanto ao seu conteúdo, entende-se que poderá versar sobre tudo aquilo que disser respeito ao processo de morte. Com isso, quer-se dizer que, além de dispor sobre os tratamentos que deseja ser ou não submetido quando chegada a fase terminal da doença, na linha do que se entende por ortotanásia, as diretivas podem abarcar outros assuntos, de ordem extrapatrimonial, também relacionados com o momento de fim da vida, como a opção pela doação de órgãos para fins de transplante e a manutenção de material biológico criopreservado e sua destinação.

No tocante à observância do quanto disposto nas diretivas antecipadas pelo médico, tal somente pode ser exigido se ela estiver bem redigida e uma vez superadas as dúvidas em torno da capacidade do paciente no momento de sua

elaboração e possibilidade de ter mudado de posicionamento. Note-se, aqui, a importância da participação do médico na elaboração deste documento, enquanto fonte de informações necessárias à tomada de uma decisão livre e consciente. Em casos de disposições vagas, que afrontem a *lex artis* ou o ordenamento jurídico, as diretivas antecipadas devem ser levadas em consideração na medida do possível. Na ausência de representante indicado no próprio documento, o médico deverá manter diálogo com a família para extrair dali o desejo genuíno do paciente que já não é capaz de se autodeterminar.

Ainda há muitas questões a serem enfrentadas, principalmente no que toca à operacionalização das diretivas antecipadas de vontade. Porém, a despeito das dificuldades apontadas e das lacunas a serem superadas, vê-se o instituto com otimismo, na medida em que, ao possibilitar a projeção de uma vontade para o futuro, viabiliza ao paciente em estado terminal, não mais capaz de se manifestar, a participação nas decisões que dizem respeito ao fim de sua própria vida, conforme seus desejos e crenças, resguardando-se o seu direito à morte digna.

Referências bibliográficas

ALONSO GARCIA, Ricardo. El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales. Madrid, *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 2014.

ALVAREZ COBELAS, Juan R. *¿Constitucionalismo versus regímenes políticos?* In: *VIII Congreso Ibérico de Estudios Africanos*, 14-16 junio de 2012, Madrid, 2012.

RNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialéctica de la Ilustración*. Traducción de H. A. Murena. Buenos Aires: Sur, 1970.

BERMEJO GARCÍA, Romualdo. Los Derechos Humanos en África. *Anuario español de derecho internacional*, Universidad de Navarra, 2012, Pamplona (España), p.7-58.

BROWN, Stephen. Justice Pénale Internationale et Violances Électorales. Les enjeux de la CPI au Kenya. *Revue Tiers Monde*, n.205, 2011, Paris, p.85-100.

CARRIÓ, Genaro. *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Buenos Aires: Astrea de Rodolfo de Palma, 1972.

CHURCHILL, Winston. La Guerra de los Bóers. Traducción de Mariano Antolín Rato. Madrid: Ed Turner, 2006.

CLAVERO, Bartolomé. *El Orden de los Poderes. Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*. Trotta: Madrid, 2007.

DONOSO CORTÉS, Juan. Lección VI. De la soberanía absoluta y la soberanía limitada. In: *Lecciones de Derecho Político, Obras Completas, I* (edición, introducción y notas Carlos Valverde). Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1970.

_____. Dictamen sobre el proyecto de reforma de la Constitución de 1837. In: *Lecciones de Derecho Político, Obras Completas, I* (edición, introducción y notas Carlos Valverde). Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1970.

ELSTER, Jon (Compilador). *La democracia deliberativa*. Traducción José María Lebrón. Barcelona, Gedisa, 2000.

ELSTER, Jon. *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*. Traducción de Ezequiel Zaidenweg. Buenos Aires: Katz, 2006.

_____. *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricción*. Traducción de Jordi Mundó. Barcelona: Gedisa, 2002.

_____. *Tuercas y tornillos*. 2ª Reimpresión. Traducción de Antonio Bonnano. Barcelona: 1996.

_____. *Psicología política*. Traducción de Alcira Bixio. Barcelona: Gedisa, 1995.

_____. *Ulysses and the sirens. Studies in rationality and irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. Presentación de Clara Álvarez y traducción de Manuel Martínez Neira. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2003.

_____. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

_____. Potere costituente e diritto pubblico. Il caso italiano, in particolare. In: POMBENI, Paolo (Org.), *Potere Costituente e Reforme Costituzionale*. Bolonia: Il Molino, 1992, p.55-77.

FLANZ, Gisbert; BLAUSTEIN, Albert (Ed). *Constitutions of the Countries of the World*. Nueva York: Oceana Publications, 1984.

GAUCHET, Marcel. *La démocratie contre elle-même*. París, Gallimard, 2002.

_____. *La Révolution des droits de l'homme*. París: Gallimard, 1989.

GUICHAOUA, André. *L'Instrumentalisation politique de la justice internationale en Afrique Centrale*. Revue Tiers Monde, n.205, 2011, París, p.65-84.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Traducción de Marina GascónBuenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

_____. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Traducción de Ignacio Gutierrez Gutierrez y prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Tiempo de transiciones*. Traducción de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2004.

_____. *La constelación posnacional. Ensayos políticos*. Traducción de Pere Fabra Abat, Daniel Gamper Sachse y Luis Díez. Barcelona: Paidós, 2000.

_____. *La inclusión del otro. Estudios de Teoría política*. Traducción de Juan Carlos Velasco y Gerard Vilar, introducción de Juan Carlos Velasco. Barcelona: Paidós, 1999.

_____. *Facticidad y Validez*. Introducción y traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

_____. *Más allá del Estado nacional*. Traducción y presentación de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1997.

_____. Observaciones a “¿Necesita Europa una Constitución”. Ttraducción de Antoni Torregrossa. *Debats*, n.55, Edicions Alfons el Magnanim, mar., 1996, Valencia, p.21-24.

_____. *Después de la caída El fracaso del comunismo y el futuro del socialismo*. Traducción de Ana Ferrero y Mercedes Villegas. Barcelona: Crítica, 1993.

_____. *La necesidad de revisión de la izquierda, Madrid*. Introducción y traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Tecnos, 1991.

_____. *Identidades nacionales y posnacionales*. Traducción e introducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Tecnos, 1989.

_____. *Perfiles filosófico-políticos*. Traducción de Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Taurus, 1986.

HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. *Debate sobre el liberalismo político*. Traducción de Gerard Vilar Rocard e introducción de Fernando Vallespín. Barcelona; Buenos Aires; México: Paidós, 1998.

HAYEK, Friedrich. *Los Fundamentos de la Libertad*. Traducción de José-Vicente Torrente. Madrid: Unión Editorial, 1975.

LAPORTA, Francisco (Ed.) *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

LAPORTA, Francisco. Norma básica, Constitución y decisión por mayorías. *Revista de las Cortes Generales*, n.1, 1984, Madrid, p.35-57.

MAVIDAL, Jérôme; COLOMBEY, Emile; et. all. (Org.). *Archives parlementaires de 1787 a 1860. Débats législatifs & politiques des Chambres françaises*, T. VIII (Primera Serie: 1789-1799). París: Librairie Administrative de Paul Dupont, 1875.

_____. *Archives parlementaires de 1787 a 1860. Débats législatifs & politiques des Chambres françaises*, T. VIII (Primera Serie: 1789-1799). Desmeuniers. Convención nacional, 10 de mayo de 1789. París: Librairie Administrative de Paul Dupont, 1875.

MARTUCCI, Roberto. *L'ossessione costituente. Forma di governo e costituzione nella Rivoluzione francese, 1789-1799*. Bolonia: Il Mulino, 2000.

MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris. *Derecho Constitucional Internacional*. Traducción de Luis Legaz y Lacambra. Madrid: Editorial Reus, 2009.

MOUANGUE KOBILA, James. *L'Afrique et les juridictions internationales pénales*. Paris: Cahier Thucydide, 2012.

MORTATI, Constantino. *La Constitución en sentido material*. Traducción y estudio preliminar de Almudena Bergareche Gros y epílogo de Gustavo Zagrebelski. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

_____. La teoria del potere costituente. In: POMBENI, Paolo (Ed.), *Potere Costituente e Reforme Costituzionale*. Bolonia, Il Molino, 1992, p.183-193.

La teoria del potere costituente. Nozioni introduttive, *Studio sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*. Milán: A. Giuffré Editore, 1972.

MORODO, Raúl. *La transición política*. Madrid: Tecnos, 2004.

MOUFFE, Chantal. *La paradoja democrática*. Traducción Tomás Fernández Aúz y Beatriz Eguibar. Barcelona: Gedisa, 2003.

NEGRI, Antonio. *El poder Constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. Traducción de Clara de Marco. Madrid: Libertarias/Prodhufl, 1994.

_____. *L'anomalia selvaggia. Saggio su potere e potenza in Baruch Spinoza*, Milán: Giancomo Feltrinelli, 1981.

NINO, Carlos Santiago. *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genarro Carrió*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.

NOIRAT, Adèle. *La difficile voie de la démocratie Afrique-Asie*. 2013

OFFE, Claus. *Autorretrato a distancia. Tocqueville, Weber y Adorno en los Estados Unidos de América*. Traducción de Joaquín Etorena. Buenos Aires: Katz, 2006.

_____. *Las nuevas democracias. Transición política y renovación institucional en los países postcomunistas*. Traducción de Marco Aurelio Galmarini y Mireia Bofill. Barcelona: Hacer, 2004.

_____. *La gestión política*. Traducción de Paloma García Picazo y Maria Luisa Gómez de Pablos. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad social, 1992.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

PALOMBELLA, Gianguili. *Constitución y Soberanía. El sentido de la democracia constitucional*. Traducción y prólogo de José Calvo González. Granada: Comares, 2000.

PÉREZ SERRANO, Nicolás. *Escritos de Derecho político, I*. Presentación de Nicolás Pérez-Serrano Jauregui. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1984.

POSADA, Adolfo. *La reforma constitucional*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1931.

ROMANO, Santi. Costituente. In: In: POMBENI, Paolo (Org.), *Potere Costituente e Reforme Costituzionale*. Bolonia: Il Molino, 1992, p.166-171.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Proyecto de Constitución para Córcega. Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma*. Traducción estudio preliminar de Antonio Hermosa Andujar. Madrid: Tecnos, 1988.

RUBIO LLORENTE, Francisco. Minorías y mayorías en el poder constituyente. *Anuario de Derecho constitucional y parlamentario*, n.3, 1991, Murcia, p.31-58.

RUIZ-Giménez Arrieta, Itziar; RODRÍGUEZ BARTOLOMÉ, Virginia; et. all. (ed.). *El sueño liberal en África Subsahariana*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 2013.

SAADA, Julie. *La justice pénale internationale face aux crimes de masse. Approches critiques*. Paris : Pédone, 2014.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro. *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos: El Artículo 10.2. de la Constitución Española*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.

SCHARF, Michael. Universal Jurisdiction and the Crime of Agression. *Harvard International Law Journal*, v.53, n.2, summer, 2012, p.358-389.

SCHMITT, Carl. *El Leviathan en la Teoría del Estado de Thomas Hobbes*. Traducción de Francisco Javier Conde y edición y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez. Granada: Editorial Comares, 2004.

_____. *El concepto de lo político: texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*. Traducción de Rafael Agapito. Madrid: Alianza Editorial, 2002.

_____. *Teoría de la Constitución*. Traducción y presentación de Francisco Ayala y epílogo de Manuel García Pelayo. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

_____. *Sobre el parlamentarismo*. Traducción de Thies Nelsson y Rosa Grueso y estudio preliminar de Manuel Aragón. Madrid: Tecnos, 1990.

_____. *Legalidad y Legitimidad*. Traducción de José Díaz García. *Legalidad y Legitimidad*. Madrid: Aguilar, 1971.

SIEYES, Emmanuel. *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*. Traducción, introducción y notas de Marta Lorente Sariñena y Lidia Vázquez. Madrid, Alianza Editorial, 1989.

_____. Preliminaire de la Constitution. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen. In : MAVIDAL, Jérôme; COLOMBEY, Emile; et. all. (Org.). *Archives parlementaires de 1787 a 1860. Débats législatifs & politiques des Chambres françaises*, T. VIII (Primera Serie: 1789-1799). París: Librairie Administrative de Paul Dupont, 1875, p.256-261.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Écrits et discours politiques*. París : Gallimard, 1990.

WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Traducción de José Medina Echevarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynez y José Ferrater Mora y nota preliminar José Medina Echevarría. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Traducción y prólogo de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

VVAA. *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

Notas de fim

[1] BARRETTO, Vicente de Paulo. O fetiche dos direitos humanos e outro temas. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 63-64.

[2] Ibid., p. 75.

[3] Ibid., p. 75.

[4] Ibid., p. 76.

[5] Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 73.

[6] Id. Dignidade da pessoa humana. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.) Dicionário de filosofia do direito. São Leopoldo: Unisinos, 2006, passim.

[7] Ibid. p. 219-220.

[8] JUNGES, José Roque. Bioética: perspectivas e desafios. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 110.

[9] ANDORNO, Roberto. “Liberdade” e “Dignidade” da pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na Bioética? In: COSTA-MARTINS,

Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (Org.). Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 91-92.

[10] Cf. MACKLIN, Ruth. Dignity is a useless concept. *British Medical Journal*, London, v. 327, 20-27 dez. 2003. p. 1.419-1.420. Disponível em: <http://www.management.wharton.upenn.edu/raff/documents/2009/Macklin_BMJ.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2013.

[11] ANDORNO, op. cit., p. 90-91.

[12] Enquanto os direitos humanos se referem ao homem enquanto indivíduo, representando historicamente a defesa da liberdade em face do poder estatal, a dignidade humana constitui a essência da humanidade, verdadeiro escudo contra a barbárie e risco de desumanização criado pelo desenvolvimento da tecnociência e da economia de mercado. BARRETTO, Vicente de Paulo. O fetiche dos direitos humanos e outro temas. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 65-66.

[13] SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 73.

[14] MÖLLER, Leticia Ludwig. Direito à morte com dignidade e autonomia. Curitiba: Juruá, 2007. p. 137-147.

[15] Ibid., p. 95.

[16] JONAS, Hans. Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad. Barcelona: Paidós, 1997, passim.

[17] MÖLLER, Letícia Ludwig. Direito à morte com dignidade e autonomia. Curitiba: Juruá, 2007. p. 101.

[18] JONAS, Hans. O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução do original alemão Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006. Cap. I, p. 47.

[19] Ibid., p. 57.

[20] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de personalidade e autonomia privada. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 236.

[21] JUNGES, José Roque. Bioética: perspectivas e desafios. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 183.

[22] ALMEIDA, Antonio Jackson Thomazella de. A ortotanásia e a lacuna legislativa. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). Direitos do paciente. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 456.

[23] VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico penal do final de vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 74.

[24] DADALTO, Luciana. Testamento Vital. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 35.

[25] BORGES, op. cit., p. 235.

[26] A rigor, a eutanásia indireta ou de duplo efeito não deve receber o mesmo tratamento jurídico. O animus não reside na provocação da morte do paciente a pedido deste e por sentimento de piedade, mas sim no fornecimento de cuidados básicos, a exemplo da redução da dor, que termina por acelerar o processo de morte como efeito secundário. JONAS, Hans. Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad. Barcelona: Paidós, 1997. p. 168.

[27] SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 89.

[28] JONAS, op. cit., p. 167.

[29] JUNGES, op. cit., p. 178-181.

[30] VILLAS-BÔAS, op. cit., p. 179.

[31] BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Código de ética médica: Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2013. p. 51.

[32] VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico penal do final de vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 73-74.

[33] JONAS, Hans. Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad. Barcelona: Paidós, 1997. p. 167.

[34] BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n° 1.805, de 28 de novembro de 2006. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 02 ago. 2013.

[35] VILLAS-BÔAS, op. cit., p. 73.

[36] BOMTEMPO, Tiago Vieira. Diretivas antecipadas: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente. Revista de Bioética y Derecho, n. 26, p. 22-30, set. 2012. Disponível em: <http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/rbyd26_art-vieira.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2013. p. 27.

[37] CLOTET, Joaquim. Reconhecimento e Institucionalização da Autonomia do Paciente: Um Estudo da The Patient Self-Determination Act. Revista Bioética, Brasília, v. 1, n. 2, p. 1-7, nov. 1993. Disponível em:

<http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/494>. Acesso em: 30 jun. 2013. p. 3.

[38] A terminologia testamento vital recebe críticas da doutrina, por remeter ao testamento. Godinho aponta que as duas figuras se distinguem quanto ao objeto e momento da produção de efeitos jurídicos. GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Lisboa, ano 1, n. 2, p. 945-978, 2012. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_02_0945_0978.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2013. p. 956-957.

[39] CLOTET, op. cit., p. 3.

[40] Ibid., p. 4.

[41] DADALTO, Luciana. Testamento Vital. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 69-70.

[42] SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia para morrer: eutanásia, suicídio assistido e diretivas antecipadas de vontade. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 82.

[43] CLOTET, op. cit., p. 3.

[44] DADALTO, op. cit., p. 64.

[45] BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Princípios de ética biomédica. Tradução Luciana Pudenzi. Tradução de: Principles of Biomedical Ethics. São Paulo: Loyola, 2002. p. 195.

[46] Ibid., p. 196-199.

[47] Ibid., p. 199.

[48] Ibid., p. 204-207.

[49] DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. Revista Bioética, Brasília, v. 21, n. 1, abr. 2013. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/791/861>. Acesso em: 10 ago. 2013. p. 107.

[50] BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Princípios de ética biomédica. Tradução Luciana Pudenzi. Tradução de: Principles of Biomedical Ethics. São Paulo: Loyola, 2002. p. 199-204.

[51] Ibid., p. 205.

[52] Também conhecida como “Lei Mário Covas”, ela assegura os direitos de recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida e de optar pelo local da morte em seu artigo 2º, incisos XXIII e XXIV. SÃO PAULO. Lei Estadual nº. 10.241, de 17 de março de 2009. Dispõe sobre direitos dos usuários de serviços de saúde. Disponível em:

<<http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=LeisProjetosIntegra&id=7>>. Acesso em: 04 ago. 2013.

[53] BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n° 1.995, de 31 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2013.

[54] Id. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n° 524, de 25 de novembro de 2009. Dispõe sobre os direitos da pessoa em fase terminal de doença. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/matepdf/70139.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2013.

[55] Id. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n° 1.995, de 31 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2013.

[56] Ibid.

[57] BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n° 1.995, de 31 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2013.

[58] Id. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Goiás. Ação cível pública com pedido de antecipação de tutela liminar. Processo n° 1039-

86.2013.4.01.3500. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Conselho Federal de Medicina. Procurador da República: Ailton Benedito de Souza. Goiânia, 21 de janeiro de 2013. Disponível em: <http://www.testamentovital.com.br/sistema/arquivos_legislacao/inicial%20ACP%20testamento%20vital.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2013.

[59] Id. Primeira Vara Federal. Seção Judiciária do Estado de Goiás. Tribunal Regional Federal. (1. Região). Decisão. Processo nº 1039-86.2013.4.01.3500. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Conselho Federal de Medicina. Juiz: Jesus Crisóstomo de Almeida. Goiânia, 14 de março de 2013. Disponível em: <http://www.testamentovital.com.br/sistema/arquivos_legislacao/decisao%20liminar.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2013.

[60] BRASIL. Primeira Vara Federal. Seção Judiciária do Estado de Goiás. Tribunal Regional Federal. (1. Região). Sentença. Processo nº 1039-86.2013.4.01.3500. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Conselho Federal de Medicina. Juiz: Eduardo Pereira da Silva. Goiânia, 21 de fevereiro de 2014. Disponível em: <http://www.testamentovital.com.br/sistema/arquivos_legislacao/senten%C3%A7a%20ACP%20testamento%20vital.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2014.

[61] ALMEIDA, Antonio Jackson Thomazella de. A ortotanásia e a lacuna legislativa. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). Direitos do paciente. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 447.

[62] DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. Revista Bioética, Brasília, v. 21, n. 1, abr. 2013. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/791/861>. Acesso em: 10 ago. 2013. p. 109.

[63] Em janeiro de 2013, o MPF em Goiás ajuizou ação civil pública na qual requer a declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade da Resolução CFM nº 1.995/2012. O pedido liminar foi negado em maio do mesmo ano. Para o juízo, o CFM não extrapolou seu poder regulamentar e as diretivas antecipadas de vontade se coadunam com a dignidade humana. No momento, o agravo de instrumento interposto pelo MPF com vistas à reforma desta decisão aguarda julgamento no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1). BRASIL. Primeira Vara Federal. Seção Judiciária do Estado de Goiás. Tribunal Regional Federal. (1. Região). Decisão. Processo nº 1039-86.2013.4.01.3500. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Conselho Federal de Medicina. Juiz: Jesus Crisóstomo de Almeida. Goiânia, 14 de março de 2013. Disponível em: <http://www.testamentovital.com.br/sistema/arquivos_legislacao/decisao%20liminar.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2013.

[64] DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. Revista Bioética, Brasília, v. 21, n. 1, abr. 2013. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/791/861>. Acesso em: 10 ago. 2013. p. 108-109.

[65] BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.995, de 31 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos

pacientes. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2013.

[66] DADALTO, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. Revista Bioética, Brasília, v. 17, n. 3, p. 523-543, mar. 2009. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515>. Acesso em: 12 out. 2012. p. 535-536.

[67] BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Entidade esclarece resolução que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23201%Aue-dispoe-sobre-as-diretivas-antecipadas-de-vontade-dos-pacientes&catid=3>. Acesso em: 22 jul. 2013.

[68] A possibilidade de suspensão de cuidados paliativos encontra divergências na doutrina, sobretudo em situações que envolvem pacientes em estado vegetativo persistente. Essas questões não serão aqui abordadas, em virtude dos limites deste trabalho.

[69] BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Princípios de ética biomédica. Tradução Luciana Pudenzi. Tradução de: Principles of Biomedical Ethics. São Paulo: Loyola, 2002. p. 149.

[70] BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.995, de 31 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2013.

[71] DADALTO, Luciana. Testamento Vital. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 73.

[72] CLOTET, Joaquim. Reconhecimento e Institucionalização da Autonomia do Paciente: Um Estudo da the patient Self-Determination Act. Revista Bioética, Brasília, v. 1, n. 2, p. 1-7, nov. 1993. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/494>. Acesso em: 30 jun. 2013. p. 5.

[73] MÖLLER, Letícia Ludwig. Direito à morte com dignidade e autonomia. Curitiba: Juruá, 2007. p. 105.

[74] ALVES, Cristiane Avancini; FERNANDES, Márcia Santana; GOLDIM, José Roberto. Diretivas antecipadas de vontade: um novo desafio para a relação médico-paciente. Revista HCPA, v. 32, n. 3, p. 358-362, 2012. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/hcpa/article/view/33981/22041>>. Acesso em: 05 ago. 2013. p. 359-360.

[75] Cf. DADALTO, Luciana. Declaração prévia de vontade do paciente terminal. Revista Bioética, Brasília, v. 17, n. 3, p. 523-543, mar. 2009. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/515>. Acesso em: 10 ago. 2013.

Sobre os autores

Alexandre Neves Sapper

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pelotas (UCPel). Licenciado em Filosofia e Mestrado em Ciências Sociais e Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Professor de Filosofia na Educação Básica Municipal e Estadual. *E-mail:* alexandrenevesapper@gmail.com

Amanda Barbosa

Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Integrante do Grupo de Pesquisa |BioTecJus| - Estudos Avançados em Direito, Tecnociência e Biopolítica; Advogada; Bacharel em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS). Áreas de maior interesse: Bioética, Biodireito e Direito Civil-Constitucional. *E-mail:* barbosa.asb@hotmail.com

Carlos Alexandre Michaello Marques

Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (2014). Advogado. Graduado em Direito (2006) e Especialista em Gestão Ambiental em Municípios (2008) pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG e em Didática e Metodologia do Ensino Superior (2010), MBA em Gestão de Pessoas (2011) e Metodologias e Gestão para Educação a distância (2012) pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Professor Colaborador e Pesquisador do Grupo Transdisciplinar de Pesquisa Jurídica para a Sustentabilidade – GTJUS (CNPq) e do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos – NUPEDH da Faculdade de Direito – FADIR da

Universidade Federal do Rio Grande – FURG. *E-mail:*
prof.alexandre@mmpadvogados.com

Daniel Carneiro Leão Romaguera

Mestre em Direito pela UNICAP em programa de Mestrado Sanduíche na UNISINOS, sob a orientação do Prof. João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira e da Prof.^a Fernanda Frizzo Bragato. *E-mail:*
danielromaguera@hotmail.com

Francisco Quintanilha Vêras Neto

Doutor em Direito das Relações Sociais (UFPR), Professor de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG e líder do Grupo Transdisciplinar de Pesquisa Jurídica para a Sustentabilidade (GTJUS). *E-mail:*
quintaveras@yahoo.com.br

Jesús Lahera Forteza

Professor Titular de Direito do Trabalho e Previdência Social da Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid (UCM/España). Doutor em Direito pela Universidad Complutense de Madrid (UCM/España). Atuou como pesquisador-bolsista nas Faculdades de Direito da Université de Nantes (França), Università de Ferrara (Itália), Università de Catania (Itália) e no Instituto Max Planck de Direito Social de Munique (Alemanha).

Juan R. Álvarez Cobelas

Doutor em Direito pelo Centro de Estudios Europeos (European Studies Centre) da Universidad de Alcalá de Henares, Espanha. Investigador do

International Human Rights Law Institute, DePaul University, College of Law, Chicago, Illinois, EE.UU. Investigador do Instituto de Derechos Humanos, da Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid (UCM).

Julían Sauquillo

Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM). *E-mail:* julian.sauquillo@uam.es

Natália Centeno Rodrigues

Mestranda em Direito e Justiça Social. Bacharel em História e em Direito, formada pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG.

Rafael Fonseca Ferreira

Doutorando e Mestre em Direito Público pela Universidade do Rio dos Sinos (Unisinos). Especialista em Comércio em Relações Internacionais pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Professor de Hermenêutica e Jurisdição Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Rio Grande – FURG. Advogado. *E-mail:* rafaelferreira@furg.br

Salah Hassan Khaled Junior

Doutor e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS), Mestre em História (UFRGS) e Especialista em História do Brasil (FAPA). Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS) e graduação em História (FAPA). Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, ministrando as disciplinas de Direito Penal I, Criminologia, Sistemas

Processuais Penais e História das Ideias Jurídicas, tendo obtido a cátedra de Direito Penal com a aprovação em primeiro lugar para o concurso de professor efetivo da instituição. É professor permanente do PPG em Direito e Justiça Social – Mestrado da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Líder do grupo de pesquisa Hermenêutica e Ciências Criminais (FURG/CNPq).

Sheila Stolz

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FaDir/FURG/RS). Mestre em Direito pela Universitat Pompeu Fabra (UPF/Barcelona/Espanha). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Bolsista do Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior (PDSE-CAPES), realizado na Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid (UCM/España). Coordenadora Geral do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos (NUPEDH/FURG). Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Educação em Direitos Humanos (PGEDH/FURG-UAB-CAPES).

INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES

Coleção Olhares e Reflexões sobre Direitos Humanos e Justiça Social

Vol. V – Novos direitos, Sociedade e Constitucionalismo:

reflexões contemporâneas no cenário crítico

Organizadores da coleção:

SHEILA STOLZ

CARLOS ALEXANDRE MICHAELLO MARQUES

CLARICE GONÇALVES PIRES MARQUES

Produção vinculada ao Grupo Transdisciplinar de Pesquisa Jurídica para a Sustentabilidade – GTJUS

Informações sobre os volumes anteriores:

Vol. I – Estado, Violência e Cultura na Sociedade contemporânea.

Organizadores: Sheila Stolz; Carlos Alexandre Michaello Marques; Clarice Gonçalves Pires Marques

Vol. II – Cultura e Educação em Foco

Organizadores: Sheila Stolz; Carlos Alexandre Michaello Marques; Clarice Gonçalves Pires Marques

Vol. III – A juventude diante das estruturas materiais e simbólicas da modernidade

Organizadores: Jackson da Silva Leal; Carlos Alexandre Michaello Marques; Sheila Stolz.

Vol. IV – Hermenêutica, sociedade e natureza: análise crítica dos paradigmas (pós) modernos

Organizadores: Francisco Quintanilha Vêras Neto, Carlos Alexandre Michaello Marques e Sheila Stolz

Todos os volumes integrantes da Coleção Olhares e Reflexões sobre Direitos Humanos e Justiça Social são uma iniciativa do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos (NUPEDH), estão vinculados ao Curso de Pós-Graduação em Educação em Direitos Humanos (PGEDH/FURG/UAB) e foram financiados pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).



NUPEDH



SEDH



CAPES

Ministério da
Educação



COLEÇÃO OLHARES E REFLEXÕES SOBRE
**DIREITOS HUMANOS E
JUSTIÇA SOCIAL**

