

ISSN 2469-0716



DOCJURIS

REVISTA DEL DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

Año 2 – N° 2

MAYO 2016

EDITORIAL UMSA – AVDA. CORRIENTES 1723 – C.A.B.A.

Autoridades de UMSA	Autoridades de DOCJURIS
	Directora Teodora Zamudio
Rectora M. Alejandra Garbarini Islas	Secretarios de Redacción Yanina Clarens Lucila Córdoba Adolfo Saglio
Vicerrector de Posgrado e Investigación Eduardo E. Sisco	Comité Científico (en orden alfabético) Carlos Burger Marcos Córdoba Isolina Dabove Sara Alves Gouveia Bernardes José de Arimateia Barbosa Carlos Gustavo Gerscovich Marcelo López Alfonsín Joaquim Miranda Junior Eduardo Sisco Mario Valls
Secretario General Aníbal C. Luzuriaga	
Secretaria Académica Leandra Martínez	
Secretario de Publicaciones Ernesto Polotto	

ÍNDICE

EDITORIAL. Semblanza del Dr. Bernardo de Irigoyen por Eduardo E. SISCO	353
Asamblea de accionistas convocada fuera de término por Yanina Elizabeth CLARENS	357
Las Familia y el Derecho. Vínculos y Estructuras familiares por Lucila Inés CÓRDOBA	365
Constituição originária do direito real de propriedade imóvel através da posse por José DE ARIMATÉIA BARBOSA	373
Los Tratados Internacionales de derechos humanos y sus relaciones con la mujer en situación de encierro por Jorge Augusto DE MEDEIROS PINHEIRO	389
Autonomía y derechos del paciente. Una mirada desde la Bioética por Karina ELMIR	403
Tratados Internacionais e a Constituição Brasileira: Os impactos do Tribunal Penal Internacional no ordenamento pátrio por Agostinha Eva FERREIRA	409
A tutela da dignidade da pessoa humana frente os princípios jurídicos por Eliani MIRANDA	426

EDITORIAL.

Semblanza del Dr. Bernardo de Irigoyen

por Eduardo E. SISCO

Sumario: 1. Actividad política del Dr. Bernardo de Irigoyen. 2. Gestión de Bernardo de Irigoyen como Gobernador de la Provincia de Buenos Aires. 3. Bibliografía

Resumen: Bernardo de Irigoyen se desempeñó brillantemente en el cargo de Ministro de Relaciones Exteriores de la Nación durante la presidencia de Avellaneda y Roca, destacándose en la presidencia de Avellaneda, del año 1877-79 fue Ministro del Interior. Previamente había sido legislador provincial y nacional y en 1872 además fue elegido convencional en la Constituyente de la Provincia de Buenos Aires que sesionó hasta 1873. Su prestigio público lo posesiono como candidato por el Partido Autonomista Nacional (PAN) en las elecciones de 1886, pero fue derrotado internamente por Miguel Juárez Celman, fuertemente apoyado por su concañado Julio Argentino Roca. En una situación política compleja y bajo un contexto constitucional en donde el gobernado era elegido por electores, triunfa finalmente Don Bernardo como sucesor de Guillermo Udaondo. También intentó aunque sin éxito una reforma constitucional para mejorar el funcionamiento legislativo.

Palabras llaves: Argentina - Bernardo de Irigoyen – Buenos Aires

Abstract: Bernardo de Irigoyen brilliantly performed in the position of Minister of Foreign Affairs of the Nation during the presidency of Avellaneda and Roca, standing in the presidency of Avellaneda, between the years 1877-1879 was Minister of the Interior. He had previously been at provincial and national legislature and in 1872 also was elected conventional in the Constituent Assembly of the Province of Buenos Aires which met until 1873. His public prestige put him as a candidate by the National Autonomous Party (PAN) in the elections of 1886, but he was defeated internally by Miguel Juarez Celman, strongly supported by his brother in law Julio Argentino Roca. In a complex political situation and under a constitutional context in which the governed was elected by voters finally succeeds Don Bernardo as successor to William Udaondo. He also tried unsuccessfully a constitutional reform to improve the legislative function.

Keywords: Argentina - Bernardo de Irigoyen – Buenos Aires

1. Actividad política del Dr. Bernardo de Irigoyen

Hemos visto como se despeñó brillantemente en el cargo de Ministro de Relaciones Exteriores de la Nación durante la presidencia de Avellaneda y Roca, destacándose que en la presidencia de Avellaneda, del año 1877-79 fue Ministro del Interior. Previamente había sido legislador provincial y nacional y en 1872 además fue elegido convencional en la Constituyente de la Provincia de Buenos Aires que sesionó hasta 1873.

Su prestigio público lo posesionó como candidato por el Partido Autonomista Nacional (PAN) en las elecciones de 1886, pero fue derrotado internamente por Miguel Juárez Celman, fuertemente apoyado por su concañado Julio Argentino Roca. Este hecho hizo que Don Bernardo se alejase del PAN y luego de la Revolución de 1890 fue parte integrante de la Unión Cívica. Esta agrupación finalmente

se desintegró dado que los jóvenes políticos no admitían que hubiese resabios del antiguo régimen acuerdista y es ahí donde se forma la Unión Cívica Radical. Esta última agrupación política proclamó a Bernardo de Irigoyen como candidato a la presidencia para enfrentar a la fórmula del acuerdo que terminó por presentar a Luis Sáenz Peña como candidato a Presidente y al José E. Uriburu como Vice. Las elecciones se realizaron en una situación anormal, en uno de los más vergonzosos fraudes que hubo en nuestra historia y donde casi todos los candidatos de la UCR estaban o presos o confinados (como Bernardo de Irigoyen por su edad) cuando no exiliados. De esta forma cobardemente llegó este débil gobierno al poder y por otro lado vemos como ese partido nuevo que surge cuyos paladines máximos fueron Leandro Alem, Aristóbulo del Valle y Bernardo de Irigoyen, lleva a este último como su primer candidato a presidente de la Nación.

Esa nueva derrota electoral no desanimó a nuestro hombre, quien participó activamente en su nuevo partido de la política nacional durante la última década del siglo XIX. De esa forma llegó a ser electo tano gobernador de la provincia de Buenos Aires en 1898, completando su gestión en 1902, así como dos veces senador nacional en 1894 y la segunda cuando terminó la gestión de gobernador en 1902 hasta su muerte en diciembre de 1906. De esta forma advertimos como Irigoyen participó en la fundación del único partido político aun sobreviviente en la actualidad.

2. Gestión de Bernardo de Irigoyen como Gobernador de la Provincia de Buenos Aires

En una situación política compleja y bajo un contexto constitucional en donde el gobernador era elegido por electores, triunfa finalmente Don Bernardo como sucesor de Guillermo Udaondo. La Unión Cívica Radical se había subdividido entre los Bernardistas (de Irigoyen) y los Hipolistas, que respondían al joven Hipólito Yrigoyen, (no había ningún parentesco entre ellos), sobrino de Leandro Alem y que no quería tener ningún vínculo con el gobierno nacional que surgiera del natural candidato del PAN, el Gral. Julio A. Roca. Entre sus ministros se contaron a Marcelino Ugarte para Hacienda y a Adolfo Saldías para Obras Públicas. Después de superar sucesivas crisis generadas por una oposición excesiva, como por ejemplo fue en la intervención de la Cámara de Diputados que efectuó el Poder Ejecutivo Nacional, que solo se limitó a ello, quedando en claro el vínculo y buena relación del gobernador con el Presidente de la Nación.

Como para dar una pauta de las convicciones prácticas, su programa de gobierno consintió en restablecer la situación económica de la provincia tratando de cancelar el déficit presupuestario que había heredado y revisar el sistema tributario y perceptivo de rentas. En uno de sus mensajes a la legislatura expresó que *“mientras en el suelo de la República se produzcan lanas, carnes y cereales; mientras alguna profunda comunicación de las naturales no esterilice los variados campos que tenemos; mientras la inmigración, factor importante de adelanto y prosperidad, encuentre leyes liberales que las proteja y tierras en que labará su libertad, nuestro país contara dentro de sí mismo con elementos suficientes para dominar las eventualidades y crisis económicas”* por eso entre otras disposiciones, promovió la creación de la “Dirección de Desagües” para enfrentar las inundaciones en el sur de la Provincia, fomentó la investigación científica relacionada con diversos aspectos de la producción agropecuaria; impulsó la colonización en el oeste provincial al dividir las tierras fiscales existentes en los partidos de Guaminí y Treque Lauquen; amplió la red ferroviaria con la construcción de nuevas líneas; reglamentó la construcción de ferrocarriles económicos, y se preocupó por la construcción de canales navegables.

Finalmente trató de reflotar el Banco de la Provincia con un proyecto en el cual convertía a los acreedores en socios y quedando en particulares su conducción, no obstante la presencia del Estado. Más allá de la insipiente en su proyecto, la legislatura se negó a considerar el proyecto, en 1906 bajo el gobierno de su sucesor Marcelino Ugarte reabrió sus puertas sobre un proyecto similar al presenta-

do. También intentó aunque sin éxito una reforma constitucional para mejorar el funcionamiento legislativo.

3. Bibliografía

Allende, Andrés “La Provincia de Buenos Aires de 1862-1930”, Academia Nacional de la Historia, Historia Argentino Contemporánea, Vol 4 El Ateneo 1967

Barban, Fernando Enrique “El Gobierno de Bernado de Irigoyen”

Espin, Alberto “ Berbado de Irigoyen, Gobernador de la provincia de Buenos Aires”, La Plata Ministerio de Educación, la Plata 1971.

Hiedsch, Leonardo “Bernardo de Irigoyen un gobernador bajo el signo de la oposición” 1898-1902 Revista Forjando

Velar de Irigoyen, Julio “Bernando de Itirgiten. Algo en tonro de una vida Argeino”, Bs As Taller Graficos, 1977

Asamblea de accionistas convocada fuera de término por Yanina Elizabeth CLARENS¹

Sumario: 1. Introducción. 2. Convocatoria de Sociedades abiertas y cerradas. 2.1. Comunicación de Asistencia. Depósito de acciones. 2.2. El caso especial de la asamblea unánime. 2.3. Celebración de la Asamblea fuera del plazo legal. Resolución General N° 7/05 de la Inspección General de Justicia (IGJ). 3. Conclusión. 4. Bibliografía

Resumen: En el presente trabajo se analizan las disposiciones legales en torno a la convocatoria a asamblea de accionistas de sociedades y sus consecuencias por haber sido realizada fuera del término establecido en la Ley General de Sociedades N° 19.550. Referido a ello, y puntualmente se desarrolla en extenso el plazo legal establecido en el régimen jurídico que regula a las sociedades, como así también la normativa complementaria que atraviesa la temática. En forma concomitante, son desarrolladas las diferencias existentes referidas a los plazos para realizar la convocatoria para las *sociedades abiertas* y las *sociedades cerradas*, y el procedimiento legal establecido para poder acreditar de forma válida la asistencia de los accionistas a la asamblea en cuestión. Se realiza también el análisis y estudio del caso especial de las denominadas asambleas unánimes y su implicancia en el tema, realizando finalmente una conclusión sobre el análisis efectuado.

Palabras Clave: Ley General de Sociedades. Asamblea: Convocatoria. Plazos.

Abstract: In this paper we analyze the legal provisions regarding the convening of shareholders of companies and its consequences have been made outside the period established in the Corporations Act N° 19,550. Referred to it, and promptly develops at length the legal deadline in the legal regime governing societies, as well as complementary legislation through the subject. Concomitantly, they are developed differences regarding deadlines for making the call for open societies and closed societies, and established legal procedure to prove validly attendance of shareholders at the meeting in question. analysis and study of the special case of so-called unanimous assemblies and their implication on the issue is also performed, finally making a conclusion on the analysis.

Keywords: Corporations Act. Assembly: Call. Deadlines.

1. Introducción

La convocatoria a asamblea de accionistas es un acto formal y su realización requiere que sea efectuado por quien detente facultades. Los legitimados se encuentran consagrados en la Ley General de Sociedades N° 19.550 (en adelante LGS).

Según surge de la norma antedicha, la convocatoria puede ser realizada por: 1) el Directorio; 2) el Síndico en los casos previstos por la Ley; 3) el Consejo de Vigilancia; 4) la Autoridad Judicial con competencia societaria; y, 5) la Autoridad Administrativa de contralor. Esta enumeración se obtiene de la lectura de los artículos 236, 281 y 294 de la LGS.

¹ Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). Asesora legal en Derecho Societario del Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas. Docente del Departamento de Derecho Económico Empresarial. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente propuesta en el Proyecto de Doctorado en Ciencias Jurídicas, de la Universidad del Museo Social Argentino (UMSA) aprobado por Resolución CONEAU N° 76/14. E-mail: yaninaclarens@hotmail.com

Asimismo, pueden ser requeridas por accionistas que representan por lo menos el cinco por ciento (5%) del capital social, si los estatutos sociales de cada sociedad no fijaran una representación menor. Los accionistas deben indicar los temas a tratar y el Directorio o el Síndico convocan la Asamblea en cuestión.

Lo habitual en la práctica resulta ser, que la convocatoria sea efectuada por el órgano de administración social, es decir el directorio, determinando el carácter ordinario o extraordinario de la asamblea y estableciendo el orden del día, con el temario a ser tratado y votado por los accionistas de la Sociedad.

A los efectos de abordar el tema objeto del presente trabajo, se requiere realizar una primera aproximación a lo dispuesto en el artículo 234 de la LGS. El artículo en cuestión establece aquellos temas que deben ser considerados por la asamblea ordinaria. Los mismos se detallan a continuación: “1) Balance general, estado de los resultados, distribución de ganancias, memoria e informe del síndico y toda otra medida relativa a la gestión de la sociedad que le competa resolver conforme a la ley y el estatuto o que sometan a su decisión el directorio, el consejo de vigilancia o los síndicos; 2) Designación y remoción de directores y síndicos miembros del consejo de vigilancia y fijación de su retribución; 3) Responsabilidad de los directores y síndicos y miembros del consejo de vigilancia; 4) Aumentos del capital conforme al artículo 188.”

Por último, el artículo en comentario dispone que, a los efectos de considerar la documentación contable de las empresas y lo referente a la designación y remoción de sus Directores, Síndicos y Consejo de Vigilancia, la Asamblea de accionistas debe ser convocada *dentro de los cuatro meses del cierre del ejercicio*.

2. Convocatoria de Sociedades abiertas y cerradas

Adicionalmente, corresponde referir a la distinción realizada a nivel normativo para aquellas sociedades que realizan oferta pública de sus acciones, denominadas *sociedades abiertas*, y las que no lo efectúan, denominadas *sociedades cerradas*.

En principio la norma que regula lo referido a las *sociedades abiertas*, es la Ley de Mercado de Capitales Nº 26.831 (en adelante LMC), estableciendo, en el artículo 70, que “*las sociedades que hagan oferta pública de sus acciones, la primera convocatoria a asamblea deberá publicarse con una anticipación no menor a los veinte (20) días corridos y no mayor a los cuarenta y cinco (45) días corridos de la fecha fijada para su celebración. Los plazos indicados se computarán a partir de la última publicación*”

En cambio, las *sociedades cerradas* que no cotizan sus acciones, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 237 LGS que prescribe las formalidades para llevar a cabo la convocatoria a asamblea de accionistas, deja establecido además que de tratarse de aquellas sociedades comprendidas en el artículo 299 (*sociedades con fiscalización estatal permanente*), la convocatoria deberá efectuarse, además, en uno de los diarios de mayor circulación general de la República. Las publicaciones deben ser realizadas durante un período de cinco días, con diez de anticipación por lo menos y no más de treinta, en el diario de publicaciones legales. Acaecido el día y la hora fijado en la convocatoria a asamblea, realizada en la mayoría de los casos por el Directorio, puede suceder que no se posea el quórum suficiente para dar comienzo. Por ello, al realizarse la primera convocatoria y en el mismo edicto, en los hechos, es habitual que se fije una segunda convocatoria a los efectos de facilitar la concurrencia y, que la asamblea cumpla con su objetivo, es decir que sea válidamente celebrada.

De este modo y en forma simultánea, se efectúan ambas convocatorias, siempre y cuando dicha posibilidad sea autorizada por el Estatuto Social de la empresa, excepto para las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones, en las que esta facultad queda limitada a la asamblea ordinaria.

Dado el caso en comentario, si la segunda convocatoria a asamblea fuera fijada para ser celebrada en el mismo día, debe establecerse un intervalo no inferior a una hora de la primera.

En caso que no se dé el supuesto contemplado anteriormente, la asamblea en segunda convocatoria por haber fracasado la primera, debe celebrarse dentro de los treinta días siguientes, y el llamado debe realizarse por tres días con ocho de anticipación como mínimo.

Ahora debe realizarse el análisis de las mayoría necesarias según se trata de primera o segunda convocatoria.

Al tratarse de la primera convocatoria de asambleas ordinarias, la ley establece que debe reunirse la presencia de accionistas que representen la mayoría de las acciones con derecho a voto. En segunda convocatoria, es válida la asamblea cualquiera sea el número de accionistas presentes. En el caso de las asambleas extraordinarias, en primera convocatoria requerirá la presencia del 60% de los accionistas, si el estatuto no exige quórum mayor, y en segunda convocatoria se requiere la concurrencia del 30% de accionistas con derecho a voto, salvo que el estatuto fije quórum mayor o menor.

2.1. Comunicación de Asistencia. Depósito de acciones.

A los efectos de poder participar en la asamblea convocada, los accionistas deberán informar dicha situación a la sociedad acreditando su calidad de tal.

Cada socio es registrado en el libro de asistencia a las asambleas, dejándose constancia de su domicilio, documento de identidad y número de votos que le corresponde. Es dable destacar que, el número de votos no siempre es coincidente con la cantidad de acciones, ya que algunos accionistas poseen acciones de votos plural o privilegiado.

De acuerdo a lo estipulado en el artículo 238 LGS, dicha comunicación deberá ser cursada con no menos de tres días hábiles de anticipación al de la fecha fijada. La sociedad les entregará los comprobantes de recibo, los cuales servirán para la admisión del accionista a la asamblea.

En cuanto al modo de computa el plazo, la jurisprudencia tiene dicho que a tales fines tiene que descontarse el propio día de la celebración de la asamblea, debiendo existir tres días hábiles completos, sin intervalo, entre el día que se comunica la asistencia y el de la realización de la asamblea, resultando computable el día sábado. (C Civ. Com. Rosario, Sala I, 21/06/00, "Don Manolo SA c/ Santa Rosa SCA s/ acción de nulidad y su acumulado, "Don Manolo SA c/ Santa Rosa SCA s/ nulidad de la asamblea. Disolución Social").

La finalidad de dicha comunicación radica en que el directorio pueda completar el libro de asistencia a la asamblea el día en que el plazo de tres días queda vencido.

Así se sostiene que, dado el caso que un accionista haya realizado la notificación en término y no le sea permitido el acceso al recinto el día en que la misma es celebrada, la asamblea es nula, independientemente del porcentaje que el accionista en cuestión represente en el capital social. Toda vez que dicho accionar resulta contrario al interés social, ya que se ve alterada la deliberación. (Nissen:745)

La notificación fehaciente prevista no es necesaria en el supuesto de reanudación de la asamblea, por haber pasado a cuarto intermedio, de conformidad como lo establece el artículo 247 LGS, ya que solo pueden participar de la reanudación de la asamblea, aquellos que hayan comunicado la asistencia a la primer convocatoria.

Sin perjuicio de lo expuesto, se establece una excepción a la notificación de asistencia que consta en el propio artículo en comentario (238), el cual establece que *“los titulares de acciones nominativas o escriturales cuyo registro sea llevado por la propia sociedad, quedan exceptuados de la obligación de depositar sus acciones o presentar certificados o constancias, pero deben cursar comunicación para que se los inscriba en el libro de asistencia dentro del mismo término.”*

Vale recordar que las *acciones nominativas* son aquellas emitidas a favor del dueño del título, y las *acciones escriturales* son aquellas acciones que no constan representadas en un título físico. Cada estatuto social de cada sociedad deberá dejar expresa constancia si permite la existencia o no de acciones escriturales.

Por otra parte, el artículo 208 dispone que, el estado de accionista se presume por las constancias de las cuentas abiertas en el registro de acciones escriturales. Asimismo queda establecida la responsabilidad de la sociedad ante los accionistas, en los casos de que se produzcan errores o irregularidades en las cuentas, sin perjuicio de la responsabilidad del banco o caja de valores ante la sociedad, en su caso.

2.2. El caso especial de la asamblea unánime

Es dable mencionar que la necesidad de llevar a cabo la publicación de la convocatoria a asamblea mediante la publicación de edictos según fuera expuesto, fue cuestionada por parte de la doctrina, informando al respecto que el requisito parece excesivo cuando se trata de sociedades anónimas o de familia, siendo que la notificación fehaciente a cada uno de los accionistas, como es previsto en el artículo 159 in fine para las sociedades de responsabilidad limitada, reemplazándose el medio de convocarlas por la citación notificada personalmente o por otro medio fehaciente. (Nissen:731)

Sin perjuicio de los mencionado al respecto de la notificación de la convocatoria a asamblea por medio de edictos, dicho acto es defendido por la jurisprudencia, fundamentando dicha decisión en la necesidad de preservar las formalidades del acto asambleario, con lo cual se garantiza la exactitud, formal y material, de los acuerdos que se efectivicen. (CN Com, Sala A, 26/2/80, “Tellería, L.A. c/ Martínez, Valderrama y Cía. S.A.”)

La excepción a lo analizado hasta el momento, es la convocatoria a *asamblea unánime* que se halla contemplada en el último párrafo del artículo 237 LGS.

En este caso, la propia norma contempla la posibilidad de omitir la publicación en el Boletín Oficial cuando se reúnan accionistas que representen la totalidad del capital social, es decir, se encuentra condicionada a la presencia del 100% de las acciones de la sociedad en el momento de celebración de Asamblea.

Debe tenerse en cuenta que la convocatoria debe ser igualmente realizada, lo que norma permite es obviar la publicación del edicto en el Boletín Oficial.

Por otra parte y sin perjuicio de hallarse la totalidad de las acciones, las decisiones deben ser adoptadas por unanimidad de las acciones con derecho a voto. Esta obligación de unanimidad de las decisiones, se utiliza como un mecanismo de protección a aquellos eventuales accionistas que aleguen el desconocimiento de la convocatoria a Asamblea, por exención de su publicidad.

Así entonces, cabe advertir que para el caso de que las decisiones no sean adoptadas por unanimidad, la asamblea cuya convocatoria no se publicó carecerá de validez legal.

No obstante, en cualquier asamblea de acuerdo a lo establecido en el artículo 246 LGS, pueden ser incluidos otros puntos del orden del día diferentes a los publicados, cumpliendo con idénticos re-

quisitos que para la asamblea unánime, esto es, que se encuentre presente la totalidad del capital social y las decisiones se adopten por unanimidad de votos computables.

Debemos cuestionar que sucede con las abstenciones, teniendo en consideración como fuera detallado el requisito de la unanimidad de las decisiones adoptadas.

Sobre este punto, la doctrina sostiene, que *“Los accionistas que deban obligatoriamente abstenerse de votar en ciertos temas, si bien son titulares de acciones con derecho a voto, no pueden ejercerlo en el caso concreto por imposición legal, debiendo abstenerse; y tal abstención no debiera influir en el cómputo de la unanimidad (...), ya que obligar al accionista con prohibición de voto en determinadas cuestiones a expedirse con su voto favorable en aras de obtener la unanimidad requerida, sería contrario a la ley y condenaría a las decisiones tomadas con voto prohibido, a su inexorable nulidad.”* (Duprat : 4)

Como puede advertirse, se genera una tensión entre el requisito de unanimidad y las abstenciones obligatorias, ambas impuestas por la LGS.

Finalmente debemos considerar que sucede con la necesidad de convocatoria y asistencia de directores y síndicos. Sobre este punto la doctrina señala que *“su presencia es imprescindible, pudiendo resultar esencial si se advierte que la decisión de la asamblea debe ser ejecutada por ellos, máxime tratándose de cuestiones en las cuales se juzgue su responsabilidad o remoción, o en aquella que haga a la gestión de la sociedad. En cuanto a los síndicos y consejeros de vigilancia, su presencia es también imprescindible por el control de legalidad que la ley 19.550 ha puesto sobre su cargo. (...) En consecuencia y no convocados los integrantes de los órganos de administración y fiscalización a las asambleas unánimes, les cabe peticionar judicialmente la nulidad por aplicación de los artículos 251 a 254 de la ley 19.550.”* (Nissen:735)

2.3. Celebración de la Asamblea fuera del plazo legal. Resolución General Nº 7/05 de la Inspección General de Justicia (IGJ)

Asimismo, la Inspección General de Justicia, en la Resolución General Nº 7/05, dispone en el artículo 405 lo relativo a la celebración fuera de término, *“Si la asamblea se realizó fuera del término fijado en el estatuto, las razones de ello deberán ser tratadas como un punto especial del orden del día.”*

En consecuencia, el organismo de contralor permite que las asambleas se realicen fuera del plazo legal, en la medida en que la sociedad exponga en el marco de la asamblea los motivos en los cuales se fundó la demora, lo cual debe ser incorporado expresamente como punto especial del orden del día y considerado por los accionistas.

Asimismo, si bien se trata de una situación que es contraria a lo que dispone la LGS, ni dicha ley ni la normativa de IGJ contemplan apercibimientos por la celebración de las asambleas fuera de término, más que las mismas puedan ser convocadas por el organismo de contralor.

3. Conclusión

Como cierre del presente trabajo, corresponde efectuar algunas consideraciones en torno al análisis efectuado precedentemente.

En principio, la convocatoria a asamblea solo puede ser efectuada por parte de los sujetos que la LGS habilita.

Por otra parte, la asamblea que considera la documentación contable de las empresas y lo referente a la designación y remoción de sus directores, síndicos y consejo de vigilancia, debe ser convocada dentro de los cuatro meses del cierre del ejercicio conforme la norma.

Puede suceder, sin embargo, que por demoras internas de la empresa o algunas otras circunstancias no se cumpla con el plazo mencionado precedentemente.

Adicionalmente, al momento de realizar la convocatoria habrá que tener en cuenta si se trata de una sociedad que realiza o no la cotización de sus acciones en la bolsa, ya que según sea el caso deferirá la antelación con la cual deberá ser realizada la convocatoria, y la norma a tener en cuenta según el caso, con el objeto de no exceder el plazo de cuatro meses establecido.

Se ha verificado también que lo dicho, encuentra una excepción que surge de la propia LGS.

La excepción queda consagrada con la celebración de una *asamblea unánime*, sin que sea requisito necesario para que la asamblea se constituya como válida la publicación del edicto en el Boletín Oficial, pero si la convocatoria a los accionistas.

Sin embargo, se condiciona que al momento de ser llevada a cabo, se hallare presente la totalidad de los accionistas y que las decisiones sean adoptadas por unanimidad, siendo el sustento y fundamento de ello, un mecanismo de protección a aquellos eventuales accionistas que aleguen el desconocimiento de la convocatoria a Asamblea, por exención de su publicidad.

Fue verificado también que la doctrina en este punto realiza una distinción, lo que se faculta es omitir la publicación en el diario de publicaciones legales, lo que no implica que no se deba de comunicar la celebración de la misma a todos los accionistas que representen el total del capital social, o en su caso, si se tratará de una asamblea especial de clases a todos los que integren la clase en cuestión. Dicha requisito se tiene por cumplido con la presencia de todos los accionistas de la sociedad en el acto asambleario.

No debe dejar de advertirse, que transcurrido el plazo de los cuatro meses para realizar la convocatoria, la Resolución General N° 7/05 de la Inspección General de Justicia estipula que debe incluirse como punto integrante del orden del día, las consideraciones de por qué la asamblea fue convocada fuera del plazo legal.

En conclusión entonces, luego del realizar el análisis del presente trabajo puede sostenerse que, no se estipula una sanción legal para aquellas sociedades que realizaron la convocatoria tardía, pero sí que deben cumplir con los requerimientos adicionales contemplados en el régimen jurídico vigente que fueran explicitados.

4. Bibliografía

Ley de Mercado de Capitales N° 26.831

Ley General de Sociedades N° 19.550

Resolución IGJ N° 7/05

Doctrina

Duprat, Diego. “Asambleas Unánimes”. Disponible en:
<http://dupratpellegrini.com.ar/publicaciones/DD-Asamblea-Unanime.pdf>

Favier Dubois, Eduardo y Favier Dubois Eduardo (h). “La convocatoria a asamblea de sociedad anónima a pedido de un socio”. Disponible en:
http://favierduboisspagnolo.com/trabajos_doctrina/ERREPAR_Informacion_y_Exhibicion.pdf

Gavino, Néstor Julio “Diferentes modos de convocatoria a asamblea”. Disponible en:
http://nuevositio.cpacf.org/files/inst_doctrina/derecho-societario/nelson-gavino.pdf

Nissen, A. *Ley de Sociedades Comerciales*. 3ra edición. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2010.

Las Familia y el Derecho. Vínculos y Estructuras familiares por Lucila Inés CÓRDOBA²

Sumario: 1. Introducción. 2. El Derecho a una Familia. 3. Derechos de los hijos. 3.1. La adopción. 3.2 Derechos entre hermanos. 4. Cónyuges. 5. Separación de los adultos, divorcio. Derechos de los niños. 6. Conclusión

Resumen: Se analiza la evolución de las estructuras familiares a partir de los avances científicos y de los cambios culturales. Se profundiza sobre los vínculos jurídicos entre padres- hijos, cónyuges, convivientes, hermanos, y la trascendencia de las relaciones afectivas que surgen en los procesos de adopción; como así también sobre la solidaridad familiar, principio rector en tales relaciones. Se expone sobre los derechos de los sujetos más vulnerables en las relaciones de familia, y la relevancia sobre el derecho específico a tener una familia. Se argumenta con claridad que el Estado ve en el desarrollo y la protección de los vínculos familiares la posibilidad de que la persona alcance su máximo potencial y desarrolle una personalidad en plenitud. Es ese el fundamento de la tutela legal.

Abstract: The evolution of family structures is analyzed from scientific advances and cultural changes. It elaborates on the legal relationship between parents-children, spouses, partners, brothers, and the importance of emotional relationships that arise in the process of adoption; as well as on family solidarity, the guiding principle in such relationships. It is exposed on the rights of the most vulnerable subjects in family relationships, and relevance on the specific right to have a family. It is argued that the state clearly seen in the development and protection of family ties the possibility that the person reach their full potential and develop a personality fully. Is that the basis of legal guardianship.

Palabras llaves: Tutela de la Familia. Vínculos y relaciones familiares. Evolución social y científica. Solidaridad familiar.

Key Words: Protection of the family. Family ties and relationships. social and scientific developments. family solidarity.

1. Introducción

Resulta difícil establecer el concepto de Familia, ya que es una de las instituciones que mayores cambios sufre en la sociedad. Ello se debe en parte a los avances que se producen en las ciencias médicas, como así también en las costumbres sociales.

Hasta hace no tanto tiempo no existía técnica artificial alguna que permitiera concebir seres humanos. Recién en el año 1978 nació en Inglaterra Louise Brown el primer ser humano probeta de la historia. La niña fue concebida mediante la técnica de fecundación in vitro. Su impulsó la creación de otras técnicas de reproducción asistida que rigen en la actualidad.³

² Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales UMSA.

³ <http://www.telegraph.co.uk/news/health/11760004/Louise-Brown-the-first-IVF-baby-reveals-family-was-bombarded-with-hate-mail.html>

Así también, no hace muchos años que desapareció el repudio por la disolución del matrimonio a través del divorcio en la sociedad argentina.⁴

En la actualidad la sociedad y el Estado aceptan que las familias se constituyan de diversas formas, sea por matrimonios formados por personas de igual o distinto sexo, por parejas convivientes, con los hijos de uno o ambos cónyuges. El Estado, a través del Derecho tutela todos estos tipos de familia. La elección de la estructura familiar deseada, mientras garantice los derechos de los sujetos que merecen protección jurídica, es una cuestión íntima de las personas en la que el Estado no debe inmiscuirse –cfr. Art. 19 CN-.

El Diccionario de la Lengua Española conceptualiza a la familia, como el grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas; conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje; hijos o descendencia. Está casado, pero no tiene familia.

En nuestro país, el Estado no sólo protege la familia, sino también el Derecho a tener una familia en sus diversas formas.

2. El Derecho a una Familia

Tal lo dicho, vemos que en la actualidad existe un mayor reconocimiento y protección a las distintas estructuras familiares, como así también a las relaciones dentro del grupo, o las afines que puedan resultar de él. Es demostrativo de ello, el caso resuelto por la Suprema Corte de Justicia Bonaerense hace unos meses, cuyo objeto era una medida de protección especial de niños –abrigo-. En la causa se plantearon cuestiones vinculadas con los vínculos afectivos de niños que vivieron juntos en un hogar asistencial. Una de las partes, puso de resalto su preocupación por las vinculaciones que se entablan entre los niños en los hogares en virtud de las prolongadas institucionalizaciones, solicitando dar forma a la vinculación afectiva en tanto los niños se sienten “familia” en razón del tiempo compartido en el hogar. Se mencionó la necesidad del reconocimiento de la socio-afectividad en las relaciones del niño y adolescente, resaltándose la importancia que ello tiene en el desarrollo de los menores. Se precisó que podría asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección. (SCBA, sentencia 118781, 11/11/15).

La Familia desde el punto de vista legal se encuentra garantizada con el rango más alto, en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y existen numerosas normas vinculadas a la protección de la misma.

La legislación civil, se ocupa específicamente de regular los derechos que derivan de las relaciones de familia, y concretamente el derecho de los niños a vivir en una familia. Ese es el fundamento principal por el que se regula la institución de la adopción.

Desde otras ciencias informan al derecho –psicología, medicina, sociología-, que la familia es el ámbito más propicio para que el ser humano alcance su máximo desarrollo. Es a través de la evolución de las relaciones familiares que una persona alcanza su plenitud, y el ejercicio pleno de su derecho a la identidad.

Es esa la razón por la que el Estado se entromete en la vida íntima de las personas y regula tales relaciones, ya que ello tiene repercusiones directas en la sociedad.

Como ya mencionamos, hasta hace no tantos años parecía existir un solo tipo de familia, razón por la que los hijos nacidos por ejemplo fuera de un matrimonio eran calificados como ilegítimos y no tenían los mismos derechos que los que eran hijos de padres casados. En la actualidad ese pensamien-

⁴ http://www.clarin.com/sociedad/Breve-historia-divorcio-Argentina_0_1406259526.html

to resulta vetusto y grave, ya que se reconoce a la persona como tal, y tales conceptos son considerados discriminatorios y dañinos.

La evolución social se refleja en la legislación civil vigente ya que se regula no sólo la familia matrimonial -art. 401 y ccs. CCyC-, sino también la que tiene origen en uniones convivenciales –arts. 509 y ccs. CCyC-. El matrimonio o dichas uniones pueden encontrarse compuestas por personas de distinto o igual sexo, los derechos de los hijos son idénticos, ya que sea que hayan nacido dentro o fuera del matrimonio, o que tengan un solo vínculo filial establecido. La evolución ha sido tal, que se impone el deber de garantizar las relaciones entre los hermanos en los casos de las adopciones plenas y simples–arts. 621, 627 y ccs. CCyC-.

Vemos también que en el juez se encuentra impedido de decretar el estado de adoptabilidad, si el niño involucrado tiene algún referente afectivo capacitado para hacerse cargo de su cuidado -607 CCyC-.

El pronunciamiento judicial aludido también es reflejo de la evolución habida en la sociedad, ya que se plantea la necesidad de preservar vínculos afectivos en los casos de adopciones, con aquellas personas con las que se ha compartido la vida durante largos períodos antes de que el Estado provea de una familia.

La evolución no tendrá fin, ya que la familia es una de las instituciones sociales con mayor dinamismo, que más transformaciones sufre. Ello en parte por los avances que se van produciendo en la ciencia, como así también de los que derivan de los cambios culturales, migratorios, todo aquello que afecta a nivel global.

Muchos aspectos de las familias cambian, pero hay uno de ellos que permanece a través del tiempo y que se expande. Es el fundamento de casi todos los derechos que surgen de las relaciones familiares, la solidaridad familiar. Gracias a la cooperación mutua entre los miembros de una familia, es posible sobrellevar las dificultades, y expandir el potencial individual de cada miembro que compone el grupo. En ello se funda su protección legal de jerarquía constitucional.

3. Derechos de los hijos

El Estado debe regular aquellos aspectos que derivan de las relaciones paterno- filiales. Ello es así, por cuanto en tales vínculos uno de los sujetos carece de la capacidad suficiente para ejercer aquel accionar necesario para efectivizar sus derechos. Resulta indispensable que rijan en la vida de un niño tales garantías fundamentales para que tenga una vida digna, plena, saludable, para que el individuo alcance el máximo de su potencial. Brindar a un niño lo necesario para su cuidado y para que alcance su máximo desarrollo hace que pueda establecer relaciones saludables con otros individuos, que no enferme, que desarrolle un oficio, empleo o profesión; que tenga más posibilidades de tener una vida alegre, recreativa, feliz; que esté preparado para encontrar el sentido de su vida.

Como explicamos, ellos son los fundamentos por los cuales el Estado regula a través del Derecho, ello tiene efectos directos en la sociedad misma. Es decir que también el cumplimiento de los roles parentales son uno de los factores que influyen en que un país esté mejor o peor.

Las relaciones entre padres e hijos se encuentran regulados en varios instrumentos legales vigentes en nuestro país, como lo es la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre Eliminación de las todas las formas de Discriminación contra la Mujer, el Código Penal, entre muchos otros. Pero rigen normas específicas que están contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación. Allí, el artículo 628 dispone que “La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”. El

artículo 639 enumera y establece los Principios Generales que rigen la institución que son los siguientes: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. El 640 enumera las figuras legales derivadas de la responsabilidad parental que el Código regula: a) la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental; b) el cuidado personal del hijo por los progenitores; c) la guarda otorgada por el juez a un tercero. El artículo 641, establece a cual de los padres corresponde la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental, el 646, los deberes de los progenitores, que son a) cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo; b) considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo; c) respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos; d) prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos; e) respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo; f) representarlo y administrar el patrimonio del hijo.

Muchos otros intereses son regulados normativamente, pero exceden el presente abordarlos en esta oportunidad. Por último interesa también tener presente, que la importancia en el cumplimiento de los roles paternos se encierra en aquel principio que está enumerado en primer lugar en la ley, y que es el “Interés Superior del Niño” –cfr. Art. 3 Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 639 CCyC. Es el principio rector y la norma fundamental que rige en las relaciones entre padres e hijos. El hijo es siempre el sujeto que prevalece en la relación jurídica, porque como dijimos es el que mayor tutela precisa porque no tiene capacidad para accionar en forma personal.

3.1. La adopción

La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos. –cfr. Art. 558.- El Código Civil y Comercial, en su artículo 594 nos da el concepto de adopción, estableciendo que “... es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen.”

El Diccionario de la Real Academia Española, indica que adoptar importa recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente. En la materia rigen principalmente los Tratados internacionales de jerarquía constitucional –Convención sobre los Derechos del Niño-, la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes -Ley 26.061- y el Código Civil originario, y a partir del 1 de agosto de 2015 el Código Civil y comercial.

El instituto de la adopción, tiene por objeto principal dar solución a circunstancias de hecho que generalmente tienen un trasfondo de gran sufrimiento por parte de los sujetos involucrados, ya que tiende a dar una familia a aquellos menores que no ven satisfechos sus derechos fundamentales en sus familias de origen, a aquellos que carecen de filiación conocida, o a quienes sus padres han decidido dar en adopción. Existen otros supuestos, como en los casos de adopción de la adopción por integración, o adopción de mayores de edad.

A la adopción la preceden, en la gran mayoría de los casos situaciones fácticas complejas sensibles como son las carencias en las familias, problemas de salud físicos, mentales, de adicciones, falta de recursos, falta de información, educación, violencias. Tienen generalmente por antecedentes problemas sociales complejos que deben ser abordadas por los poderes del Estado en su conjunto. Por

más que exista un texto legislativo imperfectible, son circunstancias que deben ser abordadas en conjunto por los diferentes órganos estatales.

3.2 Derechos entre hermanos

En el Derecho de Familia suele dársele mayor tratamiento a las relaciones paterno - filiales o a las conyugales. En parte, porque las relaciones derivadas del matrimonio o de la convivencia son las que generan mayores conflictos que para su resolución, en muchos casos es ineludible la intervención estatal, como lo es por ejemplo en el caso del divorcio, la separación de hecho y todos los conflictos derivados del desmembramiento familiar. Debe tenerse presente también que es mayor la intervención estatal en los vínculos familiares mencionados, ya que por la importancia que revisten para la sociedad es necesaria una mayor tutela.

Dicho ello, nos abocaremos al tratamiento de la tutela estatal a través del Derecho de las relaciones entre los hermanos. Nos encontramos con regulación específica en materia de adopción, al establecerse que algunos de los Principios Generales que rigen la institución son: a.- el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; b.- la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas -cfr. art. 595 del Código Civil y Comercial de la Nación-. El artículo 598 del mismo cuerpo legal dispone, en su segunda parte, que todos los hijos adoptivos y biológicos de un mismo adoptante son considerados hermanos entre sí. Es decir que en éste último supuesto, la norma valora asimismo los vínculos fraternales no biológicos. Así también, son deberes de los progenitores, derivados de la Responsabilidad parental, el respeto y el facilitamiento del derecho del hijo a mantener relaciones personales con otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo -art. 646 CCyC.-

La legislación civil vigente, establece también deberes fundados en la solidaridad familiar, al imponer el derecho deber alimentario entre los hermanos bilaterales y unilaterales -cfr. art. 537 CCyC-

Apartándonos brevemente del Derecho Civil, pero ello en raíz de la necesidad intrínseca de analizar el Derecho como un sistema armónico, llama la atención que no esté incluida la relación fraterna como agravante en el homicidio -cfr. art. 80 del CP-, aunque si conforme la normativa debe ser considerado agravante de la pena conf. art. 40 41 C.P. -

En el ámbito del Derecho de las Sucesiones, los colaterales heredan cuando no hubiera descendientes, ascendientes ni cónyuge. Los parientes colaterales heredan hasta el cuarto grado inclusive, el de grado más próximo excluye a los de grado ulterior, excepto el derecho de representación de los descendientes de los hermanos, hasta el cuarto grado en relación al causante. Los hermanos y descendientes de hermanos desplazan a los demás colaterales. En la concurrencia entre hermanos bilaterales y hermanos unilaterales, cada uno de éstos hereda la mitad de lo que hereda cada uno de aquéllos. En los demás casos, los colaterales que concurren heredan por partes iguales-cfr. arts. 2438/2440 CCyC-. De ello se avizora que el legislador ve en las relaciones fraternales unidad y vínculos de importancia tal que deben ser considerados por el Derecho y protegidos. Uno de los aspectos tenidos en cuenta por el legislador para regular la transmisión de bienes por causa de muerte, es la presunción de la voluntad del causante. Es decir, que se presume legislativamente relaciones de afecto y solidarias entre los hermanos.

La Solidaridad Familiar es la base de muchos de los derechos deberes de familia, según la legislación. Puede a primer entendimiento pensarse en la solidaridad como aquella acción de generosidad para con otra persona, pero importa además de ello, la ayuda ante las dificultades a ver satisfechas las necesidades más básicas, que hacen a la supervivencia de los seres humanos.

Pero ese no es el aspecto que interesa útil resaltar como valor que le da la legislación a las relaciones entre los hermanos. El Estado ve en esas relaciones la satisfacción de las necesidades de afecto también, el ámbito adecuado para el ejercicio del derecho a la identidad. Conservar y desarrollar las relaciones fraternales importa tomar conciencia y ejercer aquellas facultades que nos llevan a conócenos intrínsecamente, a estar más cercanos a las herencias familiares. El Estado ve en el desarrollo de los vínculos entre los hermanos la posibilidad de que la persona alcance su máximo potencial, desarrolle una personalidad en plenitud.

La unión familiar coadyuva al desarrollo de las personas, además de posibilitar el trance de momentos de dificultad - y de ahí el fundamento de la imposición legal de los deberes de asistencia-, la persona que mantiene vínculos saludables con los miembros de su familia tiene menores posibilidades de desarrollar enfermedades, y por ende expandirse en otros ámbitos. Ello también produce efectos directos en el desarrollo del país. De ahí, que en la Constitución Nacional de modo expreso se establezca el Derecho a la Protección integral de la familia -cfr. art. 14 bis Constitución Nacional-.

4. Cónyuges

Recordamos que el matrimonio es la unión voluntaria y libre entre dos personas del mismo o distinto sexo, concertada mediante las formalidades que dispone la legislación vigente. La finalidad de este tipo de uniones, es establecer y mantener una comunidad de vida e intereses. Es uno de los tipos de familia que el Estado reconoce y le otorga efectos jurídicos a las relaciones que nacen de él por la importancia que reviste para la sociedad. Es considerado beneficioso para los individuos el desarrollo en el ámbito de una familia y en ello se funda la necesidad de su reconocimiento y otorgamiento de efectos jurídicos.

Fundado en ello, se imponen determinados deberes entre las partes, los que son intrínsecos a la relación jurídica matrimonial por considerarse que inherentes a la unión establecida. Señala Medina son los deberes mínimos o básicos que deben regir la comunidad de vida entre los cónyuges y que hacen a la esencia de la institución, como así también que son deberes de carácter imperativos, es decir no pueden ser dejados sin efecto ni modificados por la voluntad de las partes.⁵

Algunos de ellos, se fundan en la solidaridad familiar, como por ejemplo lo son el deber de cooperación, los deberes de asistencia y alimentos. Así también se dispone como deber de los cónyuges el vivir en un mismo hogar, por entenderse que esto hace a la naturaleza de la unión matrimonial. Se establece también el deber matrimonial de no defraudar la confianza depositada por el otro cónyuge, de mantener una única unión de tipo estable, afectiva. Es decir, ser fieles entre sí. Se reconoce como fundamento de la unión, la existencia de un plan de vida elegido por ambos cónyuges.

El deber alimentario es la prestación que debe otorgarse mutuamente entre los cónyuges para subvenir las necesidades entre ellos, en caso de que así fuera necesario.

El deber manutención y de satisfacción de las necesidades económicas, espirituales, médicas, de habitación, vestuario entre los cónyuges rige durante la vigencia de la unión matrimonial, la separación de hecho y aún disuelto el vínculo en los supuestos de enfermedad o real necesidad por parte de alguno de ellos. Se aclara que la prestación alimentaria tendrá vigencia también, si resulta de acuerdo de partes.

Dentro del deber de asistencia, reconociendo en la unión matrimonial, la familia, la importancia que esta reviste para la sociedad, se establece el deber de ayuda mutua en la cobertura de las necesidades del otro cónyuge. Ello se funda en el deber de solidaridad que se reconoce como uno de los

⁵ Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Rivera, Julio C. (Dir.) –Medina, Graciela (Coord.), Medina, Graciela, “Matrimonio y Disolución”, p. 320, 422, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012

elementos fundamentales de las relaciones familiares. El legislador considerando la importancia que reviste cada uno de los cónyuges para el otro, que los lleva a formalizar su unión ante el Estado, les impone obrar de modo tal que se socorran en caso de necesidad.

Este deber de asistencia rige durante la convivencia, la separación de hecho y aún luego de haberse disuelto el matrimonio, en los supuestos de enfermedad o necesidad. Además puede ser objeto de convenio de partes.

Es importante que la ley disponga el cumplimiento de deberes mínimos entre quienes conforman una familia, por un lado por el rol pedagógico que cumple, como así también para la protección individual de los individuos que la integran y puedan reclamar ante el Estado su cumplimiento de forma compulsiva.

El fundamento de la prestación es la unión conyugal y no la cohabitación de allí que el legislador extienda su vigencia aún una vez que cesa la convivencia, o se disuelva el vínculo, y el deber de socorro mutuo en plano de igualdad, ante las necesidades del otro, basado en esa unión matrimonial que el Estado considera que debe ser protegida por la ley.

El legislador reconoce la importancia que revisitó la unión conyugal, tanto para las partes como para la sociedad y en función de ello, considera que debe preexistir un deber de socorro mutuo en supuestos excepcionales de real necesidad como lo puede ser porque alguno de ellos padezca una grave enfermedad, o que se encuentre en una situación que le imposibilita adquirirlos por sus propios medios.

La ley establece límites a la vigencia de esta prestación. Por un lado se dispone como plazo máximo de duración, el tiempo que duró la unión matrimonial. Tampoco procede contra quien es beneficiario de una compensación económica, ya que claramente si recibe o recibió la misma a la disolución del matrimonio, es poseedora de bienes, por lo que no se encontraría en caso de extrema necesidad o ante la falta de bienes para la subsistencia como lo requieren las normas que regulan la institución –art. 545 CCYC-.

5. Separación de los adultos, divorcio. Derechos de los niños.

Conforme la legislación vigente, el Estado ya no se inmiscuye en la intimidad de los cónyuges que quieren poner fin a su vida matrimonial. Para modificar el estado civil sólo hay que solicitarlo ante la autoridad judicial –cfr. Art. 437, 438 y ccs. CCYC- y adjuntarse o una propuesta o un convenio regulador de los efectos del divorcio, según el pedido lo hagan uno o ambos cónyuges. Dentro de tales efectos debe estipularse el ejercicio de la responsabilidad parental, incluidas las cuestiones sobre alimentos, atribución de la vivienda, etc.

Tal lo expuesto, los adultos tienen derecho a la elección de la estructura familiar que desean, ello siempre y cuando sean personas capaces de ejercer sus derechos y no necesitan tutela alguna –cfr. Art. 19 CN-. Ello no quita que el Estado deba regular los derechos de los niños que sufren los cambios en la vida familiar como así también que deba atenderse la problemática que resulta de los matrimonios en conflicto cuando repercute de manera nociva en las relaciones con sus hijos. Los cambios de estructuras familiares repercutan en forma directa en la vida de los sujetos más vulnerables, y que son los que requieren mayor atención por parte del Estado.

La separación de los padres, ya sea que estos se encontraban unidos en matrimonio, o mediante otra forma –ej. Convivencia- provoca en algunos casos que los niños sufran desarraigo de sus hogares, cambios de colegio, se alejen de sus amigos, compartan menos tiempo con sus progenitores, o con otros integrantes de las familias, se muden de barrio, tengan que repartir sus juguetes entre las casas de ambos padres. También repercute en ellos los duelos que atraviesan sus padres por la ruptu-

ra conyugal, lo que además en muchos casos provoca que deban modificar otros aspectos de sus vidas cotidianas, como por ejemplo tener que trabajar más horas para poder sustentar el nuevo hogar. Se le suma a ello, en algunos supuestos las emociones de dolor cuando las separaciones no son pacíficas y provocan desacuerdos, rencores, sufrimientos. El Derecho intenta traer soluciones a estas cuestiones y es por ello, en parte que se impone la carga de presentar o una propuesta o un convenio regulador de los efectos del divorcio. Pero se dan situaciones en los que desacuerdos ya pasan a una faz conflictiva en la que se requiere la solución por parte del órgano judicial. Un tercero ajeno a la familia es el que resuelve los problemas porque los adultos no pueden lograrlo por sus medios.

Los principios rectores en estas cuestiones deben ser siempre el interés superior de los menores y el interés familiar –cfr. Arts. 3 y ccs. CDN, art. 14 Bis CN y ccs. Art. 639 y ccs. CCYC.

La separación entre los adultos, como ya expusimos se trata de una cuestión íntima de ello – art. 19 CN-, cada persona capaz tiene derecho a elegir la estructura familiar que quiere tener, pero ello debe hacerse teniendo presente la forma en que repercute en los sujetos más vulnerables y que mayor protección requiere, como son los menores o las personas que padecen de alguna discapacidad. El divorcio y la separación de los padres influye en la vida de ellos. Los padres deben hacer prevalecer siempre los derechos de sus hijos por sobre los suyos propios. Esto es un deber –cfr. Arts. 3, y ccs. CDN, arts. 14 bis CN, art. 638 y ccs. CCyC-.

6. Conclusión

Se expusieron aspectos relevantes de las relaciones y estructuras familiares que merecen tutela legal. El Estado ve en el desarrollo de los vínculos familiares la posibilidad de que la persona alcance su máximo potencial, desarrolle una personalidad en plenitud.

La unión familiar coadyuva al desarrollo de las personas, además de posibilitar el trance de momentos de dificultad, el individuo que mantiene vínculos saludables con los miembros de su familia tiene menores posibilidades de desarrollar enfermedades y está más capacitada para expandirse en otros ámbitos. Ello produce efectos directos en el desarrollo del país. De ahí, que en la Constitución Nacional de modo expreso se establezca el Derecho a la Protección integral de la familia -cfr. art. 14 bis Constitución Nacional-.

Constituição originária do direito real de propriedade imóvel, através da posse

por José DE ARIMATÉIA BARBOSA⁶

Sumario: 1. Introdução. 2. A origem da posse / propriedade e sua função social. 3. Origem da ocupação, divisão e demarcação de imóveis rurais no Brasil. 4. Sistema Jurídico Brasileiro - Regularização da posse – propriedade. 5. Constituição do direito real de propriedade, a partir da posse (usucapião e/ou prescrição aquisitiva de domínio como forma de regularização de terras privadas, públicas e devolutas). 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas

Resumo: Para defender a usucapilidade de terras devolutas no Brasil, pelo procedimento da desjudicialização, foi feito um estudo minucioso dos requisitos inerentes a todas as formas de usucapião existentes no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da hermenêutica jurídica que se constatou a necessidade de adequar a norma não somente ao caso concreto, como também fundamentar a solução de antinomias. Tendo o caso concreto tomado forma em ações que caracterizam, pelo fato, o uso da terra correspondente com a função social da posse/propriedade, verifica-se a antinomia da norma que, simultaneamente garantindo a função social da posse/propriedade, reserva para o Estado terras devolutas, que, de outra forma, se não estivessem nas mãos dos particulares, não cumpririam sua função social. Ora, a função do Estado não é robustecer a qualquer preço ou por quaisquer meios; mas sim: garantir o bem estar da coletividade. O cumprimento da função social da posse/propriedade, acima da inalienabilidade de terras públicas, que não é, necessariamente, o caso das terras devolutas, posto que não estejam registradas no Cartório de Registro de Imóveis

Abstract: To defend adverse possession of vacant land in Brazil, the procedure “desjudicialização⁷”, a detailed study of requirements was made within all forms existing prescription in the Brazilian legal system, It is by means of legal interpretation which were found the necessity to adapt not only to the standard case, as well as support the solution of antinomies. Having the recorded case taken shape in case actions that characterize, from fact, the usage of the land corresponding to the social function of possession/property, it is noticed the norm antinomy that, simultaneously guarantee the social function of possession/property, reserve for the State public lands, that, otherwise, if they were not in the hands of individuals, would not fulfill its social function. Now, the reason of the State existence is not to strengthen at any cost or by any means, but first and foremost, it is to ensure the well being of the community. The fulfillment of the social function of the possession/property, above the alienation of public land, which is not necessarily the case of vacant land,

⁶ Registrador de imóveis na comarca de Campo Novo do Parecis (MT), Vice-Presidente do IRIB pelo Estado de Mato Grosso e seu representante junto Comissão de Assuntos Fundiários da CGJ/MT. Conselheiro da ANO-REG/MT; Membro do Observatório de Direitos Humanos, Bioética e meio ambiente da Universidade de Salerno-Itália. Graduado em Ciências Jurídicas, Pós Graduado em Direito Público, Direito Notarial e Registral, Direito Civil e Processual Civil. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA – Buenos Aires, da qual é membro de seu comitê acadêmico, com estágios pós-doutorais na Università Degli Studi di Messina-Itália, em 2013/2015, in Corso Internazionale post dottorato di perfezionamento e di alta formazione su La Proprietà tra Diritto Europeo e Diritto Latino-Americano e na Universidade de Coimbra- Portugal, no programa de Pós doutoramento em Direito das Coisas, Direito Notarial e Direito Registral, onde apresentou Projeto sob o tema : Constituição e Transmissão de Direitos reais no contexto do Mercosul e da Globalização. Doutorando em Direito Civil pela Universidade de Buenos Aires – Ar.

⁷ It is the action to profit on any procedures that may improve the making decision process avoiding taken conflicts into court whenever possible, hence, avoiding litigation.

	since they are not recorded in the Registry of Property
Palavras-chave: usucapilidade, terras devolutas, antinomia, desjudicialização, função social da posse/propriedade	Keywords: adverse possession, vacant land, antinomy, <i>desjudicialização</i> , social function of property

1. Introdução

O objetivo deste *paper* é o de elencar elementos que demonstrem ser possível a usucapião de terras devolutas situadas no Brasil, facultando ao ocupante valer-se de procedimento administrativo, se dela estiver fazendo uso manso e pacífico, de boa fé, atendendo ao princípio da função social da terra, por período e nas condições que justifique sua aquisição pela prescrição.

Desnecessário assinalar, que o sistema fundiário brasileiro sofre irregularidades desde os primórdios e atualmente requer esforço concentrado de todos aqueles envolvidos com a questão em evidência, a fim de se contemplar quem realmente torna a terra produtiva com seu trabalho. Portanto, imprescindível é que seja disponibilizado pelos órgãos federal e/ou estadual a qualquer cidadão que dele queira tomar conhecimento, o mosaico regular de suas terras, muitas vezes sobreposto a outro elaborado pelo mesmo órgão, culminando com o tropeço do interessado no primeiro e grande obstáculo para identificar seu imóvel, qual seja a sua determinação física, pois incompletas e/ou irregulares são em grande parte a descrição das áreas rurais existentes no Brasil, especialmente aquelas situadas na região amazônica, destacada pelas razões adiante assinaladas.

2. A origem da posse / propriedade e sua função social

Registra a história que a posse tem sua origem na Lei das XII Tábuas, sucedida pelo Código de Justiniano que vigorou no mundo romano-germânico, influenciado na legislação européia, copiado por vários países do oriente ao ocidente, vindo para o Brasil via ordenações do Reino. Textos bíblicos, contidos no velho testamento, revelam que a posse e/ou propriedade e sua alienação, remontam aos primórdios da própria civilização.

Nos dias de hoje, sua função social é estudada de maneira compartilhada sob o aspecto econômico e jurídico. Nessa seara, a Constituição brasileira de 1988 já trouxe determinadas limitações ao direito de propriedade frente às necessidades que o contexto da época considerava como imperativas. Dessa forma, o legislador como não poderia deixar de fazer coleção o direito de posse/propriedade como garantia fundamental e previu todo um aparato jurídico para sua manutenção e segurança. A inserção desse direito e garantia à propriedade no caput do artigo 5º, demonstra o caráter fundamental desse instituto, que de modo claro, em seus item XXII e XXIII, garantem o direito pleno daquela propriedade que atender a sua função social.

Em seu texto original, foram elencados dispositivos acerca de sua extensão, forma de tributação, além da previsão de políticas urbanas e rurais, entre outros temas trabalhados.

Ao longo dos anos, nela foram se inserindo legislações específicas por meio de Emendas Constitucionais, alterando-se a redação original da Carta Maior, oriundas de diversas formas de contribuições apresentadas pela sociedade, em face da realidade fática e pela necessidade de pacificação social, garantia da ordem pública em sintonia com o direito privado e os direitos individuais, bem como pelas constantes mutações do cenário mundial.

A conduta humana e seus resultados, bem como a forma que a sociedade encara tais procedimentos constrói-se o direito. E exatamente por ser o direito uma consequência dessas ações e des-

sas visões humanas é que ele se torna dinâmico. Assim fácil é concluir que por conta desse dinamismo, dessa constante alteração na ordem sócio/econômica, científica e até mesmo religiosa é que em determinados momentos são inseridas algumas restrições a direitos; são redimensionados institutos e são originados novos preceitos e ordenamentos jurídicos.

Essas são questões que inspiram o presente estudo, o qual tem por objetivo, conforme já observado alhures, analisar a constituição do direito real de propriedade, através da posse, direcionando-o para a região amazônica brasileira e apontando as necessárias alterações para que haja uma efetiva regularização fundiária, por meio do instituto da usucapião voluntária, quer seja das terras particulares como também das terras devolutas, adligadas à propriedade daquele que esteja cumprindo sua função social.

3. Origem da ocupação, divisão e demarcação de imóveis rurais no Brasil

Segundo ensinamentos do autor Ismael M. Falcão (1995)⁸ partindo da premissa da cristandade; a certidão de nascimento do Brasil é a bula *inter coetera* do papa Alexandre VI, de 04 de maio de 1.493, consolidada no Tratado de Tordesilhas, firmada em 1.494. Para este mesmo autor era sabido que todas as terras existentes no globo terrestre, por disposição do ordenamento jurídico da época, eram pertencentes à Ordem de Cristo, da qual era grão-mestre o Papa, tendo os reis por vassallos e fiéis adeptos. Por outro lado, partindo da premissa espacial, a “descoberta” do Brasil não foi outra coisa senão cravar-se o domínio lusitano sobre o “mundo novo”, em nome do Rei de Portugal e da Ordem de Cristo.

De tal maneira, as terras então descobertas incluíam-se, desde logo, nos domínios da Coroa Portuguesa, sendo, por consequência, todas elas públicas, por origem, como nos ensina Luís De Lima Stefanini (1978, p. 32)⁹: “[...] o território brasileiro era uma propriedade pública da Coroa. Esta, como entidade de Direito Público, e não como entidade privada – propriedade do Rei de Portugal – isto a entender a situação do Chefe de Estado, como representante da Nação [...]”

Assevera o Mestre Pinto Ferreira que por ocasião da descoberta do Brasil inúmeras nações indígenas possuíam o seu território próprio por direito e este de forma originária na qual não se tinha divisão de terras a não ser pelo mar. Remata sua preleção, nos seguintes termos: “Vale lembrar que nesta época o índio não era senhor de direito. Segundo as Ordenações do reino, era classificado como ‘coisa’, apropriável de qualquer um”, prevalecia-se assim a concessão Papal” (Ferreira, 1994, p. 107).¹⁰

Com isto, pode-se observar que as raízes das terras brasileiras, desde os primórdios, não importando a extensão, o proprietário para alguns era Cristo, para outros, a coroa portuguesa ou ainda os índios. Partindo de outra premissa constitucional, é de se dizer que as terras brasileiras sempre pertenceram ao Estado, desde sua mais remota origem legal, seu titular direto.

4. Sistema Jurídico Brasileiro - Regularização da posse – propriedade

A partir de 1822, com a independência política e administrativa, gradativamente a propriedade no Brasil foi passando para o domínio privado e surge a obrigatoriedade dos registros de terras. Deste modo, pode-se concluir que considerando que à época todas as terras brasileiras eram públicas, qualquer pessoa que se intitulasse proprietária de terras no País teria que provar que seu imóvel foi desmembrado, validamente, do patrimônio público.

⁸ Falcão, Marinho Ismael. *Direito Agrário brasileiro*. São Paulo, Ed. Edipro, 1995

⁹ Stefanini, Luis de Lima. *A propriedade no direito agrário*. 1a. Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1978

¹⁰ Ferreira, Pinto. *Curso de direito agrário*. Saraiva, São Paulo, 1994.

É importante destacar que, mesmo garantindo a propriedade em sua plenitude, na constituição de 1824, no art. 179 XXII, a exemplo das ordenações portuguesas, manteve-se silente¹¹ quanto aos institutos da posse e da propriedade. As terras continuavam ocupadas por particulares ou eram do patrimônio imperial. A Posse e a Propriedade (Marques Neto, 2013, p. 181)¹², eram institutos estranhos às Ordenações Portuguesas (Afonsinas, Manoelinas e Filipinas), pois não reconheciam a posse autônoma, mas tão somente a mera ocupação. Promulgada a Lei 601, de 1850, foi abolido o costume da aquisição do domínio pelo mero apossamento das terras devolutas - usucapião imediato e os posseiros desprovidos de quaisquer títulos por ela foram obrigados a declararem suas posses perante os Registros de Freguesia, posteriormente Registro Paroquial ou Registro do Vigário.

Assim, por força do artigo 4º a citada lei de terras ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com o fim de discriminar o domínio público do particular e regularizar a situação das terras, mandando legitimar as posses e revalidar as sesmarias¹³.

O Estado passa então a assumir a iniciativa de discriminar e demarcar suas terras, denominadas devolutas, porém, mediante requerimento do particular; peculiaridade prevista no artigo 36 c/c 10 do Decreto 1318/1854.

No período republicano, foi reconhecida a personalidade jurídica da igreja (Dec.119-A7/01/1890), tanto a posse como a propriedade passaram a ser tituladas pela administração pública, sendo que o Estado desvincula-se da Igreja, sob o aspecto jurídico.

Em 1917, em vigor o Código Civil, afastada a posse, tornou-se obrigatório no Registro de Imóveis os títulos de venda de terras devolutas, excluindo-se outras aquisições, senão por título de compra feita ao império.

Atualmente, quanto à constituição dos direitos reais no Brasil, dentre eles o de propriedade, nos exatos termos do artigo 1.227 do Código Civil Brasileiro, só se adquirem pelo Registro no Cartório Imobiliário. A forma e o procedimento para o referido registro estão disciplinados pelos artigos: 227, 236, 176, §1º, inc. I, inc. II, 3, “a” e “b” e §§ 3º e 4º, todos da Lei 6.015/73, denominada Lei dos Registros Públicos.

Assim, enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

5. Constituição do direito real de propriedade, a partir da posse (usucapião e/ou prescrição aquisitiva de domínio como forma de regularização de terras privadas, públicas e devolutas).

¹¹ XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A Lei marcará os casos, em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenização. O inciso XXII – art. 5º da CF/88, reza que “é garantido o direito de propriedade”. Manteve-se silente quanto a posse, é fato. Nada se encontra na carta de 1824. (Brasil. Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 12 jan.2014).

¹² Marques Neto, Floriano Peixoto de Azevedo. Regime Jurídico e Utilização dos Bens Públicos. In: Adilson Abreu Dallari; Carlos Valder do Nascimento; Ives Gandra da Silva Martins. (Org.). *Tratado de Direito Administrativo*. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2, p. 398-448.

¹³ Art. 4º Serão revalidadas as sesmarias, ou outras concessões do Governo Geral ou Provincial, que se acharem cultivadas, ou com princípios de cultura, e morada habitual do respectivo sesmeiro ou concessionário, ou do quem os represente, embora não tenha sido cumprida qualquer das outras condições, com que foram concedidas. (Brasil. Lei 601, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do império. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm. Acesso em 12 jan.2014).

A transformação da posse em propriedade pelo decurso do tempo é talvez o melhor conceito de usucapião e/ou prescrição aquisitiva do domínio de um bem. Como se vê o instituto da usucapião foi contemplado na Lei das XII Tábuas. De acordo com o DICCIONÁRIO DE DERECHO ROMANO Y LATINOS JURÍDICOS¹⁴ - Doce tablas, páginas 318, 319 y 320, vemos que: *Tabla VI. - De dominio et posesione. Del dominio y de la posesión. Constituye ley para las partes lo estipulado verbalmente en el nexum o la mancipatio. El comprador, hasta que no paga el precio, no adquiere la propiedad de la cosa vendida y entregada. La usucapión y la garantía de la cosa en caso de enajenación dura dos años si se trata de fundos, y un año en lo demás. No cabe usucapir lo robado, ni el sepulcro ni los confines entre fincas ni las res mancipii (cosas de propiedad) enajenadas por mujer sujeta a tutela de los agnados. Frente al extranjero, la garantía por la enajenación es perpetua. No cabe desunir o reivindicar la viga que entra en la propiedad vecina.*¹⁵

Para Pedro Nunes (1984)¹⁶ o instituto da usucapião subordina-se ao Direito Romano, por meio das Ordenações, da Consolidação das Leis Cíveis, de Teixeira de Freitas (art. 1.325) e principalmente da Nova Consolidação das Leis Cíveis, de Carlos de Carvalho (arts. 428/442), do Direito das Coisas, de Lafaiete (§ 59, 63 e 70). Assevera o festejado professor que, além das duas formas referidas na citada Lei 601/1850, a usucapião, no direito civil, art. 530, III CC/1916, revogado e alterado o lapso temporal pelo art. 1.238 do CC/2002, também sempre foi uma forma de aquisição da propriedade.

Na mesma linha o jurista, Paulo Garcia¹⁷, afirma que essa forma de aquisição da propriedade, usucapião no direito privado, sempre foi pacífica. Já no campo do Direito Público o tema toma outra direção. Isso porque os bens públicos patrimoniais também eram tranquilamente usucapíveis até o advento da Lei 601 de 1850 e durante esse período colonial, e mesmo no período imperial, ocupar terras públicas implicava direito à posse, e o Estado era obrigado a fazer o reconhecimento.

Juraci Peres Magalhães¹⁸ relata que, posteriormente, o art. 67 Código Civil, em vigor no ano de 1917, foi alvo de nova polêmica, liderada por seu autor Clovis Beviláqua, defendendo a tese de que os bens públicos não poderiam mais ser adquiridos pela usucapião. Esse entendimento foi contestado por Carvalho Santos e outros respeitadores doutrinadores sob o fundamento de que o artigo 67 do CC de então, dirigia-se tão somente à alienação feita pela vontade do proprietário. Na prescrição aquisitiva, no entanto, a perda da propriedade ocorre contra a vontade deste como é o caso da usucapião.

Pretendendo por fim aos debates, o governo editou o Decreto n. 22.785, de 31 de maio de 1.933, cujo artigo 2º, assim dispõe: “Art. 2º - Os bens públicos, seja qual for a sua natureza, não são sujeitos ao usucapião”.

Destaca-se que referidos ordenamentos jurídicos, eixo de todas essas discrepâncias quando da edição de normas que lhe sucederam, retrata um período revolucionário, pelo qual o chefe do governo provisório passou a exercer as funções típicas do poder executivo e atípicas do legislativo, até o retorno do país ao Estado Democrático de Direito, segundo se vê da leitura do preâmbulo da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1.937.

¹⁴ Cabanellas De Torres, Guillermo. Diccionario de derecho romano y latines jurídicos – 1ª ed. – Buenos Aires: Heliasta, 2007

¹⁵ Cabanellas De Torres, Guillermo. diccionario de derecho romano y latines jurídicos. 1ª ed. Buenos Aires: Heliasta, 2007

¹⁶ Nunes, Pedro. **Do usucapião: teoria, ação, prática processual, formulários, legislação, regras e brocardos de direito romano, jurisprudência.** Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, Forense, 1984.

¹⁷ Garcia, Paulo. **Terra Devoluta.** Belo Horizonte: Ed. Livraria Oscar Nocolai, 1958, p. 43.

¹⁸ Magalhães, Juraci Peres. **A Propriedade Territorial no Brasil e as Terras do Distrito Federal.** RJ: América Jurídica, 2003, p. 63.

Essa prática casuísta de se criar atalhos para fazer valer uma norma “torta” não foi privilégio de Vargas, Presidente do Brasil no ano da edição do malsinado Decreto, também o é dos governantes que lhe sucederam, conforme nos revela o Ministro Ives Gandra Martins na parte introdutória da Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998, dispondo sobre a elaboração, a redação, alteração e a consolidação das leis brasileiras, nos seguintes termos: “(...) *A principal dificuldade encontrada no mapeamento de nosso ordenamento jurídico, no âmbito federal, tem sido o da identificação precisa dos dispositivos legais que efetivamente estão em vigor. Isto porque a fórmula tradicional de terminar o texto das leis com a disposição genérica de “revogam-se as disposições em contrário”, sem que tenha havido um levantamento específico das normas afetadas pela nova lei, dá azo às controvérsias sobre o que está revogado e o que está em vigor*”¹⁹.

Há muitos anos, vivendo idêntico conflito, a Argentina finalmente colocou fim a essa “farra” legislativa promulgando a Lei 26.939/2014, que aprovou o Digesto Jurídico daquele país irmão, pelo qual se criou uma comissão bicameral permanente com atribuições específicas, dentre outras, de manter e atualizar a legislação em vigor, decotando artigos já revogados e/ou declarados inconstitucionais; procedendo assim uma varredura e/ou espécie de enxugamento das normas vigentes, tanto defendidas no Brasil, dentre outros pelo Ministro Gilmar Mendes do STF e pelo festejado jurista, Ives Gandra Martins Filho; apurando-se de sua lição, que as espécies normativas são abstratas, fazendo tão somente previsões genéricas e impessoais, com o intuito de disciplinar indefinidamente as relações jurídicas que venham a ser estabelecidas na vida social.

Na aplicação do Direito, seus operadores devem analisar o caso concreto para identificar com precisão qual norma jurídica disciplina, quais dispositivos legais devem ser aplicados e, desse modo, avaliar as consequências jurídicas de tal ato ou fato jurídico. Necessário se faz uma idônea interpretação do ordenamento jurídico.

Com a finalidade de promover um estudo sistemático das diversas técnicas de interpretação e preencher lacunas porventura existentes no sistema jurídico positivado, surge a hermenêutica jurídica. É a hermenêutica, portanto, que vai assinalar modos pelos quais devemos interpretar as leis, precisando-lhes o sentido e o alcance, sem o que não teriam um correto entendimento e uma correta aplicação, como, aliás, insiste a maior parte da doutrina.

Tem-se, pois, que as finalidades da interpretação normativa são revelar o sentido da norma e fixar o seu alcance. Logo os aplicadores do direito devem interpretar toda e qualquer norma, ainda quando se tratar, segundo DEGNI, de texto categórico de lei, com sentido evidente.

Ao tratar de interpretação sistemática da norma, sem afastar os princípios constitucionais que devem merecer especial atenção do intérprete, assim ensina Sílvio Luís Ferreira da Rocha na conclusão de sua obra²⁰: “(...) *À luz do princípio da função social da propriedade, que incide também na propriedade pública, caberia perguntar se seria possível a usucapião de bens dominicais, não obstante o teor do artigo 183, § 3º e 191, parágrafo único, da Constituição Federal*”.

Estamos diante, a nosso ver, de um conflito de normas, pois as normas que estabelecem a função social da propriedade disciplinam um fim que, para ser alcançado, necessita, entre outros instrumentos da usucapião, que, no entanto, em relação aos bens públicos, é vedada. Em outras palavras, as normas que proíbem a usucapião dos bens públicos retiram ou suprimem um importante meio de

¹⁹ Pinto, Antonio Luiz de Toledo. (colab); Windt, Márcia Cristina dos Santos. (colab); Siqueira, Luiz Eduardo Alves de. (colab). **Regras de elaboração, redação, alteração e consolidação das leis: lei complementar n. 95, de 26-2-1998**. São Paulo: Saraiva, 2000. – (Coleção Saraiva de legislação).

²⁰ Rocha, Sílvio Luís Ferreira. *Função Social da Propriedade Pública*. SP: Malheiros Editores, 2005, p. 148-149

realização da função social da propriedade, prevista como fim em outras normas, configurando, com isso, uma antinomia teleológica, que, no entanto, á aparente e pode ser solucionada.

A resposta afirmativa a esta indagação, isto é, a admissão da possibilidade da usucapião de bens dominicais em razão do princípio da função social da propriedade passa, num primeiro momento, pela distinção da espécie normativa que há entre as normas veiculadas nos artigos 5º., XXIII, 170, III, 182 e 186 da Constituição Federal e as normas veiculadas nos artigos 183, & 3º., e 191, parágrafo único da Constituição Federal. As primeiras são princípios, enquanto as segundas são regras.” (ROCHA, 2005, p.148-149)

A norma-princípio ou o princípio na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello é por definição [...] *mandamento nuclear de um sistema; verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico*²¹.

Para o caso em evidência, é fácil verificar que a maioria dos aplicadores do direito, com a devenda vênua, por comodismo, insistem em limitar a interpretação do Decreto n 19.924, de 27/04/1931; Decreto-Lei n. 22.785 de 31/05/1933 e outros que lhes sucederam, de forma literal, olvidando outras técnicas, tais como histórica, sistemática e principalmente através de um procedimento finalístico, adaptando-a às exigências sociais de seu tempo e/ou período em que ela foi editada.

Por força da globalização, vivendo novos tempos, notórias são as aceleradas mutações ocorridas a partir da metade do último século, trazendo como resultado a criação de uma inovadora estruturação no campo jurídico voltada para a regulação social com o fortalecimento das relações privadas, afastando gradativamente a forma feudal até então dominante na administração estatal. Nesse diapasão, a tese da usucapião de terras devolutas vem se consolidando a cada dia na moderna doutrina e jurisprudência pátria, se cumprida a função social por parte de quem nela trabalha.

Nesse sentido, sob o mesmo fundamento da função social, acrescido da boa fé e confiança legítima dos adquirentes de lotes, aliada a situação factual consolidada, foi julgada improcedente no dia 15 de maio de 2011 a mais antiga ação (60 anos) que tramitava no STF - Ação Civil Originária (ACO 79), por coincidência envolvendo terras em MT, proposta pela União contra diversos ocupantes de terrenos onde hoje estão localizadas várias cidades, escolas etc.

Vê-se também outras ementas do STJ e pelos Desembargadores do TJMG e do RN.²²

²¹ Bandeira De Mello. Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 19ª. Ed. Revista e atualizada até a Emenda Constitucional 47, de 5.7.2005. SP. Malheiros Editores, 2005, p. 883.

²² EMENTA: acórdão- AÇÃO CIVEL ORIGINÁRIA (ACO- 79) - STF- “ATO ADMINISTRATIVO. Terras públicas estaduais. Concessão de domínio para fins de colonização. Áreas superiores a dez mil hectares. Falta de autorização do Senado Federal. Ofensa ao artigo 156, # 2º., da Constituição Federal de 1946, incidente à data dos negócios jurídicos translativos de domínio. Inconstitucionalidade reconhecida. Nulidade não pronunciada. Atos celebrados há 53 anos. Boa-fé e confiança legítima dos adquirentes dos lotes. Colonização que implicou, ao longo do tempo, criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc. Situação factual consolidada. Impossibilidade jurídica dos negócios, diante das consequências desastrosas que, do ponto de vista pessoal e socioeconômico, acarretaria. Aplicação dos princípios da segurança jurídica e da proteção á confiança legítima, como resultado da ponderação e singularidade do caso. Votos vencidos. Sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção á confiança legítima, não podem ser anuladas, meio século depois, por falta de necessária autorização prévia do legislativo, concessões de domínio de terras públicas, celebradas para fins de colonização, quando esta, sob absoluta boa fé e convicção de validade dos negócios por parte dos adquirentes e sucessores, se consoli-

Dentro de um critério de valoração das situações subjetivas em relação aos princípios da solidariedade social, aparece a chamada doutrina da função social da propriedade (en español: doctrina de la función social de la propiedad). Para Perlingieri²³, a função social da propriedade tem um diferente alcance político e jurídico, que consiste em reclamar, ante uma instituição que foi considerada, tradicionalmente, como expressão do individualismo mais exagerado, um valor, uma função caracterizada pela intersubjetividade, a interdependência e a solidariedade. Desta forma, diante de um estado de passividade do chamado titular do direito, a ordem jurídica volta sua tutela em favor do possuidor que durante muito tempo comporta-se como dono da terra, dando a ele a segurança de que, após os termos legais, seu direito será definitivamente consolidado.

Quando a função social da posse/propriedade é assumida como elemento central da disciplina de domínio, o sentido da proteção outorgada ao proprietário chega até onde a esfera em que começa a utilidade social, que tem uma tutela residual e condicionada. Assim se manifesta a jurisprudência da corte suprema na Argentina:

El acceso a la propiedad por medio de la usucapión – calificado de excepcional por la Corte Suprema (Fallos: 284:206 y sus citas) – requiere una concreta actividad por parte del usucapiente y al propio tiempo, un estado de abstención y pasividad del titular del derecho. Frente a esta situación social que a la propiedad corresponde (aspecto que ya Santo Tomás señaló en Sum. Theol. 2.2 p.66, a2, y sobre el que han insistido los últimos Supremos Pontífices, desde S.S. León XIII en adelante), el orden jurídico positivo vuelca su tutela en favor del poseedor que durante largo tiempo se comporta como dueño, otorgándole la seguridad de que transcurridos los tiempos legales, su derecho habrá

dou, ao longo do tempo, com criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc.” Nesse mesmo sentido, em Minas Gerais, mais precisamente na Comarca de Coronel Fabriciano, processo n. 194.10.011338-3, o Juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública, Marcelo Pereira da Silva, reconheceu por sentença a usucapião de bem público, fundamentada no princípio constitucional da função social da posse, contemplando cerca de 10 famílias, formadas em sua maioria por servidores e ex-servidores do DER-MG, autor da ação que teve indeferido sua pretensão, qual seja a desocupação de uma área pública estadual de 36 mil metros quadrados, no Km 280 da BR-381. Referida decisão foi confirmada pelo TJMG em 08-05-2014- Ap cível n. 1.0194.10.011238-3/001, conforme ementa que adiante se vê: Ementa-Apeleação Cível- Ação Reivindicatória- Detenção- inoocorrência- Posse com “animus domini”- comprovação- requisitos demonstrados- prescrição aquisitiva- vidência- possibilidade- evidência-Precedentes- Negar Provimento “ A prescrição, modo de adquirir domínio pela posse contínua (isto é, não adquirida por violência); pública (isto é , exercida à vista de todos e por todos sabida), e ainda revestida com o animus domini, e com os requisitos legais, transfere e consolida no possuidor a propriedade da coisa, transferência que se opera, suprimindo a prescrição a falta de prova de título preexistente, ou sanando o vício do modo de aquisição” O TJRN, também no mesmo sentido, assim decidiu: Ementa do recurso especial nº 964.223- rn (2007/0145963-0) direito civil e processual civil. Usucapião. Imóvel urbano. Ausência de registro acerca da propriedade do imóvel. Inexistência de presunção em favor do estado de que a terra é pública. 1. A inexistência de registro imobiliário do bem objeto de ação de usucapião não induz presunção de que o imóvel seja público (terras devolutas), cabendo ao Estado provar a titularidade do terreno como óbice ao reconhecimento da prescrição aquisitiva. 2. Recurso especial não provido. Acórdão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 18 de outubro de 2011(Data do Julgamento) Ministro Luis Felipe Salomão.

²³ Perlingieri, Prieto. Introducción alla Problematica della "proprietá ". Jovone, Università degli Studi Camerinno/Scuola di Perfezionamemtp in Diritto civile, 1971.

obtenido definitiva consolidación (del voto del Dr. Vocos Conesa). CNFed. CAdm., en pleno, 18-3-80, J. A. 1981-1-497²⁴:

Com relação às terras públicas, o entendimento dominante na Argentina, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é de prescrição.²⁵

Las tierras fiscales situadas dentro de los ejidos de los municipios de la Provincia de Buenos Aires, son del dominio de las comunas. El que ha poseído, a título de propietario, durante cuarenta años, un inmueble perteneciente al dominio privado del Estado, lo adquiere por prescripción²⁶. Procede la acción reivindicatoria en base al título de posesión cuarentañal, judicial y administrativamente comprobada, de acuerdo a las exigencias de la ley de ejido de la Provincia de Buenos Aires del 3 de noviembre de 1870; al cual no se le puede oponer reparos, desde que la provincia, en virtud de su soberanía, pudo determinar la forma y condiciones en que la tierra cuestionada llegaría a incorporarse al dominio privado²⁷

Evidencia-se que em todos os julgamentos, acima aludidos, esse dever de cumprir a função social da terra, posse propriedade, não exclui o poder público. Esse, aliás, conforme consta em p. 117 de Rocha (2005), são os ensinamentos do Jurista Celso Ribeiro Bastos (1990) que, *in* Comentários à Constituição do Brasil, p. 347, ao tratar da usucapião constitucional, assim preleciona: “[...] *pode ocorrer a usucapião especial mesmo que a área cultivada seja maior do que os cinquenta hectares fixados pela Constituição, pois não há porque apenar aquele que pelo seu zelo conseguiu laborar gleba de terra maior do que é passível de usucapião especial*”.

O Professor Doutor Carlos M. Clerc (2007, p. 418) trata o tema Usucapião também como prescrição aquisitiva, em sua obra *Derechos Reales e Intelectuales*, formulando as seguintes perguntas: “¿Cuál es el tiempo fijado por la ley argentina?; ¿Cómo es eso de prescripción adquisitiva sobre cosa propia? ¿Cómo uno se lo va a adquirir algo que ya es suyo?”²⁸

Clerc (2007, p. 421) observa, ainda, quanto ao conceito de prescrição aquisitiva ou usucapião: “Ya nos hemos ocupado anteriormente (§ 27, a, 1) de los conceptos que Velez Sarsfield incluye en los arts. 3947 y 3948. De acuerdo con lo expuesto precedentemente podemos decir, siguiendo las ideas de Gatti, que “...la prescripción adquisitiva es un modo de adquisición de los derechos reales sobre cosa propia y de los de goce o disfrute sobre cosa ajena por la continuación de la posesión o de los actos posesorios durante el tiempo fijado por la ley”.

No mesmo sentido o Código Civil do Reino da Espanha no art. 1930: “Por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y demás derechos reales”. Claro está que la frase final “... y demás derechos reales”, se refiere a los derechos reales sobre cosa propia y a los de goce y disfrute sobre la cosa ajena que se ejerzan por la posesión. Por lo tanto, podemos sintetizar el concepto afirmando que la prescripción adquisitiva es un modo de adquirir los derechos reales sobre cosa propia y los de goce o disfrute sobre la cosa ajena que se ejerzan por la posesión en virtud del tiempo y demás requisitos legales.

Na Itália e em outros países europeus, diversos são os sistemas de domínio da posse ou propriedade, ressaltando que bem definidos há muitos anos, foi estruturado o público e o privado. A Itália

²⁴ Calegari De Grosso, Lydia Esther. Usucapión – 2ª ed. 1ª reimp. – Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2010, p.38

²⁵ Calegari De Grosso, Lydia Esther. Usucapión – 2ª ed. 1ª reimp. – Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2010, p.95

²⁶ CSJN, “Provincia de Buenos Aires c/Molledo, Tomás (terreno Paseo Colón 1195)”, Fallos, vol. XIII, t. 96, p. 72

²⁷ C1ª Apel. De La Plata, sala I, 22-12-44, L. L. 37-591

²⁸ Clerc, Carlos M. /Derechos Reales e intelectuales- volumes 1 e 2.1ª. ed. Buenos Aires. Hammurabi, 2007, p. 418.

lia, a partir do Código Civil de 1865, passa a distinguir entre os *beni demaniali* e os *beni patrimoniali*, configurando os primeiros como os que se encontram no regime do domínio público, e os segundos como os que se acham no regime do domínio privado. Os bens podem pertencer à Administração a título de domínio público (*beni demaniali*) ou a título de domínio privado (*beni patrimoniali*), que, por sua vez, se classificam em bens indisponíveis ou em bens disponíveis.

Senatore, p.7, o define como “ *I usucapione é istituto giurídico attraverso il quale avviene l’acquisto della proprietà o degli altri diritti reali di godimento in virtù del possesso continuato della cosa protrato per un certo lasso di tempo, che varia in base al beni che formano oggetto del possesso stesso e del concorso o meno de ulteriori elementi (buona fede, titolo astrattamente idoneo, trascrizione) richiesti di voltai volta dalla legge.*” La disciplina dell’istituto é contenuda essenzialmente all’interno del Libro III. Titolo VIII, Capo II, rubriato “Degli effetti del processo” e precisamente agli artt 1158-1167 código civile italiano.

Alinha-se aos entendimentos já mencionados uma inovadora idéia de domínio que pela nova tendência busca sempre, ao reverso da intangibilidade, uma flexibilização na aplicação da lei, notadamente, quando há um princípio constitucional a ser observado, in casu a função social da propriedade.

Em parte, coincidentemente com o pensamento de Celso Ribeiro Bastos, adiante citado, o posicionamento de Juarez de Freitas, que propõe uma subdivisão dos bens públicos patrimoniais em indisponíveis, jamais usucapíveis, e disponíveis e mesmo usucapíveis, “dado que, especificamente em relação a estes, por implícito no comando constitucional, a prescrição aquisitiva não parece afrontar a indispensabilidade à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e preservação ambiental”. Prossegue o preclaro mestre asseverando que naturalmente, as terras que e enquadrem nos moldes da referida imprescindibilidade, estas, sim, como que se especializam ou, mantidas devolutas, são indubiosamente indisponíveis e devem ser tidas como insuscetíveis de usucapião. Fora disso, poderiam, portanto, ser tidas como usucapíveis, ao menos em termos de aperfeiçoada técnica. (Rocha, 2005, p. 148).²⁹

Remata o preclaro Mestre que apesar de considerar públicas as terras devolutas sob o aspecto de sua titularidade, estas não têm qualificação quando se leva em conta o destino a que estão afetas. Ademais, o artigo 188 da Constituição Federal teria feito no mesmo preceito, referência tanto às terras públicas como às terras devolutas, dando a entender ter o texto constitucional acolhido uma distinção entre elas, o que justificaria o posicionamento de que, não obstante um imóvel ser público, nada impede que ele possa ser dominical.

Como se observa, a própria Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso, por meio do provimento 02/2009, recomenda que se promova ação de usucapião em tais situações e ou naquelas referidas no citado provimento, cujo procedimento, com a devida vênia, se revela inoportuno, se judicial, senão vejamos: *Das Ações de Usucapião. Item: 6.5.14 – Na eventual impossibilidade de regularização e registro de loteamento, desmembramento ou desdobro de imóvel urbanizado, localizado na zona urbana ou rural, com fundamento na presente seção, recomenda-se o ajuizamento de ação de usucapião.*

Não se pode negar que dos vários debates que ocorreram a partir da vigência da Lei 601/1850, restou vitoriosa a tese de que seu artigo primeiro visava tão somente impedir que o governo fizesse concessões gratuitas, salvo na faixa de fronteira.

Os bens públicos imóveis da União não podem ser adquiridos por usucapião (artigo 191, parágrafo único da Constituição Federal; art. 102 do Decreto n. 22.785/33; Decreto–Lei n. 9.760/46, art.

²⁹ Rocha, Sílvio Luís Ferreira. *Função Social da Propriedade Pública*. SP: Malheiros Editores, 2005, p. 148

200, ressalvados os casos de *prescriptio longissimi temporis*, a de 40 anos em relação consumada antes de 1.917, e os do art. 5º., e, do DL n. 9760/46).

Outro fato a merecer reflexão, refere-se à usucapibilidade dos bens de domínio do Estado, pois foi em data posterior à sua vigência, quando imperava o direito absoluto da propriedade, que o Supremo Tribunal Federal, em 1963, através da súmula nº 340, firmou entendimento de que desde a vigência do Código Civil de 1916, os bens dominicais (entre eles as terras devolutas, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.

A Constituição Brasileira, em seu art. 191, parágrafo único, proíbe a usucapião de imóveis públicos, porém nada dispõe sobre as terras devolutas.

Em sintonia com o citado artigo 191, disciplina o artigo 20 II, da mesma Carta Constitucional, quando trata da organização do Estado, que essa proibição limita-se tão somente “*as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicações e às preservações ambientais, definidas em lei*”, são bens da União.

No capítulo do meio ambiente, do diploma Constitucional, mais precisamente em seu artigo 225, § 5º, a mesma proibição limita-se às terras devolutas, arrecadadas ou não, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais, repetindo assim, a parte final do artigo mencionado anteriormente.

No Estado de Mato Grosso, a Corregedoria Geral de Justiça editou o provimento 63/2014, dispondo sobre a padronização do procedimento de averbação de georreferenciamento em matrícula de título deslocado e/ou sobreposto perante o cartório do Registro de imóveis, na forma do Decreto nº 4.449/2002. Nele observa-se que esse recomendado cuidado vem sendo adotado pela jurisprudência brasileira, numa demonstração clara de se desligar da doutrina clássica, oriunda do Direito romano, que tem no positivismo jurídico como lema: A lei é dura mas é lei. A cultura moderna jurídica passa por reparos, que somente vieram após o decurso de mais de 100 anos de predominância do individualismo e pretencionista do direito romano.

6. Considerações finais

Do exposto, vê-se que em relação ao Brasil, todo histórico da ocupação e distribuição de suas terras, parcelamento e regularização fundiária tornam o tema em debate de extrema relevância, à medida que é matéria em desenvolvimento desde a época colonial e passados cinco séculos, ainda trazem divergências causadas pela presença de um ordenamento jurídico pluralista, retratado pelo direito positivo estatal, cultuado pelos feudos e/ou oligarquias agrárias, constituídas pelas elites hegemônicas e de outra banda pelos atos legais informais, ou mesmo ilegítimos, sempre ratificados pelo governo, na maioria das vezes ignorada por parcela significativa do cidadão comum e de inúmeros setores excluídos da vida política e administrativo do País.

A Amazônia ressalte-se, foi o recorte escolhido para este *paper* tendo em vista tratar-se de uma região que se apresenta com uma enorme complexidade, tanto no que tange ao bioma nela existente, quanto nas relações jurídicas que ali são realizadas e necessitam de regramento próprio, objetivando a regularização e transferência da propriedade, sob pena de tornar-se ineficaz e assim trazer consequências tanto na área registral a desaguar na anulação de registro, cancelamento de garantias hipotecárias ou de alienação fiduciária, como também do oficial registrador, que pode ser responsabilizado, civil, penal e administrativamente pelo registro irregular que por ele for efetuado.

Separar o que é público do privado ainda é um grande desafio no Brasil. A partir do ano 2001, com a edição da Lei Federal 10.267 quanto às propriedades privadas, isso, em parte, tornou-se possível, já que mediante seus decretos regulamentadores, obrigados foram os proprietários dos imóveis rurais a efetuarem vários procedimentos, dentre eles a averbação na respectiva matrícula da certifica-

ção do georreferenciamento do imóvel rural, a que ela se refere, salvo se não houver sua transferência, desmembramento e/ou remembramento.

Em que pese a ausência de uma política governamental visando melhor estruturar ou descentralizar o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, necessário se faz modernizá-lo e/ou se criar uma agência executiva para apoiar, coordenar e monitorar o trabalho do Estado e dos Municípios na regularização fundiária, em especial na região amazônica, o fazendo através de um procedimento gradativo de desjudicialização dos atos jurídicos, antes privativo do Poder Judiciário.

Aliás, essas são as diretrizes previstas no novo Código de Processo Civil, a vigorar a partir de março do ano 2016 (Lei 13.105, de 21/03/2015), pelo qual é facultado ao interessado migrar para os serviços notariais e de registro de imóveis os casos especiais onde houver consenso entre os contratantes maiores e capazes. Exemplo de tais atos são o divórcio, inventário e de acordo com o artigo 1.071 do citado diploma legal, a própria usucapião.

Antecipando ao que pretende o Sinter, os juristas Edésio Fernandes e Mangabeira Unger, já lecionavam que avanço terá o País, no que tange à sua regularização fundiária, em se criando uma Agência executiva que tenha como primeira atribuição um cadastro nacional imobiliário rural, a ser controlado pela Receita Federal do Brasil em conjunto com o próprio INCRA, em convênio com os Institutos Estaduais e Conselhos Municipais de Regularização fundiária, esses últimos dotados de infraestrutura para o independente exercício de sua atividade, mantida pela União.

Concluindo, em sintonia com os pesquisadores, Drs. Edésio Fernandes e Mangabeira Unger, espera-se sejam mantidas a Lei dos Registros Públicos, com as alterações inseridas pela Lei 10.267/2001, que tornou obrigatório o Georreferenciamento dos imóveis rurais; bem como, facultativamente, o Registro Torrens, introduzido no Brasil em 1890, através do Dec. n. 451-B, revigorado pelo artigo 277 e seguintes da Lei 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos) que, ao reverso do registro geral obrigatório, assegura a presunção absoluta do registro imobiliário, podendo-se assim afirmar que ele, se aplicado no Brasil, juntamente com a obrigatoriedade do georreferenciamento de todos os imóveis rurais, públicos e particulares, poderia ser a melhor alternativa para se regularizar as irregularidades das terras brasileiras.

Todavia, em razão de diversos fatores que comprometem sua efetividade, dentre eles seu alto custo, a morosidade do procedimento, que exige duas fases: uma administrativa rematando com outra judicial, faz com que o mesmo permaneça em desuso, propõe-se que na linha de desjudicialização de tantos outros atos, dentre eles divórcio e /ou inventário, quando maiores e capazes os contratantes, que a regularização da compra e venda de imóvel rural na amazônia brasileira, oriundo de título imperfeito e ou/posse quer seja sobre terras particulares e ou constituído de terras devolutas, seja efetivada, facultativamente, através de escritura pública meramente notarial, objetivando declarar a aquisição de um direito real por usucapião, alterando-se em consequência, pela via legal do legislativo, conforme, aliás já se falou alhures.

Dúvida, portanto, não há de que uma vez alterada a Lei na proposta apresentada em parágrafos precedentes, de maneira significativa, não só os pesquisadores, Desembargador Décio Erpen e o registrador João Lamana Paiva e/ou investigadores de um modo em geral, que estudam essa questão, possam aperfeiçoá-la e/ou os estudiosos de um modo em geral, facultando-lhes também em outro momento a oportunidade de apresentar, de alguma maneira, novas idéias aos olhos de quem interessar possa, apontando outras soluções a fim de se evitar que continuem repetindo os erros dos modelos de destinação das terras do País, que sempre favoreceu na maioria dos casos ao latifúndio improdutivo; ao “fora da lei”, e/ou aquele que sempre se valeu da lei do mais forte.

Para terminar, vale transcribir textualmente una frase del Jurista portenho, José Levitá, perfectamente aplicable a la propuesta de este paper: *“Conforme a las ideas expuestas en los capítulos precedentes, entendemos que la prescripción adquisitiva de dominio de inmuebles debe consolidarse como institución jurídica en nuestro derecho y que se le debe asignar el importante rol que aún debe desempeñar en el país” Es necesario que la jurisprudencia argentina (para nosotros la brasileña) se actualice al respecto y deje de “mirar con malos ojos” y colocar vallas a la institución, vallas que, por otra parte, la legislación no autoriza”.*

7. Referências bibliográficas

Argentina. Código Civil con todas las notas de Dalmacio Veles Sarsfield. Edición oficial- 1ª. Ed. 1883, 2ª. Edición del siglo XXI, Buenos Aires: Gráfica Sur Editora, 2006.

Argentina. CSJN, “Provincia de Buenos Aires c/Molledo, Tomás (terreno Paseo Colón 1195)”, **Fallos**, vol. XIII, t. 96, p. 72.

Argentina. C1ª Apel. De La Plata, sala I, 22-12-44, L. L. 37-591

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 12 mar.2016

Brasil. Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 12 mar.2016

Brasil. Constituições - volume IV- 1937.editadas pela gráfica do Senado Federal, sob a coordenação de Walter Costa Porto. Brasília.2001

Brasil. Decreto Lei 710, de 17-09-1938. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto.lei:1938-09-17;710>. Acesso em 10 jan.2016.

Brasil. Decreto Lei 9.760, de 5 de setembro de 1946. Dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del9760.htm. Acesso em 10 jan.2016.

Brasil. Lei 601, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do império. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm. Acesso em 12 mar.2016.

Brasil. Lei 12.424, de 16 de junho de 2011, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12424.htm. Acesso em 12 jan.2016

Brasil. JTJ/SP 137/595. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=titulo%3AREsp+1.137.595%2FSP> Acesso em 12 mar.2016.

Doutrina

Barbosa, Jose de Arimatéia Barbosa.Compra y venta de la propiedad rural- Um enfoque a partir de la amazonia. Buenos Aires. Editorial UMSA. 2014

Barbosa, José de Arimatéia et al. Usucapibilidade de terras devolutas. São Paulo. Lexia. 2014.

Bastos, Celso Ribeiro e Martins, Ives Gandra. *Comentários à Constituição*. Vol 7. São Paulo: Saraiva. 1990

- Bandeira De Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª. Ed. Revista e atualizada até a Emenda Constitucional 47, de 5.7.2005. SP. Malheiros Editores, 2005.
- Cabanellas De Torres, Guillermo. *Diccionario de derecho romano y latines jurídicos*. 1ª ed. Buenos Aires: Heliasta, 2007.
- Calegari De Grosso, Lydia Esther. *Usucapión* – 2ª ed. 1ª reimp. – Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2010.
- Campos, Antonio Macedo de. *Comentários à Lei dos Registros Públicos*. Vol. III, 2ª ed. Bauru: E. Jalovi-LTDA, 1981.
- Clerc, Carlos M. *Derechos Reales e intelectuales*. Volumes 1 e 2.1ª. ed. Buenos Aires. Hammurabi, 2007.
- Falcão, Marinho Ismael. *Direito Agrário brasileiro*. São Paulo, Ed. EDIPRO, 1995.
- Ferreira, Pinto. *Curso de direito agrário*. Saraiva, São Paulo, 1994.
- Freitas, Augusto Teixeira-obra compilada do Código Civil- Esboço – editada pelo Serviço de Documentação do Ministério de Justiça em 1952- Brasília- 1983.
- Gadelha, Paulo Henrique. *Tese discute ocupação e posse*. 2012. Disponível em: <http://www.jornalbeiradorio.ufpa.br/novo/index.php/2012/137-edicao-105--junho-e-julho/1349-tese-discute-ocupacao-e-posse>. Acesso em 10 jan.2014.
- Garcia, Paulo. *Terra Devoluta*. Belo Horizonte: Ed. Livraria Oscar Nocolai, 1958.
- Jacomino, Sérgio e Gianvecchio, Adriana *História e Memória. Leis hipotecárias do Brasil Império*. Quinto Registro de Imóveis. São Paulo, 1999. Disponível em: http://www.quinto.com.br/leis_imperio/resolucao17071822.asp. Acesso em 10 jan.2016.
- Jones, Alberto da Silva. *O Mito da Legalidade do Latifúndio*. Legalidade e Grilagem no Processo de Ocupação das Terras Brasileiras (Do Instituto de Semarias ao Estatuto da Terra). Tese Doutoral defendida na Universidade de São Paulo, em 2003. Disponível em: <http://www.fundaj.gov.br/geral/observanordeste/politicafundiaria/PoliticaFundiaria.pdf>. Acesso em 12 jun.2013.
- Magalhães, Juraci Peres. *A Propriedade Territorial no Brasil e as Terras do Distrito Federal*. RJ: América Jurídica, 2003.
- Marques Neto, Floriano Peixoto de Azevedo. Regime Jurídico e Utilização dos Bens Públicos. In: Adilson Abreu Dallari; Carlos Valder do Nascimento; Ives Gandra da Silva Martins. (Org.). *Tratado de Direito Administrativo*. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2, p. 398-448.
- Meirelles, Hely Lopes. *Estudos e Pareceres de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- Montesquieu. *L'Esprit Des Lois* (1758). Choiks de Textes. Classiques Larousse. French Edition. Mass Market Paperback: May 1, 2007.
- Nunes, Pedro. *Do usucapião: teoria, ação, prática processual, formulários, legislação, regras e brocardos de direito romano, jurisprudência*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, Forense, 1984.
- Perlingieri, Prieto. *Introduzione alla Problematica della "proprietá "*. Jovone, Università degli Studi Camerinno/Scuola di Perfezionamemp in Diritto civile, 1971
- Pinto, Antonio Luiz de Toledo. (colab); WINDT, Márcia Cristina dos Santos. (colab); SIQUEIRA, Luiz Eduardo Alves de. (colab). *Regras de elaboração, redação, alteração e consolidação das leis: lei complementar n. 95, de 26-2-1998*. São Paulo: Saraiva, 2000. – (Coleção Saraiva de legislação).

- Rocha, Sílvio Luís Ferreira. *Função Social da Propriedade Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- Rodrigues, Fernando Pereira. *Usucapião- constituição originária de direitos através da posse*. Coimbra-Portugal. Ed. Almedina. 2008
- Silva, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. 27ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- Stefanini, Luis de Lima. *A propriedade no direito agrário*. 1a. Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1978.

Los Tratados Internacionales de derechos humanos y sus relaciones con la mujer en situación de encierro

por Jorge Augusto DE MEDEIROS PINHEIRO³⁰

Sumario: 1. Introducción. 2. Tratados, Convenciones y declaraciones 3. Jerarquía de los Tratados 4. Instrumentos Internacionales y la Mujer Detenida 5. Conclusiones 6 Referencias.

Resumen: El objetivo del presente artículo es, por una parte, contribuir con el tema, con una mirada en la mujer en situación de encierro y los tratados internacionales de derechos humanos firmados por los países occidentales y principalmente los de Latinoamérica, y lo *modus operandi* que estos Estados los cumplen.

Palabras llave: Mujeres en encierro. Tratados de derechos humanos y mujeres encarceladas.

Abstract: On the one hand, the aim of this article is to contribute to the theme with a look at women in situations of confinement and international human rights treaties signed by Western countries and especially those in Latin America, and, in the other hand, evaluate the *modus operandi* that these States adopte.

Keywords: Women in confinement. Human rights treaties and imprison women.

1. Introducción

Steiner (2012), Director del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la fundación Konrad Adenauer, en el prólogo del libro titulado “Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia: estudio constitucional comparado” asevera que la protección efectiva de los derechos humanos es nada menos que una condición necesaria para la construcción y el cuidado del Estado Democrático de Derecho, social y ambientalmente sustentable.

El bienestar de la persona humana es el punto de partida y el fin último de los catálogos de derechos fundamentales contenidos en las Constituciones nacionales y de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

En un mundo cada vez más globalizado, es cada vez más notorio que un Estado que de forma sistemática o prolongada viole los derechos de las personas es un Estado precario, condenado a la inestabilidad y tendente al Estado fallido.

En cambio, la persona que siente respeto por sus derechos más básicos y confía en la institucionalidad y sus representantes, apostará y defenderá su Estado como ente máximo facilitador de la pacífica convivencia en sociedad.

Velar por los derechos equivale a formar ciudadanos solidarios, cívicos y comprometidos con la comunidad en los diferentes niveles organizativos del Estado.

Los instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos no son más ni menos que un consenso internacional cada vez más amplio sobre estándares mínimos que, en gran parte del continente latinoamericano, han adquirido validez de derecho interno a través de figuras constitucionales o doctrinales como el bloque de constitucionalidad.

La aplicación de dichos estándares en la vida diaria de las personas es responsabilidad primordial de los operadores nacionales, y solamente de forma subsidiaria y excepcional de los organismos internacionales que instale cada tratado u otro de los instrumentos normativos.

³⁰ Doctor en Ciencias Empresariales. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Posdoctor en Estudios de Género.

La normativa y la institucionalidad internacionales, por tanto, no deben percibirse como intromisión incómoda ni como oportunidad para exonerarse de responsabilidad en primera línea de acción, sino como ayudante complementario en la tarea compartida de construir la justicia individual y colectiva que requiere el Estado democrático de Derecho para existir.

Meléndez (2012) asevera que en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos se incorporan los valores inherentes a la persona humana, conocidos comúnmente como derechos humanos, los cuales han sido identificados por la doctrina y por los mismos instrumentos internacionales con diversas denominaciones.

Los derechos humanos han sido identificados en la doctrina con las siguientes denominaciones: *derechos naturales, derechos innatos, derechos originarios, derechos del hombre, derechos del hombre y del ciudadano, libertades públicas, derechos individuales, derechos fundamentales y derechos públicos subjetivos*, entre otras. (p. 15)

Distintas corrientes del pensamiento filosófico y jurídico han contribuido a la construcción del concepto histórico de los derechos humanos, a tal grado que se ha logrado superar el tradicional planteamiento filosófico ius naturalista —racionalista y religioso— y las teorías de índole positivista, y se ha logrado definir y desarrollar con mayor claridad su concepto, identificándolos como valores fundamentales de la persona humana, como normas o facultades legales, como derechos morales, como hechos o realidades sociales, y como medios de defensa de la persona frente a las múltiples necesidades individuales y sociales.

Diferentes autores han planteado propuestas conceptuales sobre los derechos humanos, entre ellas la definición de Peces-Barba (1984), que parece ser una de las más adecuadas para entender su contenido esencial y sus elementos constitutivos y que conceptualiza a los derechos humanos como: “[...] la facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato del Estado en caso de infracción.”

Este amplio concepto nos demuestra el carácter dinámico y la dimensión histórica de los derechos humanos; pero además, su dimensión ética, jurídica, política y social, y su carácter universal, integral, interdependiente e indivisible.

Los derechos humanos, son pues, ante todo, valores esenciales de la persona, que le permiten vivir con autonomía, en libertad, en condiciones de igualdad con los demás seres humanos y grupos sociales, y vivir con dignidad. Son valores morales que posee toda persona sin distinciones de ninguna naturaleza, ya sea por motivos de sexo, raza, nacionalidad, edad, condición económica u origen social, religión o forma de pensar, o por otra causa.

Pero, de igual forma, los derechos humanos son hechos y realidades sociales que nos acompañan en todos los ámbitos de nuestras actividades cotidianas y nos protegen frente a los diferentes problemas y necesidades que tenemos como personas y como parte de los grupos sociales o de las grandes colectividades.

Los derechos humanos constituyen, además, un conjunto de facultades que concretan las exigencias que nos plantea la libertad, la igualdad y la dignidad humanas, y que por lo tanto deben ser incorporadas y positivadas por el orden jurídico interno e internacional, y que como valores fundamentales y como facultades legales constituyen a la vez límites legítimos y necesarios al poder político ya la soberanía de los Estados.

Los derechos humanos han sido objeto de diversas clasificaciones para importantes sectores de la doctrina, entre las que se pueden mencionar las siguientes:

a) Por razón del momento histórico en que han sido positivados o reconocidos legalmente por los Estados, los derechos humanos se clasifican en: derechos de la primera generación, derechos de la segunda generación, derechos de la tercera generación y derechos de la cuarta generación.

Entre los primeros se mencionan los derechos civiles y políticos; en cuanto a los segundos, se mencionan los derechos económicos, sociales y culturales; en los de tercera generación se mencionan los derechos de la solidaridad internacional o derechos de los pueblos (por ejemplo, derecho a la paz, derecho al desarrollo humano, derecho a un medio ambiente sano, etcétera), y en los derechos de la cuarta generación, por ejemplo, los derechos de protección de la identidad genética y los derechos relacionados con los avances de la tecnología informática, etcétera. Por lo tanto, las garantías del debido proceso —como derechos civiles— forman parte de los derechos individuales de la primera generación.

b) Por razón de su titular o del sujeto de derechos, los derechos humanos se clasifican en: derechos individuales (por ejemplo, derecho a la vida, derecho al nombre y la nacionalidad, libertad de pensamiento, etc.); derechos colectivos (por ejemplo, derecho a la salud y la educación, derechos de los consumidores, etcétera), y derechos de los pueblos (por ejemplo, derecho a la paz, derecho a la autodeterminación de los pueblos, etc.).

c) Por razón de la forma de su ejercicio, los derechos humanos se clasifican en: derechos de autonomía (por ejemplo, libertades públicas o democráticas, etc.); derechos de crédito (por ejemplo, derecho a la educación, derecho a la salud y la vivienda, etc.); derechos de participación (por ejemplo, derecho de reunión y organización, derecho al voto, etc.), y derechos-deber (por ejemplo, derecho al trabajo y derecho a la educación).

Los anteriores derechos están reconocidos en las diferentes constituciones y tratados internacionales.

2. Tratados, Convenciones y Declaraciones

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de Naciones Unidas de 23 de mayo de 1969 y entró en vigencia el 27 de enero de 1980 conceptúa el término “tratado”, como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

Diez de Velasco (1991) ha afirmado que la mayoría de los autores de la doctrina del derecho internacional público considera que los tratados internacionales constituyen un “negocio jurídico con características propias debido a la categoría de sujetos que en él intervienen y a otras peculiaridades”. (p. 124).

Para Jiménez de Aréchaga (1959), un tratado internacional es “toda concordancia de voluntades entre dos o más sujetos del Derecho Internacional, destinada a producir efectos jurídicos; es decir, a crear, modificar o extinguir un derecho”. (p. 98)

Por su lado Sorensen (1981, p. 200) asevera que un tratado internacional es “un acuerdo entre Estados que obliga en virtud del principio *pacta sunt servanda*”. Para este autor el tratado constituye “la fuente específica de una obligación de derecho internacional contraída voluntariamente por una persona internacional a favor de otro u otras, y que da origen a su vez, a derechos recíprocos”. (p. 200)

Sin embargo, es importante destacar que se reserva la denominación de *tratado* para los acuerdos celebrados en forma escrita, y que se refiere únicamente a los convenios celebrados entre Estados o sujetos del derecho internacional, que es precisamente el sistema jurídico que los rige.

Basado en la teoría y los conceptos de esos autores debe ser registrado que el concepto de tratado ha evolucionado en el campo del derecho internacional público —particular—, especialmente en el derecho internacional de los derechos humanos, en el derecho internacional humanitario y en el derecho internacional penal, en los cuales el objeto y fin de los tratados difiere de los tratados del derecho internacional público general, así como difieren también los sujetos o destinatarios de sus normas.

Frente a este escenario estos sistemas internacionales se consideran ya a la persona humana como destinataria de los efectos jurídicos derivados de tratados internacionales específicos como son los tratados sobre derechos humanos y derecho humanitario.

Debe ser aclarado que los tratados internacionales, independientemente de la materia que regulen, son conocidos con distintas denominaciones, por ejemplo: Acuerdo, Carta, Convenio, Convención, Pacto, Protocolo, Compromiso, Concordato, Estatuto, y sea cual sea la denominación con la que los Estados los identifiquen, constituyen instrumentos jurídicamente vinculantes para las partes contratantes.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Convenio sobre la Erradicación de las Peores Formas de Trabajo Infantil; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma) son instrumentos convencionales con la protección de los derechos humanos y son identificados con distintos nombres, pero son normas igualmente vinculantes para los Estados partes.

Los tratados internacionales son instrumentos de acatamiento obligatorio por los Estados, y si bien no han seguido el mismo proceso de formación de las leyes internas para entrar en vigencia, forman parte del ordenamiento jurídico de los países una vez que han sido firmados, ratificados y, por lo tanto, puestos en vigor por los Estados conforme a su derecho interno.

Las declaraciones y las resoluciones internacionales sobre derechos humanos no son de carácter vinculante, es decir que jurídicamente sólo los tratados son considerados como instrumentos obligatorios para los Estados partes.

Según lo aporte de Carrillo Salcedo (1994) los tratados sobre derechos humanos tienen características propias que los distinguen de los tratados tradicionales celebrados entre los Estados, ya sean bilaterales o multilaterales. Mientras que en estos los Estados Partes persiguen ventajas y beneficios recíprocos, en aquellos persiguen la protección internacional de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-1/81 asevera que *“los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano”*.

No se puede olvidar que el objeto y fin de estos tratados es precisamente la protección de los derechos fundamentales en toda circunstancia y respecto de toda persona, independientemente de su nacionalidad, sexo, edad, raza, religión, opinión política, forma de pensar, origen social, posición económica o cualquier otra condición.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos al referirse al objeto y fin de la Convención Americana ha afirmado, por ejemplo: “El objeto y fin de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es la eficaz protección de los derechos humanos”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Godínez Cruz, Fairén Garbi y Velásquez Rodríguez contra Honduras).

En los tratados sobre derechos humanos los Estados Miembros adquieren ciertas obligaciones jurídicas respecto de determinados derechos de todas las personas sometidas a su jurisdicción territorial.

En los tratados generales de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas o la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la OEA, se reconocen principios jurídicos internacionales y un amplio catálogo de derechos relacionados directamente con la labor judicial. Se reconocen derechos individuales, libertades públicas o libertades democráticas, y garantías del debido proceso.

En el caso de los tratados específicos sobre derechos humanos, se reconoce un derecho en especial y se desarrolla ampliamente su protección en el derecho internacional, puede mencionarse, por ejemplo, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Particularmente, en algunos de los tratados sobre derechos humanos se reconocen y desarrollan las garantías del debido proceso, y además se establecen las reglas y los principios aplicables en materia de límites de los derechos y garantías fundamentales de la persona.

De este modo, se crean órganos de promoción, protección, supervisión y control internacional de diversa naturaleza, composición y funciones. Algunos de ellos son de carácter jurisdiccional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la OEA; otros son de carácter cuasi jurisdiccional, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA o el Comité de Derechos Humanos de la ONU. Tales instancias están directamente relacionadas con la protección de los derechos fundamentales y del debido proceso dentro de los Estados.

Meléndez (2012) afirma que en los tratados sobre derechos humanos también se establecen ciertos mecanismos y procedimientos de protección con la finalidad de garantizar la participación de las partes involucradas en una violación de los derechos internacionalmente protegidos.

Asevera este autor, que los compromisos adquiridos por los Estados partes de los tratados sobre derechos humanos los vinculan jurídicamente y los obligan a tomar medidas efectivas en el derecho interno para proteger y respetar los derechos internacionalmente reconocidos.

Entre tales medidas se pueden mencionar: el deber de adecuación legislativa, es decir, el deber que tienen los Estados de equiparar o ajustar su derecho interno al derecho internacional; el deber de administrar justicia de manera rápida y eficaz, con independencia e imparcialidad, y el deber de ejercer los poderes públicos apegados a los parámetros del derecho internacional de los derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras de 29 de julio de 1988, párrafo 166, sentencia que, según el derecho internacional convencional, los Estados partes tienen el deber jurídico de “organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.

Meléndez (2012) asevera que las declaraciones y resoluciones internacionales, por su naturaleza y por sus procedimientos de adopción, no constituyen —en estricto sentido— instrumentos jurídicamente vinculantes para los Estados; pero son, por lo general, política y moralmente obligatorias para

los Estados miembros de las organizaciones internacionales, y deben ser acatadas de buena fe por los Estados conforme a los principios del derecho internacional.

Tales instrumentos son generalmente adoptados en conferencias internacionales o aprobados por determinadas instancias internas de las organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos, el Consejo de Europa o la Organización para la Unidad Africana.

La Asamblea General de las Naciones Unidas ha aprobado importantes declaraciones internacionales sobre derechos humanos relacionadas con la administración de justicia; entre ellas se pueden citar la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abuso del Poder y la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos ha aprobado también declaraciones relacionadas con la administración de justicia, entre las que cabe destacar fundamentalmente la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Otras instancias internas de las organizaciones internacionales, como la Asamblea General, el Consejo Económico y Social o la Comisión de Derechos Humanos, ambas de las Naciones Unidas, han aprobado importantes resoluciones internacionales directamente relacionadas con la administración de justicia.

Entre ellas se pueden citar, a manera de ejemplo: el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión; los Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad; los Principios Relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing); entre otras resoluciones internacionales.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA (CIDH) también ha aprobado resoluciones que han dado lugar a la adopción de este tipo de instrumentos. Puede citarse, por ejemplo: los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

Aunque en estricto sentido las declaraciones y resoluciones internacionales no tienen carácter jurídicamente vinculante, en materia de derechos humanos dichos instrumentos deben ser interpretados y aplicados en consonancia con los instrumentos convencionales de carácter general y particular, e incluso con las normas del derecho interno.

De tal manera, los instrumentos declarativos y resolutivos sobre derechos humanos sí producen efectos vinculantes para los Estados, ya que estos están jurídicamente obligados a cumplir de buena fe los compromisos adquiridos en el seno de las organizaciones internacionales, atendiendo el objeto y fin de los tratados vigentes.

Estamos frente al principio *pacta sunt servanda* previsto en el artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas: “Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta”.

A este respecto, debe ser mencionado que el contenido de las declaraciones y resoluciones internacionales ha sido ya incorporado y desarrollado por normas de derecho constitucional comparado

y de diferentes legislaciones nacionales, lo cual reafirma la validez jurídica de los principios y normas de las declaraciones y resoluciones internacionales sobre derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en varios de los casos contenciosos que ha conocido, ha fundamentado sus sentencias de manera complementaria en declaraciones y resoluciones internacionales sobre derechos humanos que no son constitutivas de tratados internacionales, por ejemplo, el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión y las Reglas para los Menores Privados de Libertad.

Por lo tanto, los tratados, las declaraciones y resoluciones internacionales sobre derechos humanos constituyen la plataforma normativa mínima que los Estados deben cumplir y respetar, interpretando y aplicando de conjunto sus principios y disposiciones en consonancia con el derecho interno, especialmente con el derecho constitucional, de tal forma que en cada caso concreto se aplique la norma más favorable al individuo y se garantice en lo máximo posible la tutela judicial efectiva de los derechos y garantías nacional e internacionalmente reconocidos.

En consecuencia, es obligación de los jueces y, en general, de los operadores judiciales reconocer la validez jurídica de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos e interpretarlos coherentemente, aplicando sus disposiciones y garantizando que desplieguen de manera plena sus efectos en favor de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado, sin distinciones ni discriminación de ninguna naturaleza.

3. Jerarquía de los Tratados

La Constitución Nacional considera que los tratados de derechos humanos concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede, tienen jerarquía superior a las leyes, según el artículo 75, inciso 22 de la Carta Magna de 1994 y explicita que ciertos instrumentos de Derechos Humanos tienen rango constitucional. Y para denunciar estos acuerdos, para dejarlos sin efecto, se requiere a partir de ahora, dos tercios del total de ambas Cámaras del Parlamento Argentino.

La Constitución de 1994 señala que los demás Tratados sobre Derechos Humanos que no están incorporados, es decir, no nombrados en el artículo 75, inciso 22 tienen jerarquía superior a las leyes, pero por debajo de la Constitución. Si puede decir, entonces, de *Tratados sobre derechos humanos constitucionales* y *Tratados no constitucionales* para darle algún nombre.

Es importante sostener que las normas de un tratado de derechos humanos, son operativos, porque de esa respuesta dependerá en muchos casos el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales del hombre.

Los Tratados con jerarquía constitucional son: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres; Convención contra la tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la 24ª Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, reunida el 9/6/1994 en Belém do Pará, Brasil, alcanzó jerarquía constitucional por ley 24.820 (B.O. 29/5/1997) y previamente fue aprobada por ley 24.556 (B.O. 18/10/1995).

Moscato (2005) señala que no hay que dejar de reconocer los grandes avances en materia de derechos humanos, como la incorporación de tratados internacionales, la jerarquización constitucional en la forma de 1994 de muchos de ellos y a incorporación con dicho rango de otros dos desde entonces. También el reconocimiento y la observancia que día a día con mayor alcance los jueces muestran en sus sentencias.

Concluye la autora que no hay que dejar de reconocer la evolución del reconocimiento de los derechos humanos a lo largo de la historia de la humanidad. En esta materia y especialmente en estas latitudes, por momentos su desarrollo no podemos apreciarlo en forma lineal. En tiempos como los que estamos viviendo en nuestro país ante graves dificultades en materia de seguridad y de aumento de la criminalidad y el clamor de la ciudadanía de un aumento de penas, creación de nuevos tipos penales, es cuando a mi criterio, debemos reforzar la plena vigencia de los derechos fundamentales de toda persona. Las que están privadas de libertad, son especialmente vulnerables por esa condición. (Moscato, 2005, p. 108).

Según Vega y Graham (1996) “los constituyente de 1994 entendieron que los tratados de derechos humanos son operativos y sus normas se presumen operativas, salvo aquellas que por su redacción son programáticas.” (p. 41)

Carrio (1995) considera que el artículo 75, inciso 22 establece un sistema muy complejo que fue una de las más maravillosas experiencias que vivió la Convención bajo la presión de ciertos grupos, en acuerdos, amistades, reconocimiento y luchas de poder y cree que la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos ha sido una victoria decisiva y sella la lectura de la legitimidad política de la Constitución de 1994, luego esta debe ser leída desde los derechos del hombre, desde el derecho de las minorías, de la igualdad de oportunidades, de la libertad y de la no discriminación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo algunas oportunidades de pronunciarse sobre la importancia de los tratados internacionales y los derechos básicos o fundamentales de la persona humana, mismo antes de su incorporación a la Constitución Nacional, como por ejemplo, en el Fallo 308:1392, págs. 1428 y 1475. Asimismo: Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 12; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 17; Declaración Americana de los Derechos del Hombre, art. X; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 11.2 y también que ningún habitante de la Nación puede ser privado de su dignidad humana, aunque su conducta haya sido reprobada y se encuentre cumpliendo una pena privativa de la libertad conforme Fallo: 313:1262, en la disidencia del juez Fayt.

Es importante señalar que la Corte Suprema considera que toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, conforme Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5, inc. 2; en términos análogos: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 7, todo de acuerdo con el voto concurrente de los señores ministros doctores Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi y Antonio Boggiano en el Fallo 318:1894, págs. 1922 y 1923, más conocido como Caso Dessy.

4. Instrumentos Internacionales y la Mujer Detenida

El número de mujeres que se encuentran en situación de encierro ha ido aumentando y se ha incrementado de forma desproporcionada en comparación con lo ocurrido con los hombres detenidos.

Como ha sido señalado en páginas anteriores, en Argentina, el número de mujeres privadas de libertad en cárceles federales aumentó el 193%, mientras que la población masculina creció el 111% desde el año 1990 hasta el año 2012.

Como señalan Pinheiro y Hounsell (2012) no se ha investigado lo suficiente como para comprender las razones por las cuales operó un alarmante incremento en el encarcelamiento de mujeres en muchos países del mundo. Asimismo, se debe tener presente que las normas internacionales y nacionales que regulan las cárceles, políticas y prácticas penitenciarias fueron diseñadas tradicionalmente para los hombres.

El objetivo de estudiar las mujeres en situación de encierro con una mirada en los tratados internacionales de derechos humanos implica necesariamente una reflexión sobre las violencias que sufren las mujeres detenidas por no cumplimiento de las reglas internacionales de protección.

Malacalza (2009) asevera que en el caso particular del Servicio Penitenciario Bonaerense, donde se encuentran alojadas más de 70% del total de la población carcelaria de Argentina, la administración de la violencia se ejerce a través de mecanismos de castigo y de disciplina formales como el aislamiento (en celdas de separación, áreas restringidas, o en la propia celda); los traslados de detenidas por distintas unidades carcelarias en forma arbitraria y periódica; las requisas individuales y colectivas, y la represión en sus expresiones más tradicionales.

Por lo tanto, debe ser visto los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito de las Naciones Unidas que reglamentan el tratamiento de mujeres en situación de encierro, por ejemplo:

- Declaración Universal de Derechos Humanos;
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966);
- Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;
- Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Destinado a Abolir da Pena de Muerte;
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966);
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial;
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979);
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer;
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989);
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía;
- Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984);
- Protocolo Facultativo de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes;

Hay otros instrumentos internacionales, como por ejemplo directrices y documentos sobre principios para el tratamiento de personas privadas de la libertad, que añaden a las normas legales y los países moralmente deben cumplir con sus obligaciones legales internacionales.

- Reglas Mínimas de Tratamiento de los Reclusos (1957);

- Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (1988);
- Principios Básicos para el Tratamiento de Presos (1990);
- Reglas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok) (2010);

Derechos humanos relativos a las personas privadas de libertad a la luz de los tratados internacionales ratificados por Argentina

DERECHOS	TRATADOS INTERNACIONALES QUE GARANTIZAN ESOS DERECHOS
DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Convención sobre los Derechos del Niño Convención Americana sobre Derechos Humanos Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer.
DERECHO A SER TRATADO HUMANAMENTE Y CON RESPETO DE LA DIGNIDAD HUMANA DURANTE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Americana sobre Derechos Humanos
DERECHO A LA VIDA	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Convención Americana sobre Derechos Humanos Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer
DERECHO A NO SER SOMETIDO A TORTURA O A OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES	Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Convención Americana sobre Derechos Humanos Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer
DERECHO A ESTAR EXENTO DE VIOLENCIA, INCLUYENDO LA VIOLENCIA SEXUAL	Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.
OBLIGACIÓN DE DISPENSAR PRIMORDIAL CONSIDERACIÓN AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN TODA LAS ACCIONES CON-	Convención sobre los Derechos del Niño.

CERNIENTES A NIÑOS

Fuente: Ministerio Público de la Defensa. University of Chicago The Law School. Mujeres en Prisión en Argentina: causas, condiciones y consecuencias. Mayo. 2013.

Orientación de las normas internacionales en relación con los programas de cohabitación.

DOCUMENTO	ART.	ESTÁNDAR
REGLAS MÍNIMAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS	23	<p><i>“En los establecimientos para mujeres deben existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de las que acaban de dar a luz y de las convalecientes. Hasta donde sea posible, se tomarán medidas para que el parto se verifique en un hospital civil”.</i></p> <p><i>“Cuando se permita a las madres reclusas conservar su niño, deberán tomarse disposiciones para organizar una guardería infantil, con personal calificado, donde estarán los niños cuando no se hallen atendidos por sus madres”.</i></p>
DIRECTRICES DE NACIONES UNIDAS SOBRE LAS MODALIDADES ALTERNATIVAS DE CUIDADO DE LOS NIÑOS	48	<p><i>“Los Estados deberían tener en cuenta el interés superior del niño al decidir retirar la custodia del niño nacido en prisión o que vive en prisión con uno de sus progenitores”.</i></p> <p><i>“La retirada de la custodia de esos niños debería tratarse del mismo modo que otros casos de separación”.</i></p>
REGLAS DE BANGKOK	5	<p><i>“Los recintos destinados al alojamiento de las reclusas deberán contar con las instalaciones y artículos necesarios para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género, incluyendo [...] el suministro permanente de agua para el cuidado personal de niños y mujeres, en particular mujeres [...] que estén embarazadas o que se encuentren en período de lactancia”.</i></p>
	33	<p><i>“Cuando se permita que los niños permanezcan en la cárcel con sus madres, se sensibilizará también al personal penitenciario sobre las necesidades de desarrollo del niño y se le impartirán nociones básicas sobre la atención de la salud del niño a fin de que pueda reaccionar correctamente en caso de necesidad y de emergencia”.</i></p>
	42	<p><i>“El régimen penitenciario permitirá reaccionar con flexibilidad ante las necesidades de las mujeres embarazadas, las madres lactantes y las mujeres con hijos. En las prisiones se habilitarán servicios o se adoptarán disposiciones para el cuidado del niño, a fin de que las reclusas puedan participar en las actividades de la prisión”.</i></p> <p><i>“Se procurará, en particular, establecer programas apropiados para las embarazadas, las madres lactantes y las reclusas con hijos”.</i></p>
	48	<p><i>“Se suministrará gratuitamente a las embarazadas, los bebés, los niños y las madres lactantes alimentación suficiente y puntual, en un entorno sano en que exista la posibilidad de realizar ejercicios físicos habituales”.</i></p>

“No se impedirá que las reclusas amamenten a sus hijos, a menos que existan razones sanitarias concretas para ello”.

49 *“Los niños que se encuentren en la cárcel con sus madres nunca serán tratados como reclusos”.*

50 *“Se brindará a las reclusas cuyos hijos se encuentren con ellas el máximo de posibilidades de dedicar su tiempo a ellos”.*

51 *“Los niños que vivan con sus madres en la cárcel dispondrán de servicios permanentes de atención de salud, y su desarrollo será supervisado por especialistas, en colaboración con los servicios de salud de la comunidad”.*

COMISIÓN INTER-AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, PRINCIPIOS Y BUENAS PRÁCTICAS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN LAS AMÉRICAS

X *“Cuando se permita a las madres o padres privados de libertad conservar a sus hijos menores de edad al interior de los centros de privación de libertad, se deberán tomar las medidas necesarias para organizar guarderías infantiles, que cuenten con personal calificado, y con servicios educativos, pediátricos y de nutrición apropiados, a fin de garantizar el interés superior de la niñez”.*

XXII *“Estarán estrictamente prohibidas las medidas de aislamiento de las mujeres embarazadas; de las madres que conviven con sus hijos al interior de los establecimientos de privación de libertad; y de los niños y niñas privados de libertad”.*

- **ASISTENCIA MÉDICA** Según las **Reglas de Bangkok**, las mujeres privadas de libertad tienen el derecho a recibir atención individualizada y con perspectiva de género de su salud física y mental. Adicionalmente, la **Regla N° 6** prevé un examen exhaustivo para cada mujer que ingresa a una prisión, a fin de determinar sus necesidades básicas de atención de salud física y mental
- **HIGIENE** La **Regla de Bangkok N° 5** establece que las mujeres en prisión deben contar con las instalaciones y los elementos necesarios para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género, como toallas femeninas gratuitas y el suministro permanente de agua. Estos elementos deben ser proporcionados sin costo y las mujeres detenidas no deben ser sometidas a la incómoda situación de tener que pedirlos.
- **NUTRICIÓN** De acuerdo con la **Regla N° 20 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos**, la administración carcelaria debe proveer a los internos de alimentación bien preparada, cuyo valor nutritivo sea suficiente para el mantenimiento de su salud y sus fuerzas. **La Regla de Bangkok N° 48**, adicionalmente, requiere que los establecimientos penitenciarios afronten las necesidades médicas y de alimentación de las mujeres embarazadas, de las madres lactantes o de quienes hayan dado a luz recientemente.
- **SEPARACIÓN DE MUJERES CONDENADAS Y CON PRISIÓN PREVENTIVA** Conforme con el artículo 10 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** y la **Regla N° 8 de las Reglas**

Mínimas, los procesados deben estar separados de los condenados y deben ser tratados de acuerdo con su condición de personas no condenadas por la comisión de un delito.

- **CONDICIONES DE VIDA** Las Reglas N° 10 a 14 de las **Reglas Mínimas** establecen que los lugares destinados al alojamiento deben mantenerse limpios y en buen estado, satisfacer las necesidades de higiene y las instalaciones sanitarias y de baño deben ser adecuadas. La ley argentina N° 24.660, en sentido similar, requiere que el SPF provea a las mujeres privadas de libertad de un adecuado alojamiento y de un buen estado de conservación de las unidades.
- **VIOLENCIA Y VIGILANCIA PENITENCIARIA** La **Regla N° 9 de las Reglas Mínimas** establece que cuando los privados de libertad son alojados en dormitorios, deben ser regularmente supervisados durante la noche y solo aquellos “cuidadosamente seleccionados y reconocidos como aptos para ser alojados en estas condiciones” deben residir juntos. La **Regla N° 27** agrega que el personal penitenciario debe mantener la disciplina, pero sin imponer más restricciones que las necesarias para mantener la seguridad y el orden. La **Regla de Bangkok N° 31** requiere que las prisiones establezcan políticas y reglamentos para el personal penitenciario con el fin de proteger a las mujeres privadas de libertad contra todo tipo de violencia por razones de género, así como de abuso y acoso sexual.

5. Consideraciones Finales

El artículo saca a la luz los rasgos comunes en el tratamiento de las mujeres en encierro, y pone en evidencia la insuficiencia de las políticas sociales y penitenciarias y el generalizado incumplimiento de los estándares internacionales de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, así como la ausencia de perspectiva de género tanto en la formulación como en la implementación de las mismas.

A pesar del problema de género, no se puede negar lo reconocimiento del status legal de la mujer en Latinoamérica, como producto de los procesos democratizadores y de modernización, ha pasado que muestran avances en la sensibilización del Estado y la sociedad frente a la discriminación que afecta a las mujeres en el sistema jurídico.

Es notoria la lenta evolución en los países de Latinoamérica hasta llegar a un reconocimiento de igualdad ciudadana, política y civil de la mujer, etapa que culmina con la formalización del principio de igualdad en las normas constitucionales.

El derecho internacional de los derechos humanos tiene una contribución importante, que culmina con un impulso internacional que induce iniciativas estatales y no gubernamentales, principalmente por acciones emprendidas por las Naciones Unidas, que termina con la ratificación por parte de los Estados de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y también por la Organización de Estados Americanos con su Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, más conocida como Convención de Belém do Pará.

Es necesario enfatizar que la cárcel es una institución compleja y cerrada, que cumple la función de segregación social, pero que también debe necesariamente cumplir y garantizar el derecho a tener derechos como ciudadanos aún durante la reclusión.

La mayoría de los autores que escriben sobre temas penitenciarios llaman la atención a los dispositivos centrales de la administración del castigo, o sea, la justicia penal, las policías y los servicios penitenciarios de los países, y los organismos de derechos humanos se constituyeron en sus antagonistas más inflexibles y lo hacen en nombre de los valores universales.

Cuando pensamos en los valores universales, debe ser destacado y separado geográficamente. Los derechos humanos en los países occidentales no son los mismos de los países orientales, hay un mar o una grieta entre ellos.

6. Referencias

- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. (1994). *Curso de derecho internacional público*. Madrid: Tecnos.
- CARRIO, Mara Elisa et alii. (1995). *Interpretando la constitución*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- COMPENDIO DE NORMAS INTERNACIONALES. (2004). Buenos Aires: La Ley.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-1/81.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásques Rodríguez contra Honduras. 29 de julio de 1988.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel. (1991). *Instituciones de derecho internacional público*. Madrid: Tecnos.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E. (1959). *Curso de derecho internacional público*. Montevideo: Editorial Universidad de la República.
- MALACALZA, Laurana. (2009). Las violencias hacia las mujeres detenidas en Argentina. EN: La violencia hacia las mujeres en América Latina persiste. Boletín elaborado por ALOP – Asociación Latinoamericana de Organizaciones de Promoción al Desarrollo.
- MELÉNDEZ, Florentín. (2012). *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia: estudio constitucional comparado*. 8. ed. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, Fundación Editorial Universidad del Rosario.
- MOSCATO, Claudia. (2005). La responsabilidad internacional del estado frente a las personas detenidas: los casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Instituto de Menores Panchito López y Penitenciarias de Mendoza. En: PINHEIRO, Jorge (comp.). *Criminalidad y ciencia penitenciaria*. Buenos Aires: Editorial Jamp.
- PECES-BARBA Martínez, Gregorio. (1984). *Derechos fundamentales*. 4. ed. Madrid: Facultad de Derecho, Universidad Complutense.
- PINHEIRO, Jorge A. de Medeiros; HOUNSELL, Franci. (2012). *Mujeres encarceladas*. Belém: Editora da Universidade Federal do Pará.
- SORENSEN, Max. (1981). *Manual de derecho internacional público*. México: Fondo de Cultura Económico.
- STEINER, Christian. (2012). *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia: estudio constitucional comparado*. 8. ed. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, Fundación Editorial Universidad del Rosario.
- VEGA, Juan Carlos; GRAHAM, Marisa Adriana. (Dir.) (1996). *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales: fundamentos, tratados de derechos humanos, operatividad, tratados de integración, acciones positivas, derecho a la vida, derecho de réplica*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Autonomía y derechos del paciente. Una mirada desde la Bioética por Karina ELMIR³¹

Sumario: 1. Conceptualización y orígenes de la Bioética. 2. Campo de acción de la Bioética: sus principios. 3. El rol del paciente: del paternalismo al autonomismo. 4. Los derechos de los pacientes desde la Bioética. 5. Bibliografía

Resumen: La bioética aparece como una propuesta audaz y que enfrenta a los cánones tradicionales aquellos nuevos conceptos fundados en diferentes necesidades. A partir de la década del setenta un nuevo escenario, medicina-humanismo, intenta revisar los roles que se venían ejercitando desde el modelo hipocrático. Serán acuñados principios rectores de las prácticas científicas (autonomía, beneficencia, no maleficencia, justicia) para ordenar los graves desajustes producidos en nombre de la ciencia y el saber. A partir de un cambio radical en la noción de "paciente", se cuestionará el habitual paternalismo médico y se dará nacimiento a una era autonomista: es el enfermo quien toma las riendas de su salud

Abstract: Bioethics appears as a bold proposal that faces the traditional canons those new concepts founded on different needs. From the seventies a new arena, medicine-humanism, try to review the roles that had been exercising since the Hippocratic model. They will be minted guiding principles of scientific practices (autonomy, beneficence, non-maleficence, justice) to order the serious imbalances produced in the name of science and knowledge. From a radical change in the notion of "patient", the usual medical paternalism be questioned and will create an autonomist was: the patient who takes charge of your health

Palabras-clave: Bioética – Principios - Autonomismo

Keywords: Bioethics - Principles - Autonomismo

1. Conceptualización y orígenes de la Bioética

La Bioética nace como una nueva disciplina en los años setenta de la mano de un oncólogo americano, Van Rensselaer Potter, quien acuña el término a partir de los cambios producidos en el mundo tecno-científico.

Potter consideraba esencial establecer un lazo de unión entre las Ciencias y las Humanidades, ya que los avances que se venían sucediendo hacían imposible desde el punto de vista humanístico situar al Profesional de la Salud en ese nuevo y controversial escenario.

En el libro por antonomasia de Potter, "Bioethics: bridge to the future", (Bioética. Un puente hacia el futuro) postula: "...si hay dos culturas que parecen incapaces de hablar una a la otra, (Ciencias y Humanidades), y si esto es parte de la razón por la que el futuro se muestra tan incierto, entonces posiblemente deberíamos tender un puente hacia el futuro construyendo la disciplina Bioética como un puente entre las dos culturas"

La propuesta global de Potter fue bien acogida por diversas áreas del conocimiento y campos de la sociedad, al mismo tiempo que el término fue ganando una creciente aceptación y se fue instalando como parte de un lenguaje común.

³¹ Abogada. Profesora de Humanística y Bioética en la Escuela de Medicina – IUNIR. Secretaria Comité Ética y Bioética – IUNIR. Becaria Ética Investigación Seres Humanos - UNESCO

Etimológicamente la palabra es considerada un verdadero neologismo: BIOS significa VIDA y ETHICS hace clara alusión a la ÉTICA, vista desde las costumbres, los hábitos, es decir un “ethos” referido a actos y no sólo a actitudes.

El mundo había mutado y los conflictos y dilemas éticos surgidos a partir de los horrores y experimentos que se sucedieron durante y después de la Segunda Guerra Mundial necesitaban materializarse en la defensa de los Derechos Humanos, proclamados universalmente el 10 de diciembre de 1948 a través de la Asamblea General de la ONU y como conquista final a las atrocidades vividas.

Las distintas causas que la han originado son entonces el avance científico y tecnológico de los últimos años que enfrentan al Hombre y a la Sociedad con situaciones novedosas, el surgimiento de los derechos de los pacientes y el nuevo “paciente” en pleno ejercicio de su autonomía y los infinitos cambios en los sistemas sanitarios del mundo donde la noción de Salud se presenta como el principal bien a custodiar.

Estas causas la posicionan como disciplina que tiende a ofrecer nuevos métodos para resolver conflictos, o como decimos más específicamente, “dilemas” que se generan en el ámbito sanitario y a los cuales debemos enfrentarnos a diario.

2. Campo de acción de la Bioética: sus principios

¿ Cuáles son los aspectos o problemáticas que enfoca la Bioética ?

- los **problemas** relacionados **con valores** que surgen en todas las profesiones de la salud
- la **investigación biomédica** y el rol de cada uno de los participantes en la investigación
- distintas **cuestiones sociales** como las que se relacionan con la Salud Pública, la ética del gasto y la optimización de recursos sanitarios, el rol del Estado
- **la vida y la salud** humanas, como cuestiones de la práctica médica diaria, de la toma de decisiones frente a dilemas, del paciente y su relación con el sistema sanitario en general

El hombre debió enfrentarse a estas cuestiones y luchar por un lugar de protección ya que había sido despersonalizado, avasallado e invadido por experimentos e investigaciones que lo tenían como protagonista pero sin el cuidado necesario.

Un escenario ambiguo y caótico, impregnado de los horrores producidos en investigaciones que vulneraban la protección de cada participante, da origen a los Principios de la Bioética, cuando en el año 1978 y después del Informe Belmont que repasaba las atrocidades halladas e intentaba limitar ese poder absoluto, se proponen como pilares fundamentales para la resolución de conflictos: Beneficencia, Autonomía, No Maleficencia y Justicia.

Estos postulados fueron rápidamente adoptados por la Medicina, sirviendo como guía para un enfoque distinto de los problemas surgidos en la atención sanitaria, en la ética al inicio y al fin de la vida, en la relación con los pacientes y, por sobre todo, reposicionando al Profesional de la Salud. Esto es lo que llamamos Bioética Clínica.

Desde su aparición esta rama de la Bioética ha contribuido a aproximar los principios y normas generales de la ética a la realidad de las consultas cotidianas.

La beneficencia presupone que todo acto médico tiene por finalidad hacer el bien y cuidar los intereses del paciente; la no-maleficencia señala que toda intervención debe evitar o reducir al mínimo

los riesgos y daños para él mismo; la autonomía requiere que todos los participantes en el acto biomédico consientan informada y voluntariamente al proyecto terapéutico o de investigación a realizarse; según la justicia, todos los cursos, derechos y obligaciones deben ser equánimemente distribuidos y respetados para cada uno.

3. El rol del paciente: del paternalismo al autonomismo

En el año 1973 se inicia una nueva rebelión, la “Rebelión de los Pacientes”, según las palabras de Diego Gracia pues en esa fecha, la Asociación Americana de Hospitales, aprobó la primera Carta de Derechos del Paciente, que supone el reconocimiento oficial del derecho del enfermo a recibir una completa información sobre su situación clínica y a decidir entre las opciones posibles, como adulto autónomo y libre que es: el enfermo deja de ser “paciente” (pasivo) para convertirse en agente de su propia salud.

Es allí donde comienzan a ponerse en práctica los principios mencionados y donde el paciente toma un real protagonismo en su propia salud: *cada uno ha de asumir las decisiones que le afectan*, ha de regirse por su propio sistema de valores y, por tanto, la beneficencia tradicional ya no puede aplicarse sin conocer la voluntad del enfermo.

Esto es lo que llamamos “*la crisis del Modelo Paternalista*” donde la gestión del cuerpo del paciente no podía hacerla él mismo, sino otra persona especialmente calificada para ello: el Médico. Era el principio de beneficencia en su sentido más amplio, el hacer el bien y evitar de toda forma posible el mal (no maleficencia), anteponiendo la opinión de los expertos (médicos) a la voluntad del paciente.

Este es el legado de aquella medicina hipocrática que buscaba el bienestar del otro, su confort, su salud pero sin considerar que ese “otro” tiene el derecho a opinar, a decidir, a saber.

Esta ruptura con el paternalismo se refleja en la llamada “*nueva era del Autonomismo*” donde el Paciente se transforma en parte esencial del proceso de salud-enfermedad.

Se plantea entonces una Medicina mucho más cercana, con una relación más personal, más humanizada, no sólo por parte del médico tratante sino de todos quienes conforman el Equipo de Salud y también de la Institución.

La autonomía del enfermo consiste en el respeto a sus decisiones, en su capacidad para poder conocer y discernir lo que es realmente su bien. Esta posibilidad habilita el pedido de ayuda al benefactor (el médico) ya que “*autonomía*” no es “*autosuficiencia*”.

De la misma forma el Paciente necesita confiar en el médico, es decir que la relación de confianza que se genera entre el Profesional de la Salud y él mismo, es el sustento de un mejor devenir en el desarrollo de la enfermedad. Es lo que hoy en día damos en llamar el “depósito de confianza”.

Y esto es, en definitiva, lo que motiva a cada uno de nosotros a buscar esa protección, esa custodia. Esta confianza tiene su fundamento en el compromiso del médico de buscar la curación, la mejoría o el bienestar del enfermo (beneficencia hipocrática).

No cabe duda que la base de este depósito es la relación contractual que se origina entre ambas partes (Médico-Paciente). Pero esta relación acordada, pactada, aun tácitamente, ha sufrido transformaciones que han reformulado el rol de cada uno de ellos: por esta razón el Paciente *ahora* es una persona distinta, con una responsabilidad también diferente y a ello queremos referirnos.

4. Los derechos de los pacientes desde la Bioética

A partir de la reivindicación de ciertos derechos, el Paciente cambia su situación de sumisión y hasta de inferioridad para comenzar a participar activamente de la gestión de su propia salud.

Propone un ejercicio de sus derechos en el ámbito sanitario: derecho a la información, derecho a rechazar un tratamiento, exigencia del consentimiento informado, entre otros.

Evidentemente para que el Paciente pueda decidir acerca de su salud *debe tener a su disposición toda la información necesaria, esto es posibilidades y riesgos*. Esto le permitirá, sin lugar a dudas, ejercer su opción a decidir, manifestar su autonomía en forma libre y voluntariamente.

No obstante dicha información que se manifiesta imprescindible en esta nueva Sociedad demandante de derechos, se vincula también al caudal de datos y noticias que circulan diariamente por los nuevos medios de comunicación masiva: la televisión, la radio y por supuesto Internet.

El acceso indiscriminado a ciertos conocimientos (no siempre correctos, ni verdaderos) hace del paciente que está frente a nosotros un "usuario" distinto, más comprometido, más informado, más poderoso de alguna forma y hasta en los extremos más querellante.

El derecho a la información aparece plasmado en la legislación argentina, habiendo establecido su amplio reconocimiento y la imposibilidad de negativa a ningún habitante de este país respecto de lo que deben conocer y saber acerca de la salud de esa persona. Es un derecho irrenunciable y debe ser ejercido con todas las garantías posibles pero además la transmisión debe ser efectuada con seriedad, por Profesionales capaces y concedores de su rol.

Es así que se garantiza también la acción plena de autonomía a través de un instrumento precioso en su significado real como lo es el Consentimiento Informado, que ha sufrido cambios de acuerdo a las nuevas necesidades de cada uno de los actores de la relación sanitaria que planteamos y que, consecuentemente, se ha perfeccionado como corolario de la misma.

La Bioética tiene una estrecha vinculación con estas prerrogativas: desde la implantación de los cuatro ejes principales (Beneficencia, No maleficencia, Autonomía y Justicia) que revirtieron la forma de interpretar las relaciones surgidas en el ámbito sanitario y que se han arraigado en la toma de decisiones cotidianas de los Profesionales de la Salud hasta un nuevo orden de principios que nace a partir de un cambio de paradigma de la Bioética tradicional en una más integradora.

La Bioética actual intenta transformarse en una disciplina de orden social, de intervención, para traer a la mesa de discusión aspectos que superan aquellos cuatro pilares básicos.

En el año 2005 la Declaración de Bioética y Derechos Humanos de la Unesco postula diecinueve ejes donde encauzar la atención sanitaria de nuestros días.

Se incorporan inexorablemente temas sanitarios, ambientales y sociales de un nuevo mundo en el que hoy vivimos.

Dignidad humana, autonomía y responsabilidad individual, consentimiento informado, respeto por la vulnerabilidad y la integridad personal, privacidad, confidencialidad, igualdad, justicia y equidad, protección a generaciones futuras, salud, solidaridad.

Estos son algunos de los más influyentes en la relación con los pacientes y los nuevos cimientos para reconstruir futuros paradigmas.

Para concluir es importante enfatizar que hoy en día se requiere una Medicina mucho más cercana al paciente, con una relación más personal, más humanizada, por parte del personal de la salud y también de las Instituciones.

Es aquí donde la Bioética Clínica es un *medio seguro para llegar a una buena metodología en la toma de decisiones compartidas, la formación de Profesionales que se adapten a un cambio de rol y la promoción de una ética institucional que promueva el respeto a los derechos de los pacientes y del*

Profesional de la Salud que son los verdaderos protagonistas de esta historia, como viene haciéndose en el Sanatorio Británico para garantizar que la Relación Médico-Paciente sea una conquista de todos y cada uno de los partícipes de este trascendental proceso .

5. Bibliografía

- Berlinguer, G. "*Bioética cotidiana*". Siglo XXI; 2002.
- Berlinguer, G. "*Ética, salud pública y medicina*". Nordan-Comunidad; 1994.
- Bravo Escudero, E. "*Los límites de la autonomía del paciente. Autonomía o paternalismo*". *Debática*. 2012; 1(2)
- Couceiro, A; Abel i Fabre, F. "*Bioética para clínicos*" Triacastela; 1999.
- Goulet, D. "*Ética del Desarrollo. Guía teórica y práctica*". IEPALA; 1999.
- Gracia, D. "*La deliberación moral: el método de la ética clínica*". *Med Clin (Barc)*. 2001;117:18-23.
- Gracia, D. *Prólogo*. En: Beauchamp T, Childress JF. "*Principios de ética biomédica*". Masson; 1999.
- Kliksberg B. "*Primero la gente. Una mirada desde la ética del desarrollo a los principales problemas del mundo globalizado*". Planeta; 2008.
- Kottow, M. "*Salud pública, genética y ética*". *Revista de Saúde Pública*. 2002; 36(5): 537-544.
- León, FJ. "*Diez años de Bioética en América Latina: historia reciente y retos actuales*". Lolas F, (ed.) *Diálogo y cooperación en salud. Diez años de Bioética en la OPS. Programa regional de Bioética OPS-OMS*. 2004: 145-152.
- Lolas, F. "*Bioética y cuidado de la salud. Equidad, Calidad, Derechos*". Programa Regional de Bioética OPS/OMS; 2000.
- Navarini, E.; Elmir, K. "*Hacia una bioética universal. Nuevas bases epistemológicas para el siglo XXI*". *Rev. Asoc. Méd. Arg*. 2011; 124 (3) : 32-36
- Navarini, E.;Elmir, K. "*Ética Ambiental. Realidad y futuro. Necesidad de una Ética con nuevas bases axiológicas*". *Invenio*. 2012; 15 (28) : 29-39.
- Simon, P. "*Ética de las organizaciones sanitarias. Nuevos modelos de calidad*". Triacastela; 2005.

Tratados Internacionais e a Constituição Brasileira: Os impactos do Tribunal Penal Internacional no ordenamento pátrio por Agostinha Eva FERREIRA

Sumario: 1. Introdução. 2. Os Direitos Humanos: apanhado histórico. 3. Os Tratados internacionais e sua hierarquia frente os ordenamento jurídico brasileiro. 4. A Constituição brasileira e os direitos internacionais. 5. O Tribunal Penal Internacional e o ordenamento interno brasileiro. 6. A Pena de Prisão Perpétua e o Art. 5º, XVII, alínea "b", da CR/88: conflito aparente de normas? 7. Conclusão. 8. Referências Bibliográficas

Resumo: No Brasil, o processo de incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos é consequência do processo de democratização iniciado em 1985. Porém, o processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos pelo direito brasileiro tem como marco inicial a ratificação da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamento Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 1989. Portanto, a presente pesquisa pretende apresentar o Tribunal Penal Internacional enquanto conquista universal da humanidade no processo de sistematização internacional dos direitos humanos, bem como seus impactos no ordenamento jurídico brasileiro.

Abstract: In Brazil, the process of incorporation of International Human Rights Law is a consequence of the democratization process in 1985. However, the process of incorporation of international human rights treaties by Brazilian law has as initial landmark the ratification of Convention against Torture and Other Cruel Treatment, Inhuman or Degrading Treatment, in 1989. Therefore, this research intends to submit the International Criminal Court as universal conquest of humanity in the process of systematization of international human rights, as well as its impacts in the Brazilian legal system

Palavras-chave: Direitos Humanos Constituição Brasileira Tribunal Penal Internacional.

Keywords: human Rights Brazilian Constitution International Criminal Court

1. Introdução

Diante das atrocidades e mortes cometidas na Europa durante a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), onde milhares de vidas humanas foram brutalmente dizimadas, a comunidade internacional foi obrigada a lutar por um mínimo de proteção e garantia efetivas dos direitos humanos

Por esse motivo, em 1948, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, diversos tratados e convenções foram estabelecidos com o objetivo de sistematizar o direito internacional dos direitos humanos, e então, constituir um universo legal de proteção internacional desses direitos.

Em sendo assim, a presente pesquisa pretende apresentar os tratados de direitos humanos enquanto conquista não apenas no plano internacional, mas, acima de tudo, a sua importância e impacto no ordenamento jurídico brasileiro.

2. Os Direitos Humanos: apanhado histórico

Os Direitos Humanos são fundamentais ao Homem pelo fato de ele ser homem. Não resultam de uma concessão da sociedade política, mas constituem prerrogativas inerentes à condição humana. Os Direitos Humanos não são estáticos, mas acompanham o processo histórico; processo não linear, pois também conhece retrocessos. A esse respeito, Piovesan(2006), afirma intensa polêmica a respeito

do fundamento e natureza dos direitos humanos e as dúvidas suscitadas, se são direitos naturais e inatos, direitos positivos ou históricos, ou se derivam de um determinado sistema moral. Neste sentido, a autora defende que tais direitos são construídos, enquanto invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução (p 107).

Foi apenas no século XX, sobretudo depois da Segunda Guerra Mundial, que eles se definiram explicitamente e adquiriram o reconhecimento mundial. A noção de Direitos Humanos, todavia é muito antiga, perde-se no tempo. O código de Hamurabi (1700 a.C. aproximadamente) menciona leis de proteção aos mais fracos e de freio para a autoridade. A civilização egípcia, especialmente na era dos faraós (dinastia XVIII), já concebia o poder como serviço. Há divergências quanto ao surgimento dos direitos humanos na história, mas muitos autores situam-no na Grécia, quando eles foram aludidos em um texto de Sófocles no qual Antígona, em resposta ao rei que a interpela em nome de quem havia sepultado contra suas ordens, o irmão que fora executado: “Agi em nome de uma lei que é muito mais antiga do que o rei, uma lei que se perde na origem dos tempos, que ninguém sabe quando foi promulgada”. Os profetas judeus vinculam o exercício do poder a deveres fundados em princípios religiosos que inspiram uma ética baseada na responsabilidade de todos os homens pelos seus atos. Buda, Confúcio e Zoroastro pregam a supremacia do direito e da justiça, o ensino da fraternidade e da generosidade. Visam a plena realização da natureza humana e a formação de uma sociedade pacífica e justa. Na Grécia do século V a.C., os cidadãos já controlavam as ações do Estado (polis); O limite do poder é dado pelo direito que exercem os cidadãos ao participar dos assuntos públicos. Entre os séculos VII a.C. e XVIII da nossa era, a humanidade faz progressos no controle dos governantes, que exercem e distribuem a justiça. Os gregos desenvolveram o conceito da liberdade, como expressão máxima da dignidade humana, baseada na ideia da igualdade. Os estoicos defendem a existência de princípios morais, universais, eternos e imutáveis que resultam direitos inerentes ao homem. O cristianismo, considerando o homem, à imagem e semelhança de Deus, prega a igualdade entre todos os homens. Esta igualdade não se limita ao usufruto individual dos direitos mas supõe o dever do amor ao próximo. O cristianismo passa a ter uma influência decisiva, ora benéfica, ora maléfica, e a Igreja passa a associar-se ao poder temporal. O Islã na vida política tem uma concepção similar da relação entre os homens: a de sua igualdade primordial “baseada em sua identidade essencial, em sua origem única, e em seu destino comum” (Sorondo s/d).

Na Idade Média, a partir das famílias daqueles que lutaram contra as invasões dos bárbaros (e com isso tornavam-se proprietários de terras), nasce uma aristocracia, sócia natural do poder real, que buscava fundamento no direito natural para os seus privilégios. Este período tem uma importância significativa, é um momento de revisão de valores, de confronto de objetivos temporais, imediatos e permanentes, muitos deles já indicados como objetivos espirituais no fim da Idade Média, quando surge uma nova realidade histórica: a burguesia. No final da Idade Média, São Thomás de Aquino discute diretamente a questão dos Direitos Humanos, retomando Aristóteles e dando, à sua filosofia, a visão cristã. A fundamentação de São Thomás é teológica: o ser humano tem direitos naturais que fazem parte de sua natureza, pois lhe foram dados por Deus. A partir disso desenvolve-se toda uma linha teórica e política ocorrendo, no entanto, uma clara ambiguidade na utilização deste conceito, chegando a firmar-se e aceitar-se na prática que o direito dos reis era um direito natural de origem divina que justificava o absolutismo. Um caminho aberto para toda espécie de violências, e em última análise, até para a negação dos direitos humanos. O poder armado, o poder econômico e os proprietários de terras não respeitavam aqueles que não desfrutavam destes privilégios. Não existia o mínimo respeito pela pessoa humana. A maioria dos seres humanos viviam à margem, e eram explorados de todas as maneiras. Foram os burgueses, associados aos pensadores liberais, quem levantaram, modernamente, a liberdade como um valor.

Cessadas as invasões dos bárbaros e conseqüentemente, afastados os grandes riscos, a proteção dos senhores feudais se tornou dispensável e as pessoas começam a voltar para as cidades. Os burgos começam a se desenvolverem. A burguesia, paulatinamente se enriquece e fortifica-se, mas, ainda é mantida marginalizada do poder político, o que reivindica-se para defender os seus poderes pessoais e o seu patrimônio. A época do Iluminismo e dos Enciclopedistas revolucionam-se as ideias tradicionais da Idade Média, afirmando-a dignidade humana e a fé na razão. Vige a ideia de que o homem é concebido como o detentor de direitos sagrados e inalienáveis. E o governo não pode prescindir da vontade dos cidadãos. Rousseau desenvolveu a teoria da igualdade natural entre os homens. Voltaire insistiu na tolerância religiosa e na liberdade de expressão pois a religião já não podia explicar tudo.

Na Inglaterra, um Parlamento já existia desde o século XIV, mas era formado somente por nobres e prelados, todos proprietários. A burguesia impõe a criação da Câmara dos Comuns que perdura até hoje. O crescimento político da burguesia, desta forma, favorece o crescimento dos Direitos Humanos. Em 1215, na Inglaterra, os bispos e barões impõe ao Rei João-Sem-Terra a Carta Magna que limita o poder do soberano. A petição de direitos de 1628 é imposta pelo Parlamento ao monarca. O Habeas Corpus de 1669 que consagrou o amparo à liberdade pessoal, determinava que a pessoa acusada fosse apresentada para julgamento público. Até então, os nobres e aristocratas prendiam e faziam a sua própria justiça.

Foi sobretudo o Bill of Rights de 1689 o mais importante documento constitucional da Inglaterra, que fortaleceu e definiu as atribuições legislativas do parlamento frente à Coroa e proclamou a liberdade da eleição dos membros do Parlamento, consagrando algumas garantias individuais.

Ainda neste século XVIII, dá-se a criação dos Estados Unidos da América, através de uma revolução eminentemente burguesa. A Inglaterra impunha sucessivas e crescentes restrições à vida econômica das colônias, através da imposição de taxas sobre o comércio exterior. Isto fomentou nos colonos um forte espírito de desobediência e insubordinação.

Embora parte do Império Britânico, as colônias da América foram, desde cedo, conquistando o direito de se autogovernar, e assumindo o dever de se tornarem autossuficientes.

Alastra-se o anseio de libertação pelas treze colônias, que unidas, proclamam a Declaração de Independência dos Estados Unidos, também conhecida como Declaração de Filadélfia.

Nela, são expostas as razões fundamentais que levaram à independência: *“Todos os homens foram criados iguais. Os direitos fundamentais foram conferidos pelo Criador entre eles estão o da vida, liberdade e o da procura da própria felicidade”*.

Sempre que qualquer forma de governo tenta destruir esses direitos, assiste ao povo o direito de mudá-lo ou aboli-lo e de instituir um novo governo. Este documento serviu de referencial para todos os movimentos de independência dos povos colonizados. Mas a Constituição norte-americana é uma Constituição feita por comerciantes para comerciantes.

Ainda no Século XVIII, a Revolução Francesa criou um direito que tornou-se base fundamental do direito constitucional moderno: A Declaração Dos Direitos Do Homem e do Cidadão. Em seu primeiro artigo, já afirma um direito social fundamental de que a finalidade da sociedade é a felicidade comum. A essência da Declaração, apoia-se na ideia de que, ao lado dos direitos do Homem e do Cidadão, existe apontada a obrigação de o Estado respeitar e de garantir os direitos humanos.

Até então, os Direitos Humanos eram concebidos como direitos naturais, impostos por Deus e vinham sendo utilizados contra burgueses, em favor dos reis, e aristocratas, para justificar as violências que praticavam. Os burgueses não rejeitavam esses direitos mas os reclamam também para si. Surgem

pensadores considerados liberais como: Espinoza, Locke, Rousseau, Montesquieu, que pregam a existência dos direitos fundamentais como a liberdade e igualdade. Todavia, o conceito de igualdade nessa época não é o mesmo que o de hoje, pois a Constituição norte americana admitia a escravidão. Portanto, uma liberdade é igualdade política e, no século XVIII a fundamentação teológica é substituída por um fundamento racionalista que terá um peso expressivo. Hugo Grocius dizia, que “ainda que Deus não existisse, o homem teria direitos naturais”. O fundamento, portanto, não está em Deus mas na razão. Isto é o racionalismo.

Desde a Carta Magna de 1215 até a Carta das Nações Unidas, mais de 700 anos se passaram. Muitos documentos legislativos, declarações e resoluções versaram sobre Direitos Humanos. Nenhum deles foi tão longe e tão amplo quanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

O mundo inteiro, chocado com o genocídio e as barbaridades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, sentiu a necessidade de algo que impedisse a repetição destes fatos. Organizados e incentivados pela ONU, 148 nações se reuniram e redigiram a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Ela representou um enorme progresso na defesa dos Direitos Humanos, Direitos dos Povos e das Nações.

A Declaração foi subscrita por todos os países membros da ONU, com abstenção dos países alinhados à União Soviética (8 abstenções dentre os 58 países membros).

Para que esta proteção efetivamente se concretizasse, imperioso que fosse criado um órgão internacional que simbolizasse o comprometimento dos Estados na consecução da tutela dos direitos humanos.

Desse modo, em 1945, com a Carta de São Francisco, foi fundada a Organização das Nações Unidas (ONU), com o objetivo expresso de viabilizar a cooperação em matéria de direito e segurança internacionais, bem como o desenvolvimento e progresso econômico e social, reconhecendo os direitos humanos envolvidos nas relações e, dessa forma, pela via da solução pacífica de conflitos de ordem econômica, social e política. Como ressalta o jurista brasileiro Comparato (2003), a Declaração Universal de 1948, representou a culminância de um processo ético que iniciou-se com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, e levou ao reconhecimento da igualdade de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem, ou qualquer outra condição, como se diz em seu artigo 2º (Comparato, 2003, p.231).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos pontua, em seu Preâmbulo, o esforço, através do ensino e da educação, da promoção e respeito dos direitos e liberdades expressos em seu texto. Apesar de sua relevância histórica, política e social, por tratar-se de uma declaração e não de um tratado, no alto dos seus trinta artigos, a referida declaração não deteve força de lei, prevendo apenas os fins a serem alcançados pelos Estados, o que não garantiu, por sua vez, a real proteção aos direitos humanos. Necessário se fez, por conseguinte, elaborar um instrumento legal dotado de obrigatoriedade, portanto, garantidor de tal finalidade.

Desse modo, em 1966, a Assembleia das Nações Unidas aprovou o “Pacto da ONU de Direitos Civis e Políticos” e o “Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, os quais entraram em vigor no ano de 1976, com o depósito do trigésimo quinto instrumento de ratificação.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos reafirmou o direito aos povos sobre a autodeterminação política e promoção do desenvolvimento social, econômico e cultural, assim como na livre disposição das riquezas e recursos naturais. O Pacto estabelecia ainda o reconhecimento dos direitos à vida, à liberdade, à justiça, à igualdade entre homens e mulheres, os direitos políticos e de

livre associação e vedava a aplicação de penas cruéis e proibia a tortura, consagrando, entre outros, os direitos fundamentais da pessoa humana previstos na Declaração Universal.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a seu turno, veio consolidar os direitos referentes à saúde, à alimentação, ao direito ao trabalho, à previdência social, à moradia, à educação e a participação em sindicatos e na vida cultural do país.

Assim, e sob este novo contexto, as normas inerentes aos direitos humanos passaram a ter caráter imperativo, ou seja, normas de jus cogens, relativizando a soberania dos Estados signatários, até então, absoluta.

No plano regional, valiosas medidas foram tomadas para normatizar de forma suplementar e específica os direitos humanos; tratam-se, pois, dos sistemas especiais de proteção, como as Convenções Internacionais, que buscaram atender matérias determinadas como a tortura, a discriminação racial e contra as mulheres, a violação dos direitos das crianças etc. Nestes, o sujeito de direito passou a ser visto em sua individualidade, o que facilitou ainda mais o estabelecimento da internacionalização dos direitos humanos no plano regional.

Paralelamente à Declaração de 1948, foi assinada, em 1950, a “Convenção Europeia de Direitos do Homem” (sistema europeu de proteção dos direitos humanos e cooperação internacional) e a “Convenção Americana dos Direitos do Homem”, de 1969, que instaurou o sistema interamericano e constitui, até os dias hodiernos, no instrumento-base do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, conhecido como Pacto de San José da Costa Rica.

Revestida de força obrigatória, a Convenção Americana instituiu dois órgãos de novel relevância: a já existente Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com função contenciosa e consultiva.

A Conferência de Teerã de 1968 completou e reafirmou a indivisibilidade e interdependência dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais fortaleceram os artigos da Declaração.

Seguiram-se várias outras convenções. Entre elas, destacam-se as seguintes: Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, Convenção contra a Discriminação da Mulher, Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e Convenção sobre os Direitos da Criança.

Estes Pactos, Tratados e Convenções nem sempre foram aprovados facilmente mas foram o resultado de árduos, longos e profundos debates. Com a aceitação da universalidade, da transnacionalidade dos Direitos Humanos, reconhece-se que o ser humano sempre possuirá direitos fundamentais, independentemente da sua nacionalidade, raça, situação de refugiado ou de apátrida.

Os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos estão inseridos em todas as Constituições do mundo moderno e constituem parâmetros para a democracia.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, foi o mais importante e completo documento concebido em favor da humanidade até esta data. Através dos tempos, por ocasião de conclave internacionais, e continuaram sendo elaborados documentos objetivando a melhoria nas relações entre os homens e os povos.

Na evolução histórica dos direitos, consideram-se três gerações de Direitos Humanos.

A primeira geração corresponde aos direitos civis e políticos: as liberdades individuais, o direito à vida, segurança, igualdade de tratamento perante à lei, e o direito de propriedade, de ir e vir.

A segunda geração compreende os direitos econômicos e sociais como direito à saúde, educação, moradia, trabalho, lazer e os direitos trabalhistas.

Constituíram-se pactos que completaram e ampliaram a declaração de 1948. Eles concretizam os direitos humanos, estabelecendo medidas obrigatórias para os Estados. Entre eles estão o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Sociais e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

A terceira geração é a dos chamados direitos dos povos, que correspondem aos direitos básicos dos povos, tais como o direito ao desenvolvimento, à paz, e à participação no patrimônio comum da humanidade. Está representada especificamente na declaração de Argel, em 1977.

As três gerações de direitos não são categorias que se excluem mas se completam.

Em 1993, o Congresso de Viena ressaltou que os direitos são universais, inalienáveis, invioláveis, iguais e indivisíveis. Os países que ratificaram a Declaração de 1948 reconheceram ser essencial a “consciência moral da humanidade”; cinquenta anos depois, mais do que nunca, os direitos humanos representam o horizonte dos povos. Única forma de a humanidade poder alcançar relações justas e pacíficas.

As convenções definem o conteúdo de alguns direitos ou grupo de direitos estabelecendo sistemas para protegê-los e controles para assegurar-lhes o cumprimento, entre elas a Convenção para a Prevenção e Sanções de Delito de Genocídio, Tortura e outros Tratos Cruéis, Sub-Humanos e Degradantes.

Na América Latina, a Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1969, aprovou a convenção Americana sobre Direitos Humanos, pelo Pacto de San José da Costa Rica, vigente desde 1978 e a Corte Internacional de Direitos Humanos, uma instância judicial autônoma cuja finalidade é estudar os desníveis e a violação de direitos humanos na América Latina.

As organizações não-governamentais têm uma função essencial de defesa e promoção dos direitos humanos, pois tal tarefa não pode limitar-se aos Estados. No Congresso de Viena, em 1993, as ONGs foram reconhecidas como interlocutoras e suas opiniões levadas em consideração.

No Brasil de hoje, fala-se muito em Direitos Humanos; tornou-se politicamente correto mencioná-los. No entanto, há pouco mais de 15 anos, abordar os Direitos Humanos em nosso país era considerado subversão, os seus divulgadores eram mal vistos e até execrados como “defensores de bandidos”.

Mesmo depois do fim da ditadura militar e do restabelecimento da democracia, certos setores da sociedade ainda encaram com desconfiança aqueles que defendem os Direitos Humanos.

Alguns policiais ainda afirmam: *“Fazemos um esforço enorme para prender um criminoso e quando o fazemos, os ‘Direitos Humanos’ atrapalham tudo pois não permitem torturar e bater”*.

A deturpação do significado dos Direitos Humanos era proposital por parte de grupos de extrema direita, aos quais interessava a consolidação do status quo e do autoritarismo. Estas facções exploravam o medo da violência crescente e sobretudo a tomada de consciência das classes populares esmagadas ao longo de 21 anos de ditadura.

A acirrada incompreensão e a campanha contra os Direitos Humanos provêm do desconhecimento daquilo que eles representam ou até mesmo de posições egoístas dos interessados em manter situações de privilégios. No entanto, eles interessam a todos e a cada um em particular. Sem respeito aos Direitos Humanos, não pode haver sociedade justa, tampouco democracia sólida.

Direito, no Brasil, sempre foi um conceito vago, que significou privilégios para alguns. Em seus 500 anos de história, foi o autoritarismo e não o Direito, que permeou as relações na sociedade e entre ela e o Estado.

A finalidade da colonização foi o enriquecimento europeu com a exploração predatória de recursos naturais, como o pau-brasil e o ouro – e de seus recursos humanos – a mão-de-obra indígena e a negra. A escravidão, durante três séculos, forneceu mão-de-obra barata e fortaleceu o autoritarismo. Para a maioria da classe dominante, o escravo era um objeto sem necessidades nem quaisquer direitos.

O dono do escravo podia conceder-lhe regalias por mera generosidade, e não como direito ou respeito à dignidade de sua pessoa. O escravo não era nem cidadão de segunda classe como eram consideradas mulheres, por exemplo, mas meros instrumentos, cujo destino era o trabalho a serviço dos mais poderosos.

As populações do campo, isoladas em imensas extensões de terra e que também dependiam diretamente dos donos do poder, não cogitavam em exigir direitos mas ansiavam por dádivas e favores. A elite, única considerada capaz de dirigir a nação e de estabelecer a ordem, forjava leis que defendiam, antes de mais nada, os seus próprios interesses.

O trabalho, sutilmente, era considerado desprezível, sobretudo o trabalho manual. O preconceito vinha disfarçado e diluído em sentimentos de generosidade, calcados numa idéia de superioridade. O Brasil foi o último país do mundo a abolir a escravidão; e ela deixou marcas profundas na cultura do país. Nesta sociedade hierarquizada, dissimulada por uma ideologia de conciliação, “Direito” era sinônimo de privilégios que não alcançavam a maioria.

Com a República, a situação mudou apenas na teoria. No início do século, as greves eram tidas como “um acinte” e as questões sociais, uma “questão de polícia”.

Ocorreram progressos mas ainda perdura no povo, a idéia de que tudo se deve esperar do governo particularmente favores e na relação Estado/sociedade, ainda permeiam os critérios do paternalismo e clientelismo.

Quando no Brasil dos anos 60 a população começou a exigir direitos, os militares impuseram “ordem” e, inspirados na Doutrina da Segurança Nacional, instalaram uma ditadura que durou 22 anos.

Com lutas, sacrifício e dor, a sociedade conquistou as eleições diretas e o sufrágio universal. Mas os direitos sociais ainda não estão em vigor.

A história vivida pelo povo brasileiro é basicamente a mesma de todos os povos da América Latina.

Alguns países, mais do que o Brasil, foram submetidos a episódios ainda mais graves: genocídio de índios, revoluções sangrentas e ditaduras cruéis (100 mil mortos e desaparecidos na Guatemala e América Central, nos últimos 15 anos; 30 mil no Chile, Argentina e Uruguai, durante as suas ditaduras militares) como atestam os relatórios da instituição American Watch.

Paralelamente, cresce a pobreza no continente americano. Ela atinge hoje, quase a metade da população latina, o que representa cerca de 460 milhões de pessoas. Desde as reformas que frearam as hiper inflações na Argentina, México e Brasil, o número de pobres aumentou em 60 milhões.

O desemprego, fruto do neo-liberalismo globalizante, aumentou. Os direitos sociais como o da habitação, saúde e educação, continuam precários.

A violência disseminada leva ao preconceito difuso de que o inimigo agora é o pobre, perigoso porque incomoda com sua presença feia e degradante, que a qualquer momento pode revoltar-se e tornar-se violento. O pobre tende a se transformar num ente perigoso, temido; a sua identidade está cada vez mais relacionada com o bandido, o marginal. “Os excluídos, na terminologia dos anos 90, não são residuais nem temporários, mas contingentes populacionais crescentes que, não encontrando espaço no mercado, vagueiam pela cidade, sem emprego e sem teto”, como afirma Elimar Pinheiro Nascimento.

A pobreza, resultado do apartheid social num país onde convivem um primeiro e um quarto mundo é fruto, no Brasil, da segunda maior concentração de renda do mundo. Mas esta acentuada concentração de rendas está disseminada por todo o continente.

Documento do CEPAL constata que os 10% dos mais ricos latino-americanos ganham significativamente mais do que os 10% mais pobres: 70% mais, no Brasil; 50% no México; 42% na Colômbia e 26%, na Argentina. Segundo este documento, duzentos milhões de pessoas ainda vivem em estado de pobreza na América-Latina, apesar de o percentual ter caído de 44% para 39% entre 1990 e 1994. O consultor do BID, Bernardo Klisberg, prevê que, na virada do milênio, 6 de cada 10 latino-americanos viverão na pobreza, e afirma que esta pobreza mata, na América-Latina, 1 milhão e 500 mil pessoas entre as quais 900 mil crianças. O relatório de 1997, da American Watch por exemplo, denuncia frequentes e graves violações de Direitos Humanos na Colômbia, onde grupos militares, para-militares, guerrilheiros e traficantes degladiam-se dizimando a população civil. Na Colômbia, a percentagem de pobres subiu para 49% da população; este índice passou de 15 para 17 milhões, em 2 anos. A história daquele país é um rosário de violências de todos os tipos: desde a proclamação da República, houve 40 revoluções; a guerra interna, entre 1948 e 1953, matou 300 mil pessoas; as guerrilhas, surgidas no começo dos anos 60, persistem atuantes até hoje. No México, aconteceram e acontecem perseguições nas áreas rurais, desaparecimentos e assassinatos. Os zapatistas continuam a mostrar ao mundo o verdadeiro país; entre 1994 e 1996, a cifra dos desaparecidos passou de 1300. Nem o México, nem o Peru, nem o Chile, três países que se manifestaram oficialmente como discípulos triunfantes do ajuste neo-liberal, superaram a miséria, a violência e a indignação popular. A Guatemala que assinou há poucos meses, um tratado de paz, depois de anos de guerras fratricidas, poderá esquecer as dezenas de milhares de torturados, desaparecidos, assassinados, os 70% da população indígena eliminados? No Peru e na Venezuela, a tortura é empregada oficial e abertamente contra terroristas e criminosos comuns. A pobreza endêmica, a marginalização, o desemprego, o porte ilegal de armas, o tráfico de drogas, são problemas preocupantes para todos os países da América-Latina. Nas prisões de todo o continente, milhares de presos vivem em condições degradantes, muitos sem julgamento. No Brasil, os massacres de Corumbiara, Carandiru, Candelária, Eldorado, Diadema, Cidade de Deus e muitos outros, que nos envergonham, ainda permanecem impunes. A leitura do relatório da American Watch que analisa a vigência dos Direitos Humanos na América Latina, evidencia que há muito por fazer. Seqüestros, assassinatos, torturas, execuções sumárias, corrupção, tráfico de drogas, prisões desumanas: esta sucessão de dramas aberrantes, agravados pela impunidade que os dilui, acabam no esquecimento. Todos estes problemas não aconteceram num passado longínquo, mas são fatos do presente, estão acontecendo nos dias atuais. Basta lembrar o assassinato do Bispo Juan Gerardi, baleado em El Salvador, em 26 de abril deste ano, dois dias depois de ter divulgado um documento denunciando as execuções e prisões arbitrárias dos últimos anos em seu país. Diante de um quadro tão sombrio da situação da América Latina e do Brasil, o que podemos fazer, nós, cidadãos conscientes, preocupados com a justiça e o Bem-Comum? Evidentemente não existem fórmulas nem respostas prontas. O primeiro grande passo é a preocupação com estas questões. As soluções virão com o interesse e a participação de todos. Porém, a tomada de consciência da responsabilidade social de cada um não nasce gratuitamente na nossa sociedade egoísta, individualista e consumista. Daí a importância da educação e parti-

cularmente da Educação em Direitos Humanos. Há 26 anos, a Comissão Justiça e Paz de São Paulo luta contra injustiças, participando no Brasil de todas as lutas populares de apoio e defesa dos presos políticos, pela Anistia, contra a Doutrina de Segurança Nacional, pela Constituinte, contra a pena de morte, sempre na primeira linha de defesa pela justiça e em prol dos perseguidos. Também atuou junto a refugiados latino-americanos, fugitivos das ditaduras vizinhas, do Chile, Uruguai e Argentina, mais de mil passaram por seus escritórios.

A partir da fundação desta Comissão, muitas outras organizações, com preocupações específicas, foram surgindo. Com a volta do Estado democrático, a responsabilidade evoluiu e compreendemos que não bastam existirem eleições livres e não bastam leis justas, se elas não forem reconhecidas e respeitadas. Não é suficiente que os governos eleitos democraticamente tenham boas intenções se não existir espírito cívico e participação popular. É preciso que o povo conheça seus Direitos e deveres, é preciso Educação. Em contato com várias Organizações Não-Governamentais da América Latina, constatamos que o trabalho mais útil a ser feito era o de Educação em Direitos Humanos. Um trabalho baseado no diálogo, em que todos os envolvidos são considerados sujeitos.

Em 1995, um grupo de militantes, convencidos da importância de uma educação humanizada, fundou a Rede brasileira de educação de direitos humanos, junto com outras Organizações Não-Governamentais de todo o Brasil.

A Rede é uma entidade supra-partidária, supra-religiosa e sem fins lucrativos que tem como objetivo a educação em Direitos Humanos, para a construção de justiça, de democracia e da paz. A REDE tem compromissos permanentes com a urgência de uma sociedade mais justa, com o respeito à pluralidade e diversidade de pessoas e grupos sociais e culturais, com a vigência da cidadania para todos os brasileiros e com a tolerância e a paz. Partindo da dignidade da pessoa humana, procuramos mostrar nos cursos, os direitos de cada um, que são também direitos do próximo. A partir deste conhecimento, nasce o respeito a estes direitos e deveres. Educar, como diz o educador uruguaio Luiz Perez Aguirre, é modificar as atitudes e as condutas. É atingir os corações, os estilos de vida, as convicções. Para transformar a realidade é necessário trabalhar o cotidiano em toda a sua complexidade. Por isso, a Educação em Direitos Humanos, mais do que conteúdos, deve transmitir uma postura da pessoa no mundo. Não deve ser uma disciplina ensinada apenas em sala de aula, mas deve ser transversal a todas as matérias e a todo o conhecimento, É um estado de espírito que deve permear todas as nossas atitudes no dia-a-dia. “Educar em Direitos Humanos é uma tomada de posição, é uma maneira de ser perante o acinte, o mais devastador e humilhante que é a situação de pobreza desumana em que vivem milhões na América Latina”. (Luiz Perez Aguirre).

Todo este apanhado histórico visa demonstrar que, ao longo do século XX, os Estados se conscientizaram da importância da tutela dos direitos fundamentais do homem e, a partir de então, instituíram diversos instrumentos legais de proteção e garantia destes direitos.

A internacionalização dos direitos humanos constitui, dessa forma, um movimento em resposta às atrocidades cometidas durante o nazismo, apresentando o Estado como grande violador dos direitos dos homens. No momento em que se abole o valor da pessoa, surge a necessidade de reconstrução de paradigmas éticos que aproxime o direito da moral (Piovesan, 2006, p.116).

A necessidade de uma proteção mais eficaz dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, levando à criação de normas de proteção internacional, que tornaram possível a responsabilização do Estado quando as instituições nacionais se mostrarem falhas ou omissas, delimitando, portanto, a soberania estatal.

No Brasil, o processo de incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos é consequência do processo de democratização iniciado em 1985. Porém, o processo de incorporação de tra-

tados internacionais de direitos humanos pelo direito brasileiro tem como marco inicial a ratificação da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamento Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 1989, a partir do qual vários outros instrumentos de proteção dos desses direitos foram incorporados ao ordenamento pátrio sob a égide da Constituição Federal de 1988. A Constituição brasileira de 1988 não definiu, de forma clara, a posição hierárquica do direito internacional perante o nosso direito interno, salvo em relação aos tratados de direitos humanos., em seu artigo 5º, parágrafos 2º e 3º, estando essa incubência a cargo da jurisprudência e dos doutrinadores brasileiros.

3. Os Tratados internacionais e sua hierarquia frente os ordenamento jurídico brasileiro.

Os tratados internacionais podem ser definidos como acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes que constituem a principal fonte de obrigação do direito internacional. Contudo, os tratados internacionais não consagram, necessariamente, novas regras de direito internacional, podendo codificar as regras de direito preexistentes, consolidadas pelo costume internacional, ou mesmo modificá-las.

Neste sentido, a regra é a de que os tratados internacionais somente se aplicam aos Estados-partes, não podendo criar obrigações para os estados que não consentiram para a sua adoção. São, por excelência, expressão de consentimento, podendo criar obrigações legais apenas por meio do consenso, uma vez que, ao aceitá-los, os Estados soberanos comprometem-se a respeitá-los, de acordo com previsão do artigo 52 da Convenção de Viena.

Em se tratando dos tratados internacionais tradicionais ou comuns, O Supremo Tribunal Federal, desde 1977, firmou de modo absoluto seu posicionamento em relação ao problema de concorrência entre estes tratados e as leis internas infraconstitucionais, podendo este conflito ser resolvidos de duas maneiras. Num primeiro modo, considera-se a prevalência dos tratados sobre o direito interno infraconstitucional. A exemplo disso estão as constituições da França (artigo 55), da Grécia (artigo 28, parágrafo 2º) e do Peru (artigo 101). Essa forma de incorporação dos tratados garante plena vigência do compromisso internacional, sem embargo das leis que o contradigam, ou seja, quaisquer leis posteriores, não revogam tratados internacionais (Mazzuoli, 2000).

Outra forma de resolução de conflitos entre normas internas e tratados garante a estes últimos apenas o tratamento paritário. Isso significa que, havendo conflito entre tratados e lei interna, aplica-se o princípio *lex posteriori derogat priori*.

Desta forma, segundo a Corte brasileira, nosso sistema legal deverá enquadrar-se neste paradigma (monismo nacionalista moderado), gerando, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o sistema paritário, onde os tratados formalizados passam a ter natureza de norma ordinária, podendo, assim, revogar as disposições e podendo ser revogados por lei posterior (Mazzuoli, 2000).

De acordo com Mazzuoli (2000), o estudo das relações entre o direito internacional e o ordenamento interno se mostra de difícil compreensão, principalmente no que tange à questão do saber-se qual das normas deverá prevalecer quando houver conflito entre a norma internacional (produto normativo convencional) e a norma interna. Neste campo, duas concepções doutrinárias surgiram com o objetivo de solucionar o problema, sendo elas a concepção monista e a dualista.

Para a corrente dualista, o direito interno de cada Estado e o direito internacional, embora igualmente válidos, mostram-se como sistemas independentes e distintos, não podendo haver conflitos entre eles, uma vez que estes regulam matérias diferentes. Para os dualistas, os tratados internacionais representam apenas compromissos exteriores dos Estados, assumidos pelos seus representantes, sem que isso possa influir no ordenamento interno desse mesmo Estado, ou seja, em hipótese alguma, um tratado poderia regular uma questão interna sem a sua incorporação a este ordenamento,

através de um procedimento receptivo que o transforme em lei nacional. Assim, esses compromissos não teriam, de acordo com os dualistas, legitimidade para gerar efeitos automáticos na ordem jurídica interna, se não se materializar na forma de diploma normativo típico do direito interno.

Ainda tomando por base a concepção dualista, a diferença entre o direito internacional público e o direito interno encontra-se no fato de que as regras internas de um Estado soberano emanam de um poder ilimitado, havendo forte subordinação de seus dependentes em relação a este, o que não ocorre com o direito internacional. Portanto, estes dois ordenamentos jurídicos podem ser pareados sem que haja primazia de um sobre o outro, uma vez que as esferas de atuação de cada um deles são distintas.

Já a corrente monista parte da premissa de que, uma vez que um Estado assina e ratifica um tratado internacional, este compromete-se juridicamente a assumir um compromisso que envolve direitos e obrigações que podem ser exigidos no âmbito interno dos Estados. Essa linha de pensamento divide-se, internamente entre duas concepções.

A primeira concepção, conhecida como monismo internacionalista, e que teve em Hans Kelsen seu maior expoente, sustentam a idéia de que todas as ordens jurídicas internas deveriam se ajustar ao direito internacional. Há ainda, neste mesmo posicionamento que defende a unicidade do direito internacional, uma discordância. Alguns não admitem que uma norma de direito interno vá de encontro a um preceito internacional sob pena de nulidade dessa norma. Outros, mais moderados, negam a nulidade da norma interna e afirmam que tal preceito internacional constitui uma infração, cabendo ao Estado lesado exigir a sua derrogação ou inaplicabilidade.

A concepção conhecida como monismo nacionalista, por sua vez, defende o primado do direito interno de cada Estado, apontando a adoção dos preceitos do direito internacional como uma faculdade discricionária. Portanto, para os monistas nacionalistas, a integração do produto convencional ao ordenamento jurídico interno é aceite, desde que em grau hierárquico inferior, dando, assim, relevo especial à soberania do Estado e à descentralização da sociedade internacional.

No direito brasileiro, devido à relação de paridade normativa entre os tratados e convenções e as leis ordinárias, a normatividade dos tratados internacionais permitem que os mesmos se situem no mesmo grau de eficácia das leis internas, posição essa já sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal, apesar de opiniões contrárias, que apregoam a supremacia das convenções internacionais frente à Constituição Federal. Segundo a Suprema Corte brasileira, qualquer tratado ratificado pelo Brasil, passa a fazer parte do nosso ordenamento interno na forma de legislação ordinária, uma vez que a Carta Magna está acima de qualquer tratado ou convenção conflitante, o que demonstra a expressão máxima da soberania nacional.

Neste sentido, Mazzuoli (2000), defende o surgimento de uma nova mentalidade em relação aos direitos humanos, que se mostra mais otimista e aberta e que superou a divisão entre monistas e dualistas, e que não mais admitem a paridade entre os tratados internacionais e a legislação interna do país, mas, ao contrário, desejam que sejam iguais à Constituição do Estado.

Essa nova concepção, mais aberta e em concordância com a realidade atual do nosso Estado, que prevê, no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição federal, que prevê que os direitos e garantias previstos no texto citado, não excluem outros decorrentes de regimes e princípios por ela adotados, ou em tratados internacionais em que o estado brasileiro seja parte.

Daí podemos perceber que o artigo supra citado possui caráter eminentemente aberto, uma vez que dá margem para a inclusão de outros direitos e garantias provenientes de tratados e convenções internacionais ao rol dos direitos e garantias consagrados no texto constitucional, revelando seu

caráter não taxativo. Assim, a cláusula admite que os tratados que versarem sobre direitos humanos ingressem automaticamente no ordenamento jurídico brasileiro em grau hierárquico de norma constitucional, e não no âmbito da legislação ordinária, como defende a posição majoritária da Suprema Corte brasileira. Esses tratados teriam, portanto, efeito aditivo à Carta Magna (Mazzuoli, 2000).

Outro aspecto a ser comentado, no que diz respeito aos tratados de direitos humanos, ratificados pelo Brasil é que estes se incorporam automaticamente em nosso ordenamento com atribuições de norma constitucionais, passando a ter aplicabilidade imediata de acordo com o parágrafo 1° do artigo 5° da Carta, dispensando-se, assim, a edição de decreto de execução para que possa irradiar seus efeitos. Já na hipótese de não versarem sobre tema de direitos humanos, esse decreto se faz necessário para que este a norma internacional se materialize no plano interno.

Ressalte-se, também, que todos os direitos inseridos nos referidos tratados de direitos humanos, por se tratarem de normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, serão consideradas como cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidas nem mesmo por emenda à Constituição, conforme previsão do seu artigo 60, parágrafo 1°, inciso IV.

4. A Constituição brasileira e os direitos internacionais

A Constituição da República Federativa do Brasil (CR/88), promulgada aos 5 de outubro de 1988 pela Assembléia Nacional Constituinte, instituiu o Estado Democrático de Direito no Brasil após vinte e cinco anos de regime militar. O regime militar revogou direitos constitucionais, civis e políticos, suprimindo e censurando canais de representação de interesses e estabelecendo uma ditadura do poder Executivo sobre os outros poderes através do Ato Institucional nº5 e outros atos que o sucederam

O texto de 1988 simboliza a ruptura com o regime autoritário, dando ênfase aos direitos e garantias. Neste cenário, o valor da dignidade humana é elevado a princípio fundamental da Carta, que vem a constituir os princípios que incorporam as exigências de justiça e de valores éticos a todo o sistema jurídico brasileiro, projetando-se por todo o universo constitucional, e servindo de critério de interpretação de todas as normas nacionais Piovesan, s/d).

Formada pela união de vinte e sete estados e do Distrito Federal, apresenta como fundamentos a soberania do Estado, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, bem como os valores sociais de trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Preconiza também, em seu parágrafo único, que todo poder emana do povo, através de representantes eleitos diretamente (Brasil, 1988).

Primeira Constituição a conferir o poder do Estado ao povo, conforme preceitua o parágrafo único do artigo supra mencionado, foi denominada pelo então Deputado Federal e presidente da referida Assembléia, Ulysses Guimarães, como sendo a “Constituição cidadã”, e, objetiva a construção de uma sociedade livre justa e solidária, de modo a garantir o desenvolvimento nacional através da erradicação da pobreza e da marginalização e da redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de toda a sua população sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Brasil, 1988).

Ademais, o texto constitucional prevê a possibilidade de o Congresso Nacional votar projetos de lei elaborados por iniciativa popular, bem como dos cidadãos brasileiros questionarem a legalidade de medidas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), mediante ações diretas de inconstitucionalidade, como de outros instrumentos jurídicos.

O artigo 5o consagra os direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, cujo qual demonstra a relevância conferida pela Constituição à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Demais direitos, tais como à educação, à saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segu-

rança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, como também à assistência aos desamparados, encontram-se previstos no artigo 6o da CR/88.

Além de contemplar a democracia na consagração de direitos civis, políticos e sociais, a CR/88 promoveu a descentralização política entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si, nos termos do artigo 2o do seu texto.

No plano internacional, a Constituição de 1988 busca reger a República brasileira em seu art. 4º, nos moldes dos seguintes princípios: a independência nacional; a prevalência dos direitos humanos; a autodeterminação dos povos; a não intervenção; a igualdade entre os Estados; a defesa da paz; a solução pacífica dos conflitos; o repúdio ao terrorismo e ao racismo; a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; e a concessão de asilo político.

O artigo 5º, parágrafo 2º, estabelece a interação entre o direito brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos e a não exclusão de outros direitos deles advindos.

Piovesan (s/d) organiza esses direitos em três grupos. O dos direitos expressos na Constituição Federal; os decorrentes do regime e princípios adotados pela Carta Magna, estando esses direitos implícitos em seu texto; e o grupo dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Com esta incorporação, é atribuída a esses direitos uma hierarquia difere As Constituições anteriores à de 1988, no que tange ao tratamento jurídico às relações internacionais, limitavam-se a garantir os valores de independência e soberania do Estado brasileiro.

Neste sentido, a Carta de 1988, embora ainda reproduza a antiga preocupação no que se refere à independência e à não intervenção, inova ao realçar uma orientação internacionalista que se traduz nos princípios da prevalência dos direitos humanos (Piovesan, 2006, p.39).

Ao se propor a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, o Brasil reconhece a existência de limites à noção de soberania estatal, ficando esta submetida a regras jurídicas pautadas nesses mesmos direitos, rompendo-se assim, com a concepção tradicional de soberania (Piovesan, 2006, p.40).

5. O Tribunal Penal Internacional e o ordenamento interno brasileiro

Tendo em vista os anseios da sociedade internacional que clamava pelo fim da impunidade dos líderes de genocídios no transcorrer da história, foi criado, aos 17 de julho de 1998, o Tribunal Penal Internacional, contando, à época, com cento e vinte nações favoráveis e sete contrárias, dentre as quais: EUA, China, Israel, Iêmen, Iraque, Líbia e Qatar, e outras vinte e uma abstenções. Dessa forma, o Estatuto de Roma entrou em vigor no dia 1º de julho de 2002, quando superou as sessenta ratificações necessárias.

O Tribunal Penal Internacional (TPI) foi criado com a proposta de garantir uma justiça universal e permanente, na busca por romper, em definitivo, com os arbítrios políticos das potências mundiais.

O TPI foi o primeiro Tribunal de caráter permanente apto a julgar os crimes de guerra, os crimes de genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de agressão.

A instituição do Tribunal Penal Internacional, configurou, portanto, um grande avanço mundial no reconhecimento e proteção dos direitos humanos, sinalizando a esperança de toda uma comunidade internacional na instituição de um “estado de direito internacional”.

Desse modo, o Congresso Nacional brasileiro aprovou o texto do Estatuto de Roma por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, sendo que aos 25 de setembro do referido ano, através do Decreto no 4388, o Brasil ratificou sua adesão ao Tribunal Penal Internacional. parágrafo quarto, do artigo 5o, acrescido pela Emenda Constitucional no 45/04, assevera que: “Art. 5o [...] §4º. O

Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.” (BRASIL, 2004).

6. A Pena de Prisão Perpétua e o Art. 5º, XVIII, alínea "b", da CR/88: conflito aparente de normas?

Diversos países apresentaram propostas para a previsão da pena de morte, bem como da pena de prisão perpétua pelo Estatuto de Roma, durante a sua fase de elaboração. Justificavam que tais penas seriam as mais adequadas se consideradas as gravidades e as repercussões dos delitos constantes no ETPI. Ademais, argumentavam que não seria aceitável prever penas mais brandas que aquelas previstas nos ordenamentos jurídicos internos.

Lado outro, houve reclamações por parte de outros países sobre a previsão de tais penas uma vez que, em sendo previstas, poderiam conflitar com o sistema normativo nacional. A exemplo, o Brasil, enquanto signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Convenção Americana de Direitos Humanos, não poderia ratificar o Estatuto considerando que estes documentos legais não prevêm a pena de caráter perpétuo, tampouco a pena capital.

Ao revés, a Constituição da República do Brasil de 1988, assevera em seu artigo 5º, inciso XLVII, que Não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; ou penas cruéis.

A discussão sobre a pena de morte no Brasil é profunda e controvertida. Esse tipo de pena só é considerada constitucional nos casos em que o Brasil esteja oficialmente em guerra com outro país, tratando-se de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou por ele referendado (Art.5º, XLVII combinado com art. 84, XIX). Os crimes passíveis de serem punidos com a pena capital são a deserção, a espionagem e a traição. Neste caso, informa a tradição brasileira que seja ouvido o Presidente da República, que poderá utilizar-se da clementia pincipis para impedir a morte do condenado e transformar essa pena em outra.

Em relação ao caráter perpétuo de uma pena, este aparece quando o cumprimento de qualquer uma se alonga por toda a vida do condenado.

Após muito se debater, foi abolida a proposta da previsão da pena capital, contudo, vigorou a previsão à pena de prisão perpétua para os casos de extrema gravidade na prática do delito, associada às condições pessoais do seu autor, conforme preceitua o artigo 77 do texto estatutário que o Tribunal poderá impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5º do Estatuto, a pena de prisão por um determinado número de anos até o limite máximo de 30 anos, ou a pena de prisão perpétua se justificada pelo elevado grau de ilicitude do fato ou pelas condições do condenado.

Determinante para o consenso na previsão da prisão perpétua como uma das penas elencadas pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional foi a obrigatoriedade da revisão da pena cominada pela Corte após o cumprimento de vinte e cinco anos de prisão, bem como o cumprimento de outras condições pelo apenado.

O reexame da execução pelo tribunal, previsto no artigo 110 do estatuto, define que o estado de execução não poderá libertar o recluso antes de cumprida a totalidade da pena proferida, estando restrito a este (o Tribunal), a faculdade de decidir sobre qualquer redução de pena.

Será reexaminada a pena para determinar se haverá lugar à sua redução quando a pessoa já tiver cumprido dois terços da pena, ou 25 anos de prisão em se tratando de pena de caráter perpétuo.

Quando do reexame a que se refere o nº 3, o Tribunal poderá reduzir a pena se constatar que a pessoa tenha manifestado, desde o início e de forma contínua, a sua vontade em cooperar com o

Tribunal no inquérito e no procedimento, ou tiver, voluntariamente, facilitado a execução das decisões e despachos do Tribunal em outros casos, nomeadamente ajudando-o a localizar bens sobre os quais recaíam decisões de perda, de multa ou de reparação que poderão ser usados em benefício das vítimas; ou quando presentes outros fatores que conduzam a uma clara e significativa alteração das circunstâncias, suficiente para justificar a redução da pena, conforme previsto no Regulamento Processual.

Se quando do reexame inicial a que se refere o nº 3, o Tribunal considerar não haver motivo para redução da pena, ele reexaminará subsequente a questão da redução da pena com a periodicidade e nos termos previstos no Regulamento Processual. (Etpi, 2002; grifou-se).

Muito embora haja o reexame necessário da pena perpétua pela Corte do TPI, como acima mencionado, a sua simples previsão já é suficiente a promover discussões entre os operadores do Direito acerca da incompatibilidade com os ordenamentos internos de alguns Estados.

No entanto, com fulcro no dispositivo 1º do texto estatutário, a competência do Tribunal Penal Internacional é complementar, isto é, acessória às jurisdições penais nacionais. Portanto, a jurisdição do TPI não exclui a competência jurisdicional interna. Ressalta-se que, o princípio da complementariedade abrange não só a relação havida entre a jurisdição nacional e a internacional, como também a relação entre a lei material nacional e a internacional. Desse modo, a jurisdição da Corte do TPI não precede, nem tampouco se sobrepõe à jurisdição nacional, mas sim, a complementa.

Tome-se, a título de exemplificação, o cometimento do delito de genocídio por parte de um cidadão brasileiro. A quem competiria o seu julgamento: a Justiça brasileira ou a Corte do TPI?

Considerando que além da Constituição Federal brasileira de 1988, há lei ordinária que define o crime de genocídio (Lei nº 2.889/1956), a competência originária e que, portanto, prevaleceria para hipoteticamente julgar e condenar o autor da infração penal seria a da Justiça brasileira. Assim, é preservado e prevalece o sistema normativo nacional, somente se aplicando as normas internacionais na hipótese da omissão do Estado brasileiro em punir o responsável por umas das infrações elencadas no artigo 5º do Estatuto de Roma.

Ademais, o Ministro do STF, Celso Antônio de Mello, proferiu voto no dia 12/03/2008 sob o julgamento do Habeas Corpus no 87.585-TO e do Recurso Especial no 466.343-SP, conferindo valor constitucional aos Tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. Contudo, em havendo conflito entre o texto do Tratado (e, por analogia, a uma Declaração, Estatuto ou outro documento internacional que verse sobre direitos humanos) e o texto constitucional, aplicar-se-á a norma mais favorável ao exercício do direito ou da garantia.

Materialmente, não é o status ou posição hierárquica da norma que vale, e sim, seu conteúdo, uma vez que irá sempre preponderar a norma que amplia o exercício de direito ou garantia. Todas as normas internacionais que ampliam o exercício de um direito ou garantia constitucional passam a compor o chamado “bloco de constitucionalidade”, que é o somatório daquilo que se adiciona à Constituição por seus valores e princípios. Por outro lado, se o tratado restringe ou elimina um direito ou garantia constitucional (no voto do Min. Celso de Mello), fica proclamada a primazia da Constituição Federal (GOMES, 2008).

Por todo o exposto, conclui-se após análise do exemplo da culminação de pena ao brasileiro autor de genocídio, que este não seria condenado à pena de prisão perpétua, tendo em vista o disposto no art. 5º, XLVII, alínea “b”, da Constituição Federal.

Ademais, Costa (2002) ao afirmar a supremacia na aplicação da legislação brasileira à internacional no caso em que figure como réu um brasileiro, afirma que a garantia constitucional da não co-

minação de pena de caráter perpétuo não pode ser matizada, sendo inaceitável que um nacional, entregue pelo Brasil ao TPI, seja obrigado a cumpri-la. Isso porque a jurisprudência construída pelo Tribunal deve direcionar sua hermenêutica para o direito interno do Estado do réu, a fim de se evitar incompatibilidades de ordem constitucional, sob pena de inviabilizar a instituição do Tribunal Penal Internacional. No caso brasileiro, tal incompatibilidade não é sanável sequer por meio de emendas (COSTA, 2002, p.71-72).

Portanto, o Tribunal Penal Internacional não objetivou suprimir a soberania dos Estados signatários de seu Estatuto; ao revés, a sua finalidade, ao elaborar mecanismos legais de fiscalização e controle permanente, era assumir a competência em julgar os responsáveis pela prática dos delitos arrolados no texto estatutário, uma vez que seus Estados poderiam faltar com o interesse em investigá-los, e, eventualmente, puni-los.

Desse modo, não há que se questionar se há conflito entre o ordenamento jurídico brasileiro, ora tomado como exemplo, e o Estatuto de Roma, porquanto se verifica apenas um aparente conflito de normas. Além do mais, prevê o artigo 80 do seu texto que nada prejudicará a aplicação da legislação nacional do Estado, que não preveja as penas referidas no capítulo em que trata das penas aplicáveis.

Dessa forma, as penas arroladas para a punição dos crimes descritos no artigo 5º, principalmente, a pena de prisão perpétua, teriam a sua aplicação condicionada à observância das regras do Direito interno.

A delegação ao Tribunal de parcela de sua soberania, atinente à atividade jurisdicional, só poderá se dar dentro dos limites que o Estado possui. Se o Estado não possui poderes para cominar pena de prisão perpétua, não poderá o Tribunal aplicar pena àqueles destinatários da jurisdição do Estado que nem mesmo este poderia (Costa, 2002, p.71-72).

Nota-se que foi instituída pelo Estatuto de Roma uma jurisdição internacional, de natureza penal/processual concorrente com a jurisdição nacional, que somente poderá ser exercida em caráter excepcional, isto é, quando a jurisdição nacional naturalmente não se operar.

Ao analisar os impactos jurídicos dos tratados internacionais de direitos humanos Piovesan (2006, p.91) aponta, levando-se em consideração a hierarquia constitucional, três possibilidades.

A primeira possibilidade é a do direito enunciado pelo tratado internacional coincidir com o direito constitucionalmente assegurado. Neste caso, os tratados reforçam os valores jurídicos desses direitos, acarretando, em caso de sua violação, em responsabilização tanto no âmbito nacional quanto no internacional. A segunda hipótese pode ocorrer quando um tratado internacional inovar o universo dos direitos constitucionais, ocasionando um alargamento e uma ampliação e, conseqüentemente a complementação e a integração constitucional de direitos. Por fim, a terceira hipótese é o conflito entre o tratado e preceito constitucional. Neste caso, prevalece a norma mais favorável à vítima (Piovesan, 2006 p.98).

De acordo com a autora, em todas as hipóteses elencadas, os tratados internacionais de direitos humanos inovam o universo dos direitos nacionais, afirmando sua imperatividade jurídica, adicionando direitos, ou suspendendo preceitos desfavoráveis à proteção destes, aprimorando e fortalecendo o seu grau de proteção (Piovesan, 2006, p.104).

7. Conclusão

As inovações constitucionais aliadas à necessidade de reorganização da agenda internacional do estado brasileiro, de modo a se adaptar às transformações internas decorrentes do processo de

democratização, está em consonância com o objetivo de composição de uma imagem positiva do Brasil no plano internacional, como garantidor dos direitos humanos, simbolizando o seu aceite para com as ideias de globalização dos direitos humanos e de legitimidade das preocupações da comunidade internacional.

A Constituição brasileira de 1988, enquanto marco jurídico da institucionalização dos direitos humanos e da transição da democracia, consagra o princípio do respeito a esses direitos, invocando a abertura da ordem jurídica brasileira ao sistema internacional, e exigindo uma nova interpretação de princípios como cidadania nacional e a não intervenção, flexibilizando e relativizando esses valores (Piovesan, 2000)

Outro aspecto que introduzido pela adoção dos direitos humanos pela Carta Magna de 1988, é o seu rompimento com as constituições anteriores e o estabelecimento de um regime jurídico diferenciado no que diz respeito ao tratamento dispensado aos tratados internacionais, uma vez que estes são incorporados automaticamente pelo ordenamento pátrio com status de norma constitucionais, diferentemente dos tratados tradicionais, que detêm status de norma infra-constitucional. Esse sistema visa manter uma relação de equilíbrio e reciprocidade entre os estados pactuantes e priorizam a proteção da pessoa humana contra este próprio Estado (Piovesan, 2000).

Em relação ao impacto jurídico do Direito Internacional dos Direitos humanos no Direito brasileiro vêm permitir a tutela, a supervisão e o monitoramento dos direitos por organismos internacionais.

8. Referências Bibliográficas

- Brasil. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2007.
- Comparato, Fábio Konder. Afirmção histórica dos direitos humanos. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.
- Costa, Érica Adriana. O Tribunal Penal Internacional em face da constituição brasileira. 2002. 179f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.
- Gomes, Luiz Flávio et al. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- Mazzuoli, Valério de Oliveira. A influência dos Tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional. Rev. Proc. Est. São Paulo. Jun/2000.
- Piovesan, Flávia. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ. Brasília, Ano 8, vol. 15, Jan/Jun. 2000.
- Piovesan, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os Tratados internacionais de Direitos Humanos. Revista Jurídica da Faculdade de Direito. Vol. 2, nº 1, Ano II. s/d
- Piovesan, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- Sorondo, Fernando. Os direitos através da história.
<http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/mundo/sorondo/index.html>

A tutela da dignidade da pessoa humana frente os princípios jurídicos

por Eliani MIRANDA³²

Sumario: 1. Os princípios no campo jurídico 2. Princípios Gerais do Direito 3. Princípios Fundamentais do Direito 4. Funções Principiológicas 5. Eficácia dos Princípios 5.1. Disposições gerais 5.2. Eficácia social dos princípios fundamentais 5.3. Dignidade da pessoa humana 5.4. Princípio da Isonomia 6. Direitos fundamentais 6. 1. Disposições Gerais 6.2. Correlação entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos 6.3. Características e Dimensões dos Direitos Fundamentais 6.4. Direito à Vida 6.5. Direito à Saúde 6.6. Direito à Liberdade Individual 7. Direitos da personalidade 7.1. Disposições Gerais acerca dos Direitos da Personalidade 7.2. Características dos Direitos da Personalidade 7.3. Classificação dos Direitos da Personalidade 8. Bibliografía

Resumo: O presente artigo trata da tutela da dignidade da pessoa humana frente os avanços da ciência médica e da tecnologia, os quais por vezes afrontam os princípios jurídicos que tem como primazia proteger e resguardar o ser humano de quaisquer ameaças à sua integridade física e psicológica. Os princípios jurídicos, enquanto diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e que, após inferidas, a ele se reportam, informando-o, devem ser prudentemente invocados e aplicados, de forma a compatibilizar os avanços tecnológicos que trazem benefícios para a Medicina, de modo que esses avanços não sirvam como meios para que os direitos da personalidade do ser humano sejam agredidos, mas que antes, surtam respeito à sua liberdade e dignidade.

Palavras-chave: tutela da dignidade da pessoa humana - avanços da ciência médica e da tecnologia - princípios jurídicos

Abstract: This article deals with the protection of human dignity from the advances in medical science and technology, which sometimes confront the legal principles whose primacy protect and safeguard the human being of any threats to their physical and psychological integrity. Legal principles, as central guidelines that infers a legal system and that after inferred, it is reported, stating it should be wisely invoked and applied in order to reconcile the technological advances that bring benefits to medicine, so that these advances do not serve as a means for the rights of the human personality are beaten, but before surtam respect for their freedom and dignity.

Keywords: protection of human dignity - medical science and technology - legal principles

1. Os princípios no campo jurídico

A expressão “Dignidade da Pessoa Humana” vem sendo invocada pelo mundo das artes, das ciências, da religião, e em especial pelo mundo jurídico, onde é consagrada como um dos mais relevantes princípios. Faz-se necessário, assim, entender a correta acepção da palavra “Princípio”.

O vocábulo “Princípio” nos remete a uma concepção de precedência ou alicerce, de sorte que os princípios correspondem à primeira etapa na concretização de valores, sendo elementos abstratos, dotados de alto teor de generalidade, que dão coesão a uma ciência, em razão de seu conteúdo deontológico, em especial.

³² Eliani Miranda, pos-graduada pela Universidade de Coimbra e doutora pela UMSA. É empresária, bacharel em Direito e Teologia.

Os Princípios podem ser compreendidos como espécies de paradigmas, já que devem ser observados e seguidos, por serem pressupostos para o alcance de todas as dimensões da moralidade, possibilitando o alcance das metas primordiais das Ciências Jurídicas.

Nesse prisma, princípio é, por definição, “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro ali-cerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.” (BANDEIRA, 2003, p. 817-818).

O ramo científico jurídico consiste em um agrupamento de regras, institutos e *princípios*³³, que possui o encargo de direcionar a conduta humana, estabelecendo não só os deveres, mas também os direitos, devendo ambos ser respeitados por todos, inclusive pelo Estado, de forma que a convivência harmônica da sociedade seja preservada.

Os princípios não se sobrepõem ao direito, nem inversamente ocorre essa sobreposição. O que há, na verdade, é a sua incorporação pelo complexo ordenamental. Nesse sentido, “podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas.” (DWORKIN, 2007, p. 46-47).

Os princípios, em seu sentido primeiro, correspondem à noção de proposições ideais, que são formadas na consciência das pessoas e dos grupos sociais, em meio a certa realidade, e que se direcionam, posteriormente, à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade. Para a ciência do Direito, princípios são proposições gerais, que servem como norte para a compreensão e aplicação do fenômeno jurídico, podendo, assim, ser conceituados como “*diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico* e que, após inferidas, a ele se reportam, *informando-o.*” (DELGADO, 2001, p. 740 e 751. Grifo do autor).

Ao princípio de direito pode ser atribuído o conceito de “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção” (ÁVILA, 2006, p. 78-79).

Tais preceitos mostram-se presentes em momento anterior às normas jurídicas, tratando-se, pois, de verdades objetivas, que passam a integrar o mundo do “dever-ser” quando são abrangidos pelas normas jurídicas. De outra forma, também se fazem presentes em momento posterior à positivação, quando são extraídos das normas preexistentes.

2. Princípios Gerais do Direito

Os princípios gerais “formam temas de uma teoria geral do Direito Constitucional, por envolver conceitos gerais, relações, objetos que podem ter seu estudo destacado da dogmática jurídico-constitucional.” (SILVA, 2006, p. 95). Apesar de todos os princípios serem gerais, a expressão “princípios *gerais* do direito” não consiste em redundância, mas, tão somente, em ênfase a essa qualidade.

Em sentido contrário - e predominante -, Bobbio (2004, p. 159-160) e Bastos (1994, p. 160) abarcam, na classificação de princípios gerais das Ciências Jurídicas, os princípios implícitos, ao defender que há os princípios gerais expressos e os não-expressos: os primeiros são os que podem ser en-

³³ Os princípios “mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas” (DE PLÁCIDO E SILVA, 2006, p. 1095. Grifo do autor).

contrados em Constituições e códigos, ao passo que os segundos são aqueles abstraídos de normas específicas ou não muito gerais, com a finalidade de preencher lacunas das leis.

Acerca das diretrizes gerais implícitas, é mister ressaltar que: Na constituição brasileira, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido a vigência de inúmeros princípios constitucionais implícitos, como o princípio da proporcionalidade, da supremacia do interesse público, da presunção de constitucionalidade das leis [...], entre vários outros. É importante destacar [...] que inexistem hierarquia entre os princípios constitucionais explícitos e implícitos. Estes podem concorrer com aqueles em casos concretos, impondo-se, nesta hipótese, o empreendimento de uma ponderação de interesses para resolução satisfatória da controvérsia. (SARMENTO *apud* COELHO, 2001, p.2).

Nesse prisma, devido à natureza e às funções dos princípios, a sua sede fixa no texto constitucional não é indispensável, visto que há a possibilidade de serem simplesmente induzidos, os que sejam exteriores à Carta Magna. Entretanto, cumpre salientar que muito rara é a ausência de princípios, ou justificando a elaboração normativa constituinte, ou organizando o sistema constitucional (MIRANDA, 2000, p. 234).

3. Princípios Fundamentais do Direito

Os princípios fundamentais, por terem como característica sua natureza variada, são de difícil conceituação, mas podem ser entendidos como ordenações das quais originam os sistemas de normas, e para as quais os valores e bens constitucionais convergem. É mister atentarmos para o fato de esses princípios possuírem posição topográfica no Título I da Carta Magna, o que demonstra a noção de cerne de um sistema e dita os valores fundamentais e estruturais priorizados pelo constituinte, para reger todos os campos da vida social.

Consistem em “princípios que lembram origem e raiz, são regramentos de caráter genérico, dirigidos aos aplicadores das normas jurídicas para que, ao aplicá-las, extraiam seus conteúdos normativos, considerando, indiretamente, o que os princípios informam.” (NASCIMENTO *apud* MEDEIROS, 2000, p. 1).

Silva (2006, p. 94) aponta que, para os ilustres constitucionalistas lusitanos Canotilho e Moreira, o objetivo dos princípios fundamentais, em sua essência, é a definição e caracterização da coletividade política e do Estado, bem como a enumeração das principais opções político-constitucionais. Tais autores conceituam esses princípios como sendo a matriz ou a síntese das outras normas presentes na Constituição Federal.

Com base nos pressupostos acima, entende-se que a terminologia mais completa para a classe de preceitos em enfoque seria a de *princípios gerais fundamentais do Direito Constitucional*.

4. Funções Principiológicas

A importância dos princípios reside no fato de eles serem as fórmulas básicas de interpretação e, principalmente, de construção teórica do constitucionalismo, em prol de uma homogeneização coerente do nosso ordenamento, iniciada pela Carta Magna.

Como uma “ideia jurídica geral” ou uma “ideia diretiva”, os princípios são apresentados, servindo de embasamento e norte para sua concretização futura, atuando como um verdadeiro fio condutor. Tal processo acontece em sentido duplo, pois os princípios se esclarecem através de suas concretizações, enquanto estas ganham significado se, em uma atividade de “esclarecimento recíproco”, a eles se conectam (LARENZ, 1997, p. 675-676).

5. Eficácia dos Princípios

5.1. Disposições gerais

Os princípios jurídicos tem o reconhecimento de “*status* conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica. [...] Os princípios têm positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados.” (ESPÍNDOLA, 1999, p. 55). Nesse sentido: *a dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema* (BARROSO, 1998, p. 141).

Devemos asseverar que os paradigmas em questão possuem dupla eficácia: a imediata – por serem aplicáveis como regra, já que os princípios implícitos ou expressos, em um ordenamento jurídico, constituem norma; e a eficácia mediata ou programática, que se deve ao fato de os princípios constitucionais não se exaurirem após a sua aplicabilidade no caso concreto, pois há de ser considerada a sua eficácia interpretativa, que decorre da função construtiva que os integra ao ordenamento jurídico (Crisafulli *apud* Bonavides, 2002, p. 244-245).

5.2. Eficácia social dos princípios fundamentais

A eficácia da norma jurídica consiste na sua aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade, com o intuito de atingir a efetividade, pois, no dizer de Bobbio (2004, p. 29) “uma coisa é proclamar o direito, outra é desfrutá-lo efetivamente”. Sob essa ótica, pode-se afirmar que “aplicabilidade e eficácia constitucionais são faces de uma mesma moeda, porque uma norma só é aplicável à medida que for eficaz.” (BULOS, 2010, p. 463).

A eficácia do regramento jurídico divide-se em social e jurídica: a primeira consiste no dever de aplicabilidade e de obediência ao ordenamento jurídico; trata-se da potencialidade de efetivamente regular os casos concretos; é a eficácia responsável pela realização da *vontade da constituição*, sendo sinônimo de efetividade. A segunda, por sua vez, diz respeito à qualidade de produzir efeitos jurídicos, regular situações, relações e comportamentos. Tais efeitos são resultados da simples edição da norma, que resulta na revogação das previsões anteriores que com ela conflitam. (CATÃO, 2004, p. 73); (TEMER, 1988, p.23); (BULOS, 2010, p. 465).

Nesse diapasão, cumpre ratificarmos que o conceito de efetividade reside na realização do Direito, ao desempenhar concretamente a sua função social, representando a materialização dos fatos, dos preceitos legais, e simbolizando a aproximação íntima entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. (BARROSO, 1993, p.79).

A eficácia social pode ser confundida com a efetividade da disposição normativa, com a prospecção de dotar de concretude as normas abstratas previstas no nosso ordenamento. Sem a existência da mesma, as letras presentes na nossa Carta Magna se assemelhariam ao conceito de “constituição ilegítima”, de Ferdinand Lassalle, presente em sua obra *¿Que es una Constitución?*.

Partindo-se do pressuposto de que uma norma só é considerada eficaz se possui aplicabilidade, percebe-se a correlação intrínseca existente entre a aplicação da norma e a eficácia jurídica. Esta, no que se trata dos direitos fundamentais, tem força devido ao art. 5º, §1º da Constituição Federal, dispositivo que abriga o princípio da aplicabilidade imediata desses direitos. Entretanto, Silva (2006, p. 180) atenta para o fato de que a imediata aplicabilidade não é passível de acontecer nas hipóteses em que a própria Constituição vincula a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos fundamentais sociais à legislação ulterior.

Como regras axiológicas que figuram no cerne do constitucionalismo, cada um dos princípios fundamentais deve ter a sua aplicabilidade prática garantida, para que alcance a função social para a qual foi estabelecido. Será visto, ao longo deste trabalho, que a perseguição dos mencionados preceitos é de suma importância quando da realidade dos pacientes terminais, uma vez que, como há ausência de leis que os tutelem de forma eficaz, a função integrativa dos axiomas torna-se imprescindível para evitar abusos e desrespeitos com aqueles que se encontram na última fase da existência.

A despeito da problemática do direito no que concerne à tutela da vida e sua constitucionalidade, faz-se imprescindível a análise mais pormenorizada dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

5.3. Dignidade da pessoa humana

A *priori*, dignidade pode ser compreendida como a qualidade moral inerente às pessoas, que embasa o próprio respeito em que é tida; pode também designar o próprio procedimento de alguém, pelo qual ele se faz merecedor de um conceito público (DE PLÁCIDO E SILVA, 2006, p. 438). O brocardo “dignidade” nos remete não só à ideia de honra, respeitabilidade e honestidade, mas também à de respeito a si mesmo, ao amor próprio. É inerente a todos os seres humanos, e apesar de ser um valor subjetivo e abstrato, sua percepção torna-se mais evidente no momento da transgressão, por outrem, ou pelo seu próprio possuidor.

Devido ao pluralismo, à diversidade e à mutabilidade dos valores, podemos encarar a dignidade humana como sendo uma categoria axiológica aberta, que demanda uma constante atualização da prática jurídica. Ela ultrapassa o conceito de simples princípio, bem ou atributo. Além disso, sua universalidade desconhece fronteiras nacionais, pois alcança planos continentais, como se pode comprovar nas Constituições de países africanos, a exemplo das de Malawi (art. 12, IV) e de Angola (art. 2º); de países asiáticos, como a Índia (preâmbulo e arts. 39, f e 51A, e); na Lei Fundamental de países europeus, como a Bulgária (arts. 4º. 2 e 6º. 1) e Itália (arts. 3º e 41); e no Estatuto dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que tem dentre seus signatários a França³⁴ (art. 1º); e de países americanos, a exemplo do Brasil, que em sua Carta Magna, artigo 1º, III, qualifica a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado.

No tocante ao constitucionalismo brasileiro, cumpre ressaltar que a vigente Carta Magna não é a única em que houve a previsão da dignidade em seu texto. Na Constituição de 1934, em seu artigo 115, havia a previsão de que a ordem econômica deve possibilitar a todos uma existência digna; no texto de 1946, o artigo 145, parágrafo único, dispunha que a todos deveria ser assegurado um trabalho que proporcionasse a existência digna; na Carta de 1967, o artigo 157, II, tratava da valorização do trabalho como condição da dignidade, perdurando a mesma previsão, mesmo após a Emenda Constitucional de 1969, apenas passando a ser alocada no artigo 160; e no Ato Institucional nº 5, datado de 1968, afirmava-se que a Revolução de 1964 tinha seus propósitos embasados na liberdade e no respeito à dignidade humana.

Assim, a dignidade passou a ser foco principal nas declarações de Direitos Humanos, que buscavam protegê-la, exaltando sua importância e impondo respeito a ela. Eventuais erros na positivação desses direitos não são capazes de invalidar a aspiração essencial do seu conteúdo, qual seja o reconhecimento de que todo ser humano é digno, e que deve ser reconhecido como tal (DEVIS-MORALES, 1997, p. 26). A gênese da previsão desse preceito no corpo constitucional das mais diversas nações encontra-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Na-

³⁴ Apesar da tutela aos direitos individuais, ter como pioneira a França, na sua Constituição de 1958, aparentemente não existe previsão expressa sobre o preceito que resguarda a dignidade humana.

ções Unidas de 10 de dezembro de 1948, sendo complementada pelo que já havia sido disposto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, que prezava pelo respeito aos direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem.

Afora as Declarações citadas acima, merece destaque a Constituição da República Italiana, de 27 de dezembro de 1947, que, ao discorrer sobre os Princípios Fundamentais, no art. 3º, mostrou-se pioneira na positivação de tal paradigma, afirmando que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”. Entretanto, foi a Lei Fundamental de Bonn – Constituição provisória da República Federal Alemã –, datada de 23 de maio de 1949, a primeira a tratar do tema, com a designação de “dignidade do homem”, e a defender sua inatacabilidade, através do disposto no art. 1º.1: “A dignidade do homem é intangível. Os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e a protegê-la”.

A dignidade está infinitamente acima de todo preço, não havendo possibilidade de ser calculada ou confrontada com qualquer coisa que tenha um preço, sob pena de ferir-se sua ‘santidade’ (SARLET *apud* BORTOLUZZI, 2005, p. 1).

A dignidade da pessoa humana é subjacente ao princípio material denominado “antrópico”, o qual exprime a ideia de o indivíduo ser conformador de si próprio e da sua vida, de acordo com o seu próprio espírito. O mencionado preceito marca o reconhecimento do ser humano como limite e fundamento do domínio político da República, tornando esta aberta à ideia de comunidade constitucional inclusiva, favorável ao multiculturalismo mundivisional, religioso ou filosófico (CANOTILHO, 2000, p. 225).

A expressão “dignidade da pessoa humana” configura um pleonasma proposital, no sentido de enfatizar que todo homem, independente de quem seja, é dela titular. O mencionado conceito de dignidade é contrastante com o de Cícero, visto que este a compreendia em seu sentido formal, e por isso considerava dignas somente aquelas pessoas detentoras de cargos importantes na sociedade (Devis-Morales, 1997, p. 25).

O princípio em questão pode ser qualificado como: *o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais [...] É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete. Coloque-se, então, desde já, que após a soberania, aparece no texto constitucional a dignidade como fundamento da República brasileira* (NUNES, 2002, 101).

Todos os direitos derivam da dignidade da pessoa humana, já que ela é a base de toda Lei Fundamental e de toda regulação acerca dos direitos humanos. Acrescenta Hoyos Castañeda (1996, p. 103-104) que admitir esse princípio implica aceitar previamente a existência tanto de uma juridicidade quanto de uma normatividade pré-estatais, antecedentes à Constituição, a fim de garantir que todo direito positivado na lei se baseie nesse princípio (Hoyos Castañeda, 1996, p. 103-104).

A previsão constitucional é que a dignidade da pessoa humana é um atributo tanto intrínseco como indissociável de todo e qualquer ser humano. Portanto, o respeito a esse princípio, bem como a sua proteção, seja no âmbito coletivo seja no individual, deve ser, obrigatoriamente, meta permanente, não só das Ciências Jurídicas, mas do Estado e, principalmente, de toda a humanidade.

Quanto às hipóteses de transgressão do princípio norteador do nosso ordenamento jurídico, pode-se exemplificar que “tanto a qualidade de vida desumana quanto a prática de medidas como a tortura, sob todas as suas modalidades, podem impedir que o ser humano cumpra na terra a sua missão, conferindo-lhe um sentido.” (BASTOS; MARTINS, 1998, p. 425).

No tocante à aplicabilidade do princípio em enfoque “em uma perspectiva do *Biodireito*, se faz muito mais presente, visto que, em última análise, estamos tratando, sobretudo, com a *vida* e a *morte do Homem*, enquanto *pessoa*.” (DANTAS, 2007, p. 149. Grifo do autor). Nesse diapasão, cumpre ressaltar que a ofensa ao princípio primordial dentre todos os fundamentais, torna-se mais evidente e concreta nos leitos de hospitais, lugares aos quais os pacientes recorrem para que se restabeleça sua dignidade, e não para vê-la transgredida e desrespeitada.

5.4. Princípio da Isonomia

A igualdade indica semelhança entre dois ou mais parâmetros, sejam esses concretos ou abstratos. Embora abrigue o sentido de identidade, as coisas iguais distinguem-se *de per se*, mas sempre deixando transparecer a uniformidade entre elas.

As Leis Fundamentais do Brasil, ao preverem o princípio da igualdade, sempre a tomaram somente no sentido de isonomia, sendo esta prevista na vigente Carta Magna pátria, no artigo 5º, *caput*, em que se defende a igualdade de todos perante a lei, mas considerando a existência de igualdades provenientes da distinção de aptidões de cada um. Nesse sentido, as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que a correlação não seja incompatível com os interesses prestigiados na Constituição (MELLO, 1993, p. 17).

A isonomia é o segundo princípio do Estado de Direito pátrio, e foi uma das principais metas da Revolução Francesa e de outras revoluções liberais. Possuía posição topográfica no art. 6º³⁵, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, dispositivo este que decorreu do art. 1º da mesma Carta, que expressava que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. Essa abolição de privilégios consiste em “uma das principais revoluções da Revolução Francesa” (FERREIRA FILHO, 1998, p. 27). Desta forma, do princípio da igualdade decorre a uniformidade da lei, que implica a proibição de a lei admitir exceções que privilegiem uns, ou um grupo, em detrimento de outros.

O objetivo do princípio da isonomia é assegurar, às pessoas que se encontrarem nas mesmas situações, direitos e prerrogativas semelhantes, bem como obrigações decorrentes desse contexto. Tal princípio é o informador de todos os demais direitos, pois se destina, principalmente, ao legislador, no sentido de impedi-lo de criar normas arbitrárias ou com privilégios. Entretanto, também possui como destinatários o administrador público – impedindo-o de agir de maneira parcial – e os particulares.

Nesse prisma, também se pode perceber a igualdade como direito subjetivo, já que ao cidadão é atribuído o direito de não ser diferenciado por outros particulares, nas hipóteses semelhantes às em que a lei trata de maneira igualitária (BASTOS, 1994, p. 161).

No caso dos pacientes portadores de doenças terminais, para que o princípio da isonomia tenha efetividade, possuindo a força vinculante inerente aos ditames primordiais, é imprescindível que lhes seja atribuído o direito de usufruir do direito a vida.

6. Direitos fundamentais

6.1. Disposições Gerais

³⁵ “Ela [a lei] deve ser a mesma para todos, seja quando protege, seja quando pune. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos [da lei] e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”.

Com o advento do constitucionalismo, no final do século XVIII, a proteção ao indivíduo, principalmente devido à contribuição francesa com a Declaração do Homem e do Cidadão, intensificou-se de tal maneira que hoje pode ser encarada como universal.

Essas prerrogativas, que são chamadas de “direitos individuais”, são sinônimas de “direitos humanos”, “direitos coletivos”, ou “garantias fundamentais”, e podem ser vistas como bens essenciais inerentes à pessoa humana, que a Lei Fundamental assegura a todas as pessoas e à sociedade como um todo, visto que, com o passar dos séculos, os direitos individuais foram perdendo a conotação exclusivamente individualista, dando espaço a uma dimensão social (BASTOS, 1994, p. 9).

Aos direitos fundamentais foi atribuída uma relevância única pela Constituição de 1988, tendo em vista que o artigo 5º, o qual denota a intenção do constituinte em destacar tais direitos, compõe-se de setenta e sete incisos e dois parágrafos. São esses elementos que integram a identidade e continuidade da Carta Magna, estando, então, de acordo com o artigo 60, §4º, em posição inatacável por reforma constitucional que tenha a intenção de suprimi-los.

Sarlet (2001, p. 1) definiu os direitos fundamentais como sendo “a construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade”. Para Moraes (1997, p. 39), constituem um conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, visando basicamente ao respeito a sua dignidade, protegendo-a contra o arbítrio do poder estatal e estabelecendo condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Em sentido “genérico”, tanto as garantias fundamentais como os direitos fundamentais são considerados direitos, mas acrescenta-se que a distinção reside no fato “de que as garantias não resguardam bens da vida propriamente ditos, tais como a liberdade, a propriedade, a segurança, mas fornecem instrumentos jurídicos ao indivíduo, especialmente, fortes e rápidos para garantir os direitos individuais.” (BASTOS, 1994, p. 77).

Como decorrências da personalidade humana e da sua dignidade, surgiram os direitos naturais do homem, sendo estes inalienáveis e sagrados, desprovidos de restrição e com abrangência impessoal, já que não consideram atributos acidentais ou qualificações individuais. O motivo de tais direitos serem inerentes à pessoa humana reside no simples fato de esta ser dotada de razão, de modo que os direitos têm duração desde o nascimento com vida até a morte.

6.2. Correlação entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos

Os direitos fundamentais e os direitos humanos possuem o mesmo conteúdo, têm a mesma finalidade protetiva, convergindo as proteções no princípio da dignidade da pessoa humana. Apesar de serem tomados por alguns doutrinadores como sinônimos, na verdade eles se distinguem, por serem os direitos humanos frutos da evolução histórica dos direitos fundamentais.

Para Bonavides (1996, p.64), a única diferença existente entre tais direitos é de ordem terminológica, pelo fato de a expressão “direitos humanos” ser mais comum entre os latinos e os anglosaxões, ao passo que a expressão “direitos fundamentais” é preferida pelos germânicos. Apesar de a gênese dos termos ser importante para a contextualização do significado implícito à terminologia, tão necessária para o alcance do entendimento pleno, *data venia* importa salientar que essa diferença terminológica faz-se mínima frente à divergência e à abrangência dos direitos em questão.

Os direitos humanos são aqueles ligados à liberdade e igualdade positivados no plano internacional, independentemente de ordenamento jurídico-positivo interno. Já os direitos fundamentais, *a priori* podem ser entendidos como direitos humanos positivados no plano interno, sendo detentores de maior materialidade.

A consagração do reconhecimento dos direitos fundamentais para além da barreira dos Estados deu-se pelo surgimento dos direitos humanos, passando aqueles direitos a ser protegidos por organismos supranacionais, proteção esta advinda “do reconhecimento da subjetividade jurídica do indivíduo pelo Direito Internacional.” (CATÃO, 2004, p.64).

Como um dos princípios fundamentais ao regimento das relações internacionais, das quais o Brasil faz parte, está assegurado, no artigo 4º, II da atual Constituição da República Federativa do Brasil, o princípio da prevalência dos direitos humanos, devendo, inclusive, os princípios que garantem tal preponderância ser intransigentemente respeitados no Estado Democrático de Direito.

Além do dispositivo supracitado, a Carta Magna aborda expressamente a questão dos direitos humanos, no artigo 5º, §3, ao conceder, aos tratados e convenções internacionais sobre esses direitos, equivalência de emenda constitucional; no artigo 109, V-A, ao conferir aos juízes federais competência para processar as causas concernentes a direitos humanos, quando houver grave violação de tais direitos; no §5 deste mesmo artigo, ao atribuir ao Procurador-Geral da República a competência de suscitar perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, quando da ocorrência de grave violação desses direitos; e no artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao prever um tribunal internacional dos direitos humanos.

6.3. Características e Dimensões dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são inalienáveis, ou seja, por não serem dotados de caráter patrimonial, faz-se impossível a sua negociação ou transferência; são também imprescritíveis, pois sua possibilidade de exigência nunca é cessada; são históricos, contrastando com os direitos naturais, já que nascem, modificam-se e extinguem-se com a ação do tempo; e podem ser caracterizados, também, como sendo, em regra, irrenunciáveis (SILVA, 2006, p. 181). Apesar de a irrenunciabilidade ser uma das características dessa classe de direitos, a renúncia a certos direitos vem sendo admitida pelo Supremo Tribunal Federal, de acordo com sua jurisprudência, mas somente em hipóteses excepcionais.

A respeito dessas características, cumpre frisar que: *Falar de direitos naturais ou fundamentais, inalienáveis ou invioláveis, é usar fórmulas de uma linguagem persuasiva, que podem ter uma função prática num documento político, a de dar maior força à exigência, mas não têm nenhum valor teórico, sendo, portanto, completamente irrelevantes numa discussão de teoria do direito* (BOBBIO, 2004, p. 26).

Além das características descritas acima, os direitos em questão são dotados de universalidade, como consequência da vinculação deles ao valor ‘liberdade’ e à dignidade da pessoa humana; são relativos, pois a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais devem considerar os limites fáticos, bem como os limites jurídicos existentes – salientando-se que estes últimos são impostos por outros direitos da mesma espécie; e possuem também como característica a proibição de retrocesso, ou seja, a conquista de tais direitos não pode retroceder (NOVELINO, 2007, p. 155).

Pelo fato de os direitos fundamentais não terem eclodido simultaneamente, para fins doutrinários, foram divididos em gerações. No entanto, tal terminologia pode levar a uma interpretação errônea, a de que os direitos de uma geração não coexistem com os de outra, quando na verdade há a coexistência. Devido a essa tendência interpretativa que induz ao erro, a doutrina moderna vem preferindo a terminologia “dimensões dos direitos fundamentais”.

No século XII, a Carta Magna, no papel de declaração de direitos, inicia o constitucionalismo, com a intenção de equilibrar a relação entre o homem e o monarca. Nesse sentido, pode-se afirmar que “é na Magna Carta que se encontra o germe do princípio básico de que há direitos indi-

viduais fundamentais, que o Estado, por mais soberano que seja, não pode infringir.” (Schwartz *apud* Lora Alarcón, 2004, p. 69).

Seguindo esse raciocínio, tendo como marco as revoluções burguesas e impondo aos Estados prestações negativas, eclodiu a primeira geração dos direitos fundamentais, que também se denominam “direitos individuais”, por terem como foco o homem ligado a si mesmo. Os direitos dessa geração são atrelados ao jusnaturalismo, visto que são tidos como inerentes ao ser humano, mas que lhe eram negados pelo absolutismo, comprometendo, assim, sua efetividade (LORA ALARCÓN, 2004, p. 75).

Os direitos inseridos na dimensão primeira “procuram proteger o espaço individualizado do homem em relação ao Estado; ligam-se, portanto, à liberdade física, de consciência, de manifestação, de culto e à privacidade, à intimidade, à vida, à segurança.” (CURY, 2005, p.12).

No cenário pós Primeira Guerra Mundial, nos primórdios do século XX, marcado pela mudança de Estado Liberal para Estado Social de Direito, surgiram os direitos fundamentais sociais, ou de segunda geração, os quais abarcaram os direitos que representam a exigência do indivíduo no sentido de ter sua dignidade respeitada pelo Estado. Essa classe de direitos tem como foco o homem ligado à sociedade, possuindo em seu rol o direito à saúde.

Fazendo-se uma análise comparativa entre os Direitos da primeira e da segunda geração, cumpre afirmar que “enquanto os direitos de liberdade procuram libertar o homem da atuação do Estado, os direitos sociais procuram libertar o homem do jugo do próprio homem.” (TAVARES, 2003, *apud* CURY, 2005, p. 13).

Após a Segunda Guerra Mundial, surgiu a terceira geração dos direitos fundamentais, também chamados de transindividuais, fruto, principalmente, da eclosão das Organizações Internacionais, dotadas de autonomia, as quais advieram do desenvolvimento da comunidade internacional. Tal classe de direitos reafirmou “o caráter universal do indivíduo perante regimes políticos e ideologias que possam colocá-lo em risco, bem como perante toda uma gama de progressos tecnológicos que pautam hoje a qualidade de vida das pessoas.” (LORA ALARCÓN, 2004, p. 81). O foco constitucional desses direitos é o homem que se limita cada vez mais, devido às desigualdades profundas provenientes do desenvolvimento das sociedades de massas. Os direitos de terceira geração “constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata.” (BOBBIO, 2004, p.25).

Tomando a classificação de Bonavides (2002, p. 514-526), os direitos fundamentais de primeira geração são os que se ligam ao valor ‘liberdade’, sendo conhecidos como “direitos civis e políticos”, são detentores de caráter negativo e possuem como titular o próprio indivíduo. Os direitos de segunda geração se conectam ao valor ‘igualdade’, são sociais, econômicos e culturais, e possuem como titular a coletividade. Os direitos de terceira geração têm relação com o valor ‘fraternidade’ ou ‘solidariedade’; são difusos – direitos de um grupo indeterminável de pessoas, destacando-se o direito à paz, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos – e se destinam à proteção do gênero humano. Finalmente, os direitos fundamentais de quarta geração foram os que se introduziram no mundo jurídico por meio da globalização política; são os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

Os três princípios correspondentes à primeira, à segunda e à terceira geração derivaram, respectivamente, do lema da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade – obedecendo inclusive à sequência histórica de sua institucionalização, que ocorreu gradativamente.

Ratificando o exposto, a jurisprudência do STF prevê que: *Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais —*

realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, nota de uma essencial inexauribilidade. (BRASIL, 1995, 77).

Nas últimas décadas do século XX, a humanidade presenciou uma fase de internacionalização, que se estende até o presente tempo, gerando os fenômenos da Mundialização, Globalização e Universalização, os quais impulsionaram o surgimento de um espaço mundial dominado pelas transnacionais.

Atualmente há uma maior consciência acerca de que o sistema global possui como subsistema o sistema político, e de que o controle deste último não implica conseguir controlar o primeiro (BOB-BIO, 2004, p. 158). A Globalização é um processo econômico que estende o princípio liberal de uma economia de mercado ao planeta como um todo, tendendo a reunir a totalidade das populações, das culturas, das sociedades (TASSIN, 2001, 111). Nesse prisma, “a globalização é ao mesmo tempo um produto da crise de valorização do capital e uma vitória política do imperialismo.” (DEL ROIO, 1999, 22).

O conceito de Mundialização surgiu derivado do de Globalização, na tentativa de explorar a diversidade e a singularidade dos diferentes processos desta última, existentes em todas as áreas de atividade, considerando não apenas o aspecto econômico. Pode-se, portanto, definir a mundialização como o conjunto de processos culturais, de informação, sociais, econômicos e políticos globalizados, de modo que há, indubitavelmente, uma relação entre esses conceitos, mas inexistente uma homologia.

Já a universalização é uma das tendências do Direito Internacional Público Moderno, proveniente do vetor emancipatório da evolução da modernidade, tendo em vista a autonomia de todos os seres humanos, independentemente de sexo, etnia, cultura ou nação. É a união dos povos, e dela somos sujeitos, enquanto podemos ser considerados objetos da globalização. Portanto, o ideal seria acontecer a mundialização apoiada no princípio do universalismo, em detrimento da mundialização pelo globalismo (ROUANET, 2000, 121).

Nesse contexto internacionalizado, em que os avanços biotecnológicos se encontram no rol do desenvolvimento das forças produtivas, em decorrência da necessidade de atrelar aos estudos doutrinários as mudanças ocorridas no mundo, para não comprometer a eficácia desses estudos, surge, então, a quarta geração de direitos fundamentais, fruto da revolução tecnocientífica – a genética –, marco da globalização neoliberal.

6.4. Direito à Vida

A vida é o maior bem do ser humano, seja na esfera natural, seja na esfera jurídica, por ser o bem pressuposto para que este usufrua de todos os outros bens corpóreos e incorpóreos. Remetemos a um conceito de existência, de início e perduração até o seu momento último, a morte. Assim, a vida humana é atributo de todo homem, sendo um fluxo incessante de projeção coletiva, que se transmite ao longo das gerações, constituindo, por conseguinte, o elemento primordial e estruturante da personalidade.

O termo “vida”³⁶ é originário do latim *vita*, que consiste na “força interna e substancial, que anima, ou dá ação própria aos seres organizados.” (DE PLÁCIDO E SILVA, 2001, p. 1484). Para Kant (apud SANTOS, 2000, p. 13), a vida pode ser entendida como a capacidade de atuar de acordo com a faculdade de desejar. Hegel (apud SANTOS, 2000, p. 13) define “vida” como princípio que é iniciado e tem movimento por si mesmo. Já para Silva (2006, p. 195), a vida é algo dinâmico, em permanente transformação, mas que, apesar disso, não perde sua identidade.

Do ponto de vista jurídico, a vida humana pode ser considerada “um ponto central e equidistante em relação aos demais direitos. É a coluna cervical do arcabouço jurídico, de onde emanam todos os demais direitos.” (ALFRADIQUE, 2005, 98).

O direito à vida consiste no direito à não interrupção do processo vital, a não ser que a interrupção aconteça por morte espontânea e sem possibilidade de ser evitada (CHIMENTI et al., 2005, p. 56). É ao redor de tal direito que os demais bens gravitam, pois é o primeiro de todos os direitos, embora existam outros que extrapolam este, a exemplo do direito à moral e à honra.

Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil – o da dignidade da pessoa humana – tem ligação íntima com a previsão constitucional do direito à vida, pois qualquer desrespeito a este direito implica a não obediência àquele fundamento.

O direito à vida é, de acordo com a atual Carta Magna, inviolável, sendo proibida a privação à vida de maneira arbitrária e estando sujeito às sanções previstas no Código Penal Brasileiro quem quer que infrinja tal direito. Inexistem direitos que não sejam passíveis de violação, no entanto a Constituição Federal, expressamente, em seu artigo 5º, previu tal inviolabilidade por ser este um direito fundamental. A jurisprudência pátria do STF também se posiciona na defesa desse bem, como se pode observar em:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida (BRASIL, 1997, 45).

A exemplo da nossa Carta Maior, o Pacto de São José da Costa Rica, o qual entrou para o ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 678/1992, em seu artigo 4º, protege o indivíduo de qualquer privação arbitrária ao direito primeiro do homem.

Moraes (2002, p. 176) salienta que o direito humano fundamental à vida engloba, de igual modo, o direito à alimentação, à assistência médico-odontológica, à educação, à cultura, ao lazer, ao vestuário, em suma, engloba os direitos necessários para que a condição humana da vida do indivíduo seja adequada.

O direito à vida abarca três aspectos:

a) o direito às mínimas condições indispensáveis à sobrevivência – o qual origina a garantia ao salário mínimo e a irredutibilidade do mesmo, bem como os direitos à saúde, à previdência e à educação;

³⁶ No Dicionário Aurélio (FERREIRA, 1999), o vocábulo “vida” é definido sob dezoito diferentes aspectos, sendo interessantes acerca do direito à vida os seguintes: “estado ou condição dos organismos que se mantêm nessa atividade desde o nascimento até a morte; existência; [...] a vida humana; o espaço de tempo que decorre desde o nascimento até a morte; existência; [...] o que é essencial para que algo subsista; base, fundamento; [...] o que representa força, ânimo, entusiasmo; vitalidade.”

b) o direito de ser tratado dignamente pelo Estado – do qual decorre a garantia à integridade física, bem como a proibição de penas degradantes, de tortura e de atos cruéis;

c) o direito de não ser morto, ou seja, de prosseguir com a existência – do qual decorre o direito à legítima defesa, bem como a proibição do aborto, da eutanásia e da pena de morte.

No contexto da tecnociência, Casabona (apud AMARAL, 1999, p. 7) dispõe que o direito subjetivo que tem a vida humana como bem tutelado pressupõe três titulares do dever jurídico de respeitá-lo: o próprio indivíduo – detentor do direito-dever de legítima defesa e que, de acordo com uma concepção mais clássica, teria o dever de não suicidar-se, tendo em vista o interesse social na preservação da vida humana; os terceiros – por serem proibidos de matar, contribuir ou ajudar na morte voluntária de alguém e, no que concerne às pesquisas em seres humanos, devem respeito aos princípios gerais da bioética; e o Estado – detentor do dever de respeitar e proteger a vida dos cidadãos, utilizando, para tal, todos os meios jurídicos necessários, punindo, inclusive, os autores de quaisquer atentados contra a vida humana.

6.5. Direito à Saúde

Em uma primeira análise, a palavra “saúde” nos remete a uma ideia de bem – consequente do bem supremo, a vida – que se faz presente quando inexistem, pelo menos em um lapso temporal, enfermidades que impossibilitem as funções normais do ser humano; mas que é fugaz, por exigir precauções constantes em prol da sua manutenção e por nem sempre serem reparáveis os eventuais danos sofridos.

Tal vocábulo deriva do latim *salute*, ou *salus*, que tem o significado de “salvação” e “conservação da vida”³⁷. Como decorrência do direito à saúde, nos casos de doença, cada indivíduo – independente de sua classe socioeconômica – deve ter um tratamento médico que seja condizente com os avanços científicos e tecnológicos do seu tempo.

Atualmente, esse direito tem respaldo em inúmeros dispositivos da nossa Carta Maior e em tantos outros das legislações infraconstitucionais, entretanto tal positivação foi fruto de uma evolução legislativa de outros países, dentre os quais teve destaque a Itália, por possuir a primeira Constituição a reconhecer o direito à saúde como sendo direito fundamental do indivíduo, e de interesse coletivo. Seguidamente, as Cartas Magnas de Portugal, da Espanha e da Guatemala passaram a conter previsões sobre tal direito, relacionando-o, assim como fez a italiana, com a seguridade social (SILVA, 2006, p. 308).

Consoante o artigo 196 da Constituição Federal de 1988, o qual tem posição topográfica no título que trata da ordem social, no capítulo referente à seguridade social, na seção dedicada ao direito à saúde, este bem é um direito inerente a todos os cidadãos, estando o Estado incumbido de garanti-lo à sociedade, usando como artifício políticas sociais e econômicas, a fim de que o risco de doença e de outros agravos seja diminuído. Saliencia-se que outro objetivo explícito em tal dispositivo é o de garantir a todos o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

De acordo com Vital e Canotilho (apud SILVA, 2006, p. 308), o direito à saúde, ao ter sua garantia incumbida ao Estado, demonstra possuir uma vertente de natureza negativa, que consiste na proibição de qualquer intervenção estatal, ou de outrem, que prejudique o bem tutelado.

³⁷ Dentre seus significados, os mais relevantes para o presente estudo são: “Estado do indivíduo cujas funções orgânicas, físicas e mentais se acham em situação normal; estado do que é sadio ou são; força, robustez, vigor; disposição do organismo; disposição moral ou mental [...]” (FERREIRA, 1999).

É evidente, também, uma vertente positiva, ao se exigirem prestações estatais no sentido de prevenção de doenças e de tratamento das mesmas.

A exigibilidade da presença do Estado na tutela do direito à saúde mostra-se evidente em inúmeros dispositivos constitucionais, seja ao discorrer acerca da competência da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, seja ao dispor a quem cabe a competência para legislar sobre a defesa da saúde, ou prestar assistência técnica ou financeira em prol do atendimento à saúde da população; seja, ainda, para considerar a saúde um motivo relevante que justifique alguma excepcional intervenção da União nos estados e municípios, ou dos estados nos municípios.

Além de se impor o dever de respeitar a vida humana – como com a vedação da pena de morte – o Estado também se impõe o dever de resguardá-la de maneira ativa, pois tal é a razão de ser da própria comunidade e do Estado; além disso, a vida é o pressuposto essencial para a fruição de qualquer direito fundamental, principalmente do direito à saúde. Seguindo este mesmo raciocínio, Alexy (apud SARLET, 2001, p. 36) aponta que:

Negar ao particular o acesso ao atendimento médico-hospitalar gratuito, ou mesmo o fornecimento de medicamentos essenciais, certamente não nos parece a solução mais adequada (ainda que invocáveis o princípio da reserva do possível e/ou da reserva parlamentar em matéria orçamentária). O mesmo raciocínio poderá ser aplicado no que se diz com outros direitos sociais prestacionais básicos, tais como educação, assistência social e condições materiais mínimas para uma existência digna.

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988, que aborda a questão da criança e do adolescente, no sentido de assegurar prioritariamente o direito à vida e à saúde destes, chama à responsabilidade de garantir esses direitos não só o Estado, mas também a família e a sociedade. No entanto, o papel estatal tem maiores proporções, pois é do Estado o dever de promover programas de assistência integral, ainda que se admita a participação de entidades não governamentais. Com efeito, o Poder Constituinte demonstrou preocupação em resguardar a saúde de cada indivíduo particularizado, tanto é que a Carta Magna, além de classificá-la no rol dos direitos sociais, também a qualifica como um dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, prevendo inclusive o estabelecimento de normas de saúde, higiene e segurança para que os riscos advindos do trabalho sejam reduzidos.

A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, discorre sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e das outras providências. Além de ter criado o Sistema Único de Saúde – SUS, essa lei atribuiu à alimentação, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente, ao trabalho, à renda, à educação, ao transporte, ao lazer e ao acesso aos bens e serviços essenciais a qualidade de fatores determinantes e condicionantes da saúde, saúde esta considerada como sendo bem-estar físico, mental e social.

Na lei que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, qual seja a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, o direito à saúde vê-se reafirmado, pois a promoção gratuita da saúde por meio de organizações da sociedade civil de interesse público fica garantida.

Ainda no âmbito infraconstitucional, merece destaque a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que sofreu modificação pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001, por ter criado a Agência Nacional de Saúde – ANS. Enfim, além das normas positivadas, a jurisprudência vem exercendo papel importante na aplicabilidade do direito à saúde. Isso pode ser comprovado nas seguintes jurisprudências do STF:

O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qual-

quer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. (BRASIL, 2000, p.i.); *“Vê-se, pois, que a assistência à saúde não é ônus da sociedade isoladamente, e sim dever do Estado. A iniciativa privada não pode ser compelida a assistir à saúde ou a complementar a previdência social sem a devida contraprestação.”* (BRASIL, 2002, p.i).

6.6. Direito à Liberdade Individual

O terceiro artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe que “todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” (grifo nosso). A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, dispunha em seus artigos I e II que a liberdade era um dos direitos que deveriam ser garantidos pelo governo, e frisava que ela se tratava de um direito natural e imprescritível. A Convenção Americana de Direitos Humanos, que deu ensejo ao Pacto de San José, em 1969, defendia, dentre outros direitos à liberdade, o da liberdade individual.

No caput do art. 5º da Carta Magna brasileira, encontra-se a disposição normativa que garante a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos principais direitos e, nesse rol, encontra-se a proteção à liberdade. Desta forma, pode-se verificar que o mencionado ideal, defendido desde a Revolução Francesa, continua atual e demandando uma atenção diferenciada por meio do legislador constitucional.

Ao longo da Constituição de 1988, é possível encontrar vários dispositivos relacionados ao ideal da liberdade: liberdade de crença (art. 5º, VI) – no inciso XVII do mesmo artigo é estendida a liberdade para a associação de fins lícitos; liberdade do ensino (art. 206, II); livre manifestação do pensamento (no nosso Corpo Constitucional, art. 220, §1); proibição da discriminação que atente contra os direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); a importância de ser livre faz com que a restrição da liberdade seja utilizada como pena, como medida de coação (art. 5º, XLVI e LIV); previsão de que a sociedade e a família devem assegurar a liberdade à criança e ao adolescente (art. 227, caput); entre outros.

A liberdade individual diz respeito à independência do indivíduo, considerado isoladamente, de fazer escolhas, de exercer seu trabalho, de inserir-se na sociedade, desde que aja de forma lícita, sem ter que submeter-se à autorização estatal ou de uma classe social dominante.

Correlacionando o princípio da igualdade, delineado no capítulo anterior, com o direito em enfoque, é importante frisar que:

A desigualdade faz com que aqueles que se encontram numa posição superior tendam a não enxergar os demais como sujeitos de direitos. A desigualdade duradoura, por outro lado, reforça, nos que se encontram numa posição menos favorável, o sentimento de que efetivamente não são sujeitos de plenos direitos, ou de que os direitos que lhes são nominalmente conferidos em nada lhes servem (VIEIRA apud MACHADO; NAHAS; PADILHA, 2010, p. 19).

Desta forma, não pode prevalecer o pensamento de que o hipossuficiente, adjetivado com base na saúde debilitada, não seja sujeito de direito à liberdade.

7. Direitos da personalidade

7.1. Disposições Gerais acerca dos Direitos da Personalidade

Na acepção da Psicologia, os conceitos de “homem” e “pessoa” se confundem. A priori, o homem é definido como ser possuidor tanto de capacidades como de potencialidades que lhe são intrínsecas, partindo-se do pressuposto de que haveria uma natureza humana característica de todos os seres da espécie.

Shaffer (apud GOMES; HOLANDA; GAUER, 2004, 85) resumiu as principais ideias da Psicologia humanista, dentre as quais figura o entendimento da condição humana como limitada pela imbricação eu-corpo/outro/mundo, sem que isso implique a destituição de liberdade e de autonomia. Já Spranger (apud GUSMÃO, 2006, p. 122-123), que observava o homem à luz da vivência de valores, conceituou o homo juridicus como aquele que vivencia os valores jurídicos, variando sua espécie de acordo com tais valores, a exemplo de justiça, segurança e legalidade.

O termo “pessoa” deriva do latim: *persona*, que denominava a máscara usada pelos atores nos teatros romanos, para fazer ressoar as palavras, de modo que elas fossem perfeitamente ouvidas pelos telespectadores. Na acepção do Direito, “pessoa” designa o ser físico ou moral ao qual a ordem jurídica atribui direitos e obrigações, o que implica a impossibilidade de tal ser excluir-se da vida jurídica. “Pessoa” é o sujeito de direitos, que no dizer de Diniz (1999, p. 97) é o “*sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial*”.

“Pessoa física” é o ser humano, considerado como entidade corpórea, visto em seus aspectos morais e sociais, tendo existência iniciada a partir do nascimento com vida. Por ser da natureza do ser humano o gregarismo, Marx tendo como base a Ciência Social, completava tal característica chamando a atenção para a capacidade de o homem individualizar-se em meio à sociedade.

Nesse sentido, o conceito de “pessoa” perde sua característica eminentemente descritiva para ser tomado sob a ótica ideológica, uma vez que ultrapassa as dimensões físicas do ser humano. Se “pessoa” for considerado como “ser ontologicamente estático e definido”, conseqüentemente seus direitos terão que ser considerados da mesma forma, componentes de um catálogo invariável. No entanto, ao tomar-se esse termo como “ser em constante mudança”, conseqüentemente seus direitos sofrem modificações e necessitam de aperfeiçoamento (ÁNGEL RUSSO, 2009, p. 101).

Sob esse enfoque, pode-se afirmar que o conceito de “pessoa” varia de acordo com as transformações sofridas pelo convívio dos homens entre si. A vida modifica-se à medida que as relações em sociedade se aprimoram e sofrem mutações, seja como decorrência das novas tecnologias, seja como decorrência dos avanços científicos, entre outros fatores.

Como resultado do fato associativo de pessoas que objetivavam fins comuns, e motivado pela necessidade de o Direito personificar os grupos, houve o surgimento da “pessoa jurídica”. A teoria da realidade técnica é a adotada no Código Civil de 2002, como pode ser comprovado no artigo 45 do diploma, o qual afirma que o registro da pessoa jurídica é condição *sine qua non* para que a mesma tenha existência legal, ou seja, para que seja personificada. Salienta-se que, ao registrar seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos, a pessoa moral deve obedecer ao artigo 20 da mesma compilação. Não ocorrendo o registro, essa entidade será denominada “sociedade despersonificada” (antiga sociedade de fato, ou irregular), contrastando com a “pessoa física”, cujo registro é meramente declaratório.

Venosa (2003, p. 149) salienta que “a personalidade não é exatamente um direito; é um conceito básico sobre o qual se apoiam os direitos”. Catão (2004, p. 101-102) frisa que “a personalidade traz consigo a ideia de individualidade, particularidade e singularidade, exteriorizando assim, as carac-

terísticas próprias de uma pessoa, tudo o que lhe é exclusivo e essencial, distinguindo-a de outra”. Para Hubmann (*apud* AMARAL, 1999, p. 7), a personalidade humana é um todo complexo, unitário, integrado e dinâmico, constituído de bens ou elementos constitutivos (a vida, o corpo e o espírito), de funções (função circulatória, inteligência), de estados (saúde, prazer, tranquilidade) e por força, potencialidade e capacidade (instintos, sentimentos, vontade, capacidade criadora e de trabalho, poder de iniciativa etc. (Grifos do autor)

O conceito de “pessoa” e o de “personalidade”, apesar de serem afins, não se confundem. “Personalidade”, na acepção jurídica, é um atributo da pessoa, é a aptidão genérica necessária para que o homem seja titular de direitos e contraia obrigações. Tais direitos e deveres, ao se localizarem concretamente em um ente, formam “a pessoa”, sendo por essa razão a personalidade um atributo jurídico, e não civil.

Reale (2004,12), considerado o principal expoente na formação do Código Civil de 2002, salienta a ausência, neste diploma, de definição do que seja “pessoa” e, visando suprir essa lacuna, assim conceitua esse termo: “É o indivíduo na sua dimensão ética, enquanto é e enquanto deve ser [...]”; é o valor-fonte de todos os valores, sendo o principal fundamento do ordenamento jurídico.”

Em Roma, a personalidade era restrita apenas àqueles que reunissem *status* – condição civil de capacidade –, pois ela era considerada um privilégio (CRETELLA JÚNIOR, 1997, p. 84). Observa-se, pois, que a correlação do vocábulo *persona* com o conceito atual de “pessoa” não é condizente, pois se rompeu a continuidade do conteúdo etimológico do vocábulo frente às mudanças sociais e valorativas. Nesse contexto, “pessoa”, como a pura representação jurídica de cada homem, deixa de figurar como um paradigma absolutamente válido, visto que a posição central assumida pelo homem no ordenamento o traz, em toda sua realidade e complexidade, para o epicentro deste, devendo a norma adaptar-se ao homem, e não este àquela (DONEDA, 2005, p. 71).

O termo “personalidade” remete-nos a uma ideia de individualidade, particularidade, singularidade, estando conectado intimamente à figura humana. Do ponto de vista jurídico, a personalidade atua como elemento caracterizador, individualizando a pessoa ou a entidade física ou jurídica, com aptidão para ser sujeito ativo ou passivo de direitos (LOUREIRO, 2009, p.40).

O Código Civil, em seu artigo 4º, refere-se à “personalidade civil do homem”, quando na verdade a denominação corretamente técnica seria a de “personalidade jurídica”, pois a terminologia expressa desprotege tal atributo contra uma inferência equivocada, abrindo a possibilidade de a expressão “personalidade civil do homem” ser interpretada como se dissesse respeito apenas a um determinado ramo da Ciência Jurídica, quando na verdade a personalidade é extraída de toda a ordem jurídica.

Acerca do momento a partir do qual a personalidade é adquirida, existem duas teorias doutrinárias divergentes: a teoria natalista sustenta que, se o nascimento com vida é o pressuposto essencial para que a personalidade seja adquirida, o nascituro não pode ser considerado pessoa. Já a teoria concepcionista, baseada no Código Civil francês, defende que a personalidade jurídica surge desde a concepção, portanto aquele que foi concebido, mas ainda não nasceu, é considerado pessoa. No Brasil, adota-se a teoria natalista, entretanto há a tendência de a concepcionista prevalecer futuramente, visto que, embora a nossa legislação não considere o nascituro pessoa, desde a sua concepção os seus direitos estão protegidos legalmente (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2005, p. 91-96).

O fato de um ente ser considerado pessoa e de ter personalidade não significa, porém, que ele tenha aptidão para o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica, ou seja, a pessoa pode não ter capacidade. Rodrigues (1998, p. 35) assevera que a mera circunstância de existir confere ao homem a possibilidade de ser titular de direitos e obrigações, denominando tal atributo de “personalida-

de”, conceito que é densamente difundido na doutrina e conduz a uma confusão entre este e o de “capacidade”.

Prefere-se, aqui, adotar o conceito de personalidade difundido por Gomes (1998, p. 72-73), que a toma como conjunto de todos os direitos e obrigações, que a ordem jurídica atribui ao ser físico ou moral; por sua vez, “capacidade” é a aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações, e exercer, por si ou por outrem, os atos jurídicos, entendidos como todo e qualquer ato humano capaz de produzir consequências jurídicas.

Destarte, a capacidade pode ser de gozo (ou de direito) e de fato (ou de exercício). A primeira é a capacidade inerente a todo ser humano e que ele tem pelo simples fato de nascer com vida, sendo delineada no art. 2º do Código Civil brasileiro. Na atualidade, a capacidade de gozo exala importância, pois o ser humano, ao qual a mesma é atribuída, fica salvaguardado de ser reduzido à condição de coisa, objeto do direito, independente de eventual impossibilidade de praticar, sozinho, os atos jurídicos necessários ao exercício de seus direitos e ao cumprimento de suas obrigações. Por outro lado, a capacidade de fato (ou de exercício) diz respeito à possibilidade de o ser humano praticar, sozinho, ou seja, pessoalmente, os atos jurídicos necessários ao exercício dos direitos e ao cumprimento das obrigações.

A partir do nascimento perfeito, isto é, dentro das condições ideais, a existência humana inicia seu ciclo, investindo ao homem a condição de “pessoa”, para que este goze dos ônus e bônus jurídicos, ao figurar, ora no polo ativo, ora no passivo, das relações jurídicas, por meio das quais se manifesta o fenômeno jurídico.

Em sede constitucional, encontram-se princípios e direitos fundamentais que objetivam a promoção e defesa da personalidade, destacando-se o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); os direitos à vida, à liberdade e à igualdade (art. 5º, *caput*), bem como os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, X).

No discurso proferido por Reale (2002a, 51) ao então Presidente Fernando Henrique Cardoso, na solenidade de sanção do projeto de lei que institui o Código Civil Brasileiro de 2002, afirmou-se o embasamento de tal ordenamento nos princípios da eticidade, socialidade e operabilidade, o que demonstrava uma nova estrutura cultural formada por novos valores sociais e marcada por avanços científicos e tecnológicos, em contraste com a realidade essencialmente patriarcal e agrária característica quando da criação do Código Civil de 1916. No dizer do jurista, a nova Lei Civil “*é toda uma nova atmosfera normativa que surge no mundo do Direito, com paradigmas de renovado humanismo existencial.*”

O novo Diploma Civil decorreu da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e merece destaque, no rol das inovações, a presença do capítulo intitulado “Dos Direitos da Personalidade”, categoria da qual o legislador se ocupou pela primeira vez. O capítulo é composto de onze artigos, com posição topográfica de destaque, já que se delinea do artigo 11 ao 21, refletindo parte de um ordenamento cujo valor máximo é a proteção da pessoa humana. No entanto, é mister destacar a ressalva feita por Bittar (1995, p. 22-23), ao alertar que “a matéria, versada de modo expresso e sintético no novo código, continua ganhando maior espectro de projeção fora da codificação do que dentro dela. Sabendo-se que os direitos da personalidade são os direitos fundamentais vistos sob a ótica do direito privado”.

Em sede infraconstitucional, ainda na esfera cível, várias leis esparsas também cuidaram de positivizar a matéria, tais como: a Lei nº 9.434/1997, atinente ao transplante de órgãos; a Lei nº 9.610/1998, que protege o direito moral do autor; a Lei nº 9.279/1996, referente aos direitos sobre a propriedade intelectual, dentre outras. No âmbito penal, são verificáveis no Código Penal brasileiro diversos dispositivos no intuito de proteger os direitos da personalidade, por meio da tipificação de

condutas que atentem contra eles, a exemplo do homicídio (art. 121); do infanticídio (art. 123); da difamação (art. 139); e da violação de correspondência (art. 151).

Para Reale (2004, 92), os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa, como atributo indispensável à sua constituição. Gangliano e Pamplona Filho (2005, p. 150) entendem esses direitos como “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções”. Para França (*apud* CATÃO, 2004, p. 103), esses direitos são “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior”. Pinto (2004, p. 71) os conceitua como “um reconhecimento da dignidade da pessoa, apesar e além das relações de poder, e devem ser respeitados, independentemente de qualquer formalismo, positividade ou tipicidade”. E para Gomes (1998, p. 153):

Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do Código Civil como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos.

Emergem na doutrina especializadas dúvidas acerca de qual seria a natureza desses direitos. Segundo Gangliano e Pamplona Filho (2005, p. 151) – apoiados em Jellinek, Von Tuhr, Thon, Unger, dentre outros – não é aceitável o reconhecimento de tais direitos como categoria do direito subjetivo, já que “não poderia haver direito do homem sobre a própria pessoa, pois isso justificaria, em *ultima ratio*, o suicídio”, ato que despreza a finalidade do Direito, sob a ótica de França (1999, p. 936)³⁸.

Entretanto, prevalece na doutrina o entendimento de que os direitos da personalidade são subjetivos, apesar de receberem um tratamento jurídico privilegiado se confrontados com os outros direitos enquadrados na mesma categoria, pois, na verdade, a polêmica acerca da natureza jurídica reside não no conceito de “direitos da personalidade”, mas, sim, no de “direitos subjetivos”, visto que esta última categoria foi moldada para a tutela do direito de propriedade, exercendo o papel de mais uma garantia do indivíduo frente ao Estado, no intuito de ter a circulação econômica preservada.

Gonçalves (2005, p. 153) afirma que o reconhecimento dos direitos da personalidade como categoria de direito subjetivo é relativamente recente, por ser reflexo da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789 e de 1948, das Nações Unidas, e da Convenção Europeia de 1950, apesar de a preocupação com os direitos humanos se fazer presente desde a Antiguidade, sendo reforçada com a eclosão do Cristianismo.

Além de classificarem os direitos da personalidade como subjetivos, há autores que acrescentam outros termos à denominação, como se pode verificar abaixo, respectivamente, nas lições de Pinto (2004, p.71), que os qualifica como direitos subjetivos especiais, e nas de Lopes (*apud* CATÃO, 2004, p. 106), que os toma como direitos subjetivos não patrimoniais: Como direitos subjetivos especiais, os direitos da personalidade [...] geram responsabilidade civil e são protegidos por todos os meios judiciais, nomeadamente pelos procedimentos cautelares, destinados a evitar ameaças de violação ou a atenuar os efeitos da ofensa. Esse princípio geral tem uma limitação óbvia: a violação ou ameaça tem de resultar de um fato considerado ilícito no juízo de censurabilidade do julgador. [...] Assim, a qualificação dos direitos da personalidade como direitos subjetivos especiais só fica completa se acrescentarmos “ofendidos por fato ou ato ilícito”.

³⁸ “O direito existe para que a pessoa, em meio à vida social, seja aquinhoadada segundo a justiça com os bens necessários à consecução dos seus fins naturais. Ora, o extermínio da vida pelo suicídio é a própria negação disso, é a coarctação da causa final pelo direito.”

E ainda: [...] *são definidos pelo seu objeto especial, consistente nos elementos constitutivos da personalidade do titular, tomada sob seus múltiplos aspectos, físico e moral, individual e social. Enquanto os demais direitos visam à defesa do gozo externo dos bens, os direitos da personalidade dirigem-se ao gozo de nós mesmos, assegurados ao indivíduo os seus valores estritamente pessoais. Representam uma espécie de faculdade de conjunto, inerente ao homem, e contendo, em potência, os diversos direitos que realiza pela sua vontade.*

Também adepto à adjectivação dos direitos da personalidade como “subjetivos”, Venosa (2003, p. 150) salienta a impossibilidade de nossa lei, e de qualquer lei comparada, apresentar um rol exaustivo destes, acrescentando, ainda, que todo direito subjetivo que apresentar as mesmas características terá a natureza dos direitos da personalidade. O autor apoia-se em Haddad Jabur, para com brevidade dirimir a extensa discussão doutrinária acerca da natureza de tais direitos:

Os direitos da personalidade são, diante de sua especial natureza, carentes de taxaço exauriente e indefectível. São todos indispensáveis ao desenrolar saudável e pleno das virtudes psicofísicas que ornamentam a pessoa (JABUR *apud* VENOSA, 2003, p. 150. Grifo nosso).

A positivação da classe de direitos em questão os torna exigíveis por todas as pessoas e demonstra a independência dos mesmos, frente aos direitos patrimoniais – dotados de conotação econômica –, bem como evidencia a supremacia da dignidade da pessoa humana, que figura como o valor máximo do ordenamento. A importância dos direitos da personalidade reside na supremacia dos seus objetos de tutela, os quais são as características de maior relevância da personalidade. Para tanto, é assegurada por força do artigo 12 do Código Civil, tanto a tutela jurisdicional inibitória ou preventiva quanto a tutela ressarcitória. São direitos dotados de natureza jurídica subjetiva, apesar de ter como conteúdo os valores e bens essenciais da pessoa humana, incluindo aspectos morais, intelectuais e físicos.

7.2. Características dos Direitos da Personalidade

O artigo 11 do Diploma Civil ocupou-se de caracterizar os direitos da personalidade como sendo intransmissíveis e irrenunciáveis, ressaltando a impossibilidade de eles sofrerem limitação voluntária. No entanto, é passível de consenso na doutrina o fato de que é meramente exemplificativo o rol de adjectivação positivado no código supracitado. Por serem os direitos da personalidade inatos à pessoa, nos aspectos moral, mental e físico, são dotados de outras mais características peculiares e particulares, que garantem o destaque e a diferenciação de tal classe, em meio aos direitos privados.

Em uma análise geral, pode-se asseverar que os direitos da personalidade contemplam as seguintes características:

a) absolutismo – devido a sua oponibilidade *erga omnes*, impõem que a coletividade os respeite;

b) generalidade ou necessariedade – são outorgados a todas as pessoas, em decorrência da existência de cada uma, sendo impossível a sua ausência;

c) indisponibilidade, intransmissibilidade ou irrenunciabilidade – intimamente relacionada ao absolutismo, esta característica impede a transmissão de qualquer direito da personalidade a quem quer que seja, não sendo possível, então, a mudança de titular, o que torna mais enfática a distinção desses direitos face aos privados. Todavia, alguns direitos da classe em questão podem ter o seu uso cedido para fins comerciais, mediante contraprestação pecuniária, fato este perceptível, por exemplo, no que concerne aos direitos autoral e de imagem;

d) impenhorabilidade – intrinsecamente relacionada à anterior; a exemplo dos autorais, alguns direitos manifestam-se patrimonialmente, no entanto é impossível a penhora dos direitos morais de autor;

e) imprescritibilidade – implica a inexistência de prazo para a exigibilidade das prerrogativas tuteladas, não as exaurindo pelo não uso por seu titular. O direito de ação pelo dano moral constitui uma exceção à característica em enfoque: por ser de natureza patrimonial, admite sucessão e prescritibilidade, apesar de ser decorrente de ofensa a um direito da personalidade;

f) vitaliciedade ou perpetuidade – por serem inatos à pessoa, são adquiridos no momento da concepção (já que há a tendência de tutela aos direitos do nascituro), permanecendo até o óbito do titular. É importante, no entanto, atentar-se para o fato de que alguns desses direitos são resguardados *post-mortem*;

g) extrapatrimonialidade ou não pecuniariedade – os direitos da personalidade ligam-se à pessoa de maneira indestacável, não possuindo, portanto, conteúdo patrimonial direto, ou seja, inadmitem avaliação pecuniária, embora a ofensa a tais direitos resulte em compensação econômica.

7.3. Classificação dos Direitos da Personalidade

O elenco não exaustivo dos direitos da personalidade, localizado em capítulo próprio no Código Civil de 2002, exerce o importante papel de estabelecer parâmetros principiológicos. Sobre a função desses direitos, Reale (2004, 86) dispõe que: cada direito da personalidade se vincula a um *valor fundamental* que se revela através do processo histórico, o qual não se desenvolve de maneira linear, mas de modo diversificado e plural, compondo as várias *civilizações*, nas quais há *valores fundantes* e valores acessórios, constituindo aqueles as que denomino *invariantes axiológicas*. Estas parecem inatas, mas assinalam os momentos temporais de maior *duração*, cujo conjunto compõe o *horizonte* de cada ciclo essencial da vida humana. (Grifos do autor).

Em um primeiro momento, a doutrina jurídica ocupou-se de classificar os direitos da personalidade de acordo com a pessoa em si, a partir dos elementos constitutivos da sua integridade corporal, física e psíquica. É em função dos critérios metodológicos escolhidos por cada doutrinador que as classificações se diferenciam, no entanto é importante frisar que existe consenso doutrinário acerca de que nenhuma delas deve tentar esgotar os direitos da personalidade, pois, como salienta Gonçalves (2005, p.157), frente ao progresso econômico-social e científico, há possibilidade de futuramente serem tipificados novos direitos da personalidade, ficando esta sujeita a novas ameaças, causadas não só pelos avanços científicos e tecnológicos, mas também pelos biomédicos. Nesse diapasão, o caso da vulnerabilidade em que se encontram pacientes terminais que “sobrevivem” graças à ação de equipamentos mantenedores da existência pode ensejar um nova tutela específica, capaz de evitar os abusos.

Seguiu esse exemplo França (*apud* BORGHETTI, 2006, p. 243), que propôs um agrupamento de acordo com tais aspectos, ressaltando, entretanto, que alguns poderiam ter pontos de contato com ambos os grupos, como é o caso do direito à imagem, que coincidiria com a natureza moral e a física. Esse autor os dividiu em:

A) direito à integridade intelectual – abrange o direito à liberdade de pensamento, o direito pessoal do autor científico e do autor artístico, e o direito pessoal do inventor;

B) direito à integridade moral – compreende o direito à liberdade civil, política e religiosa; o direito à honra, à honorificência, ao recato e ao segredo pessoal, doméstico e profissional; e o direito à imagem e à identidade pessoal, familiar e social. (CATÃO, 2004, p. 141-142);

C) direito à integridade física – formado pelo direito à vida e aos alimentos; pelos direitos sobre o corpo, vivo ou morto, próprio ou alheio; e pelos direitos sobre parte separada do corpo, vivo ou morto.

Para que haja vida humana, é imprescindível a formação do corpo, estrutura física que integra todos os sistemas funcionais necessários à manutenção da existência. O corpo, então, é uma plêiade de fenômenos fisiológicos, tendo como substrato a dinâmica funcional dos órgãos, estando estes intimamente integrados e submissos ao controle dos sistemas nervoso, endócrino e imunológico, com a finalidade principal de promover a homeostase (o equilíbrio) inerente à vida, possibilitando a existência e a perpetuação da mesma.

Gagliano e Pamplona Filho (2005, p. 172) asseguram que o corpo é a projeção física da individualidade humana. Para Catão (2004, p. 174), é a estrutura anatômica, funcional e psíquica do ser humano. Amaral (1999, p. 6) toma o corpo humano nascido e o apenas concebido, conceituando-os como uma realidade biológica que o direito reconhece e protege em si mesma³⁹.

No entanto, ao longo dos anos e em consequência do uso da nossa entidade física, esta enfraquece, perdendo assim, aos poucos, sua funcionalidade, até que se chega ao momento último da existência, quando a integridade é inteiramente maculada. Conforme pontua Brustolinié (2010, p. 86), a vida corporal é dotada de mortalidade, e com o decurso do tempo há a perda de energias, que faz o corpo adoecer e finar, revelando então nossas fraquezas e nossa maior limitação: a morte.

A integridade consiste na completude ou perfeição, diz respeito ao que não foi reduzido e é suscetível de ter sua integridade mantida, ou de conservar seu desenvolvimento normal, porque está ileso, já que o bem da integridade física consiste no modo de ser físico da pessoa, o qual é perceptível por meio dos sentidos (DE CUPIS *apud* CATÃO, 2004, p. 168). O direito à integridade física é um direito essencial da pessoa, que consiste no direito que cada indivíduo tem de não ter seu corpo atingido por atos ou fatos alheios (SZANIAWSKI, 2005, p. 466).

“O direito à vida e o direito à integridade física ocupam posição capital no sistema dos direitos da personalidade. São o ponto de partida, principalmente no que diz respeito aos limites a estabelecer para o poder das ciências biomédicas.” (AMARAL, 1999, p. 6). Nesse diapasão, justifica-se debruçar-nos na conceituação, nas características e nas consequências da aplicabilidade deste direito, para que se possam compreender as possibilidades de transgressões às quais se sujeitam os pacientes terminais que permanecem sob o comando hospitalar.

A integridade física é correlata ao direito à vida, acompanhando o indivíduo desde a concepção até a morte (em termos cerebrais) e contemplando tanto o nascituro como o cadáver. Consiste na higidez do indivíduo, alcançada com a soma da incolumidade corpórea e a intelectual. É um bem vital do indivíduo, pois ao se manterem protegidos o corpo e a mente, pelo impedimento de qualquer lesão que prejudique o funcionamento normal destes, a saúde do ser torna-se preservada e, conseqüentemente, também tutelada a vida. O direito ao corpo – considerando seus tecidos, órgãos e partes separáveis – e o direito ao cadáver são projeções do princípio constitucional da dignidade humana, abordado no primeiro capítulo, bem como do direito à integridade física.

Este direito engloba o de o indivíduo submeter-se ou não a exame ou tratamento médico; a proteção jurídica à vida; e o direito ao próprio corpo, em sua totalidade, ou em relação a tecidos, órgãos e partes do corpo humano que sejam suscetíveis de separação e individualização, em relação ao corpo sem vida, ao cadáver.

³⁹ Amaral acrescenta que o corpo humano desprovido de vida é cadáver, o que suscita o problema da personalidade humana post-mortem.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de valor apenas moral, teve seus princípios incorporados ao direito brasileiro, principalmente em matéria constitucional, civil e penal. A positivação do direito à integridade física comprova a influência da Declaração, no sentido de proteger o maior bem, pois a agressão ao corpo humano de certa maneira implica ofensa ao direito à vida. O corpo humano é, por si só, objeto de tutela jurídica, como pode ser constatado nos seguintes dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro:

a) art. 13 do Código Civil de 2002 – “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.”;

b) art. 14 do Diploma Civil – “É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.” Saliente-se, porém, em seu parágrafo único, que “o ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.”;

d) art. 15 do Código Civil de 2002 – “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.” (Grifo nosso). Entretanto, salienta o art. 146, §3, I do Código Penal, que não configura crime de constrangimento ilegal “a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.”;

e) art. 5º da Constituição Federal, inciso III – “Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”; no mesmo artigo, inciso XLIII – “A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura [...] por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.”;

f) art. 5º, LXII, da Carta Magna – protege a integridade física, no tocante aos presos: “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.”; o art. 136, §3º, II do mesmo Diploma completa: “A comunicação será acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação.” Estende-se, assim, de maneira clara, o direito em questão à situação excepcional de estado de defesa;

g) art. 129 do Código Penal – tipifica o crime de lesão corporal⁴⁰;

h) art. 132 do Código Penal – contém o dispositivo condenatório do crime de perigo para a vida e a saúde de outrem: “Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente.”;

i) art. 137 do Código Penal – proíbe a participação em rixa, salvo para separar os contendores, acrescentando em seu parágrafo único que “se ocorre morte ou lesão corporal de natureza grave, aplica-se, pelo fato da participação na rixa, a pena de detenção, de seis meses a dois anos”;

j) o art. 199, §4, da Carta Magna, salienta que a lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

k) lei nº 7.649, de 25 de janeiro de 1988 – dispõe sobre a cessão de produtos biológicos, como o sangue;

⁴⁰ A lesão corporal é configurada quando há a modificação do organismo humano por intermédio de ferimentos, mutilações, equimoses. O dano pode também ser psíquico. O sujeito ativo será culpável por delito único, ainda que produza diversas lesões corporais no sujeito passivo

l) lei n° 8.501, de 30 de novembro de 1992 – aborda o tema da utilização do cadáver;

m) lei n° 8.974, de 5 de janeiro de 1995 – estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética;

n) resolução nº 196, de 10 de outubro de 1996, do Conselho Nacional de Saúde – contém as Diretrizes e Normas Regulamentadoras de Pesquisas Envolvendo Seres Humanos, tendo como foco as áreas temáticas: genética humana; reprodução humana; biossegurança; novos fármacos, medicamentos, vacinas e testes diagnósticos; novos equipamentos e insumos para a saúde; pesquisas conduzidas do exterior e pesquisas envolvendo populações indígenas;

o) art. 4° da Lei n° 9.434, de 04 de janeiro de 1997, que trata sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, para fins de transplante e tratamento⁴¹ – “Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica post mortem”;

p) art. 9° da Lei n° 9.434 – “É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos ou partes do próprio corpo vivo para fins de transplante ou terapêuticos.” Ressalte-se que isso somente pode ocorrer *inter vivos*, e este artigo fica condicionado ao disposto no §3: Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade, não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.

q) lei nº 10.205, de 21 de março de 2001 – trata de captação, proteção ao doador e ao receptor, coleta, processamento, estocagem, distribuição e transfusão de sangue, de seus componentes e derivados, vedando a compra, a venda e a comercialização de sangue;

r) lei nº 10.211, de 23 de março de 2001 – deu nova redação ao artigo 4º da Lei nº 9.434, eliminando a previsão de “doação presumida”. Passou a figurar com a seguinte redação: A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas, para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Vê-se que, de acordo com o exposto no item relativo às características dos direitos da personalidade, estes, em regra, não são suscetíveis de alienação ou de transmissão. No entanto, uma característica marcante do direito à integridade física é a sua disponibilidade, contanto que os interesses do indivíduo, da família e da sociedade alcancem uma conciliação e, principalmente, obedeça aos limites impostos por força de lei. Como aqui se analisa, o ordenamento jurídico proíbe os atos de disposição do próprio corpo que resultem em diminuição permanente da integridade física⁴².

⁴¹ Para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo, conforme com o artigo 1º, parágrafo único.

⁴² Nesse sentido, nosso ordenamento autoriza a venda ou doação dos cabelos, devido ao fato de o direito em questão não ser estendido ao que se regenera ou se renova com facilidade. É importante, porém, salientar que constitui ofensa à liberdade pessoal, podendo constituir injúria real, o corte de cabelo contra a vontade de seu portador. Não há, no caso, ofensa à propriedade, porque o corpo é parte da pessoa física, e não objeto de domínio.

A integridade física é um bem jurídico penal de natureza individual⁴³, pois se refere aos indivíduos, sendo divisível em relação ao titular (SMANIO, 2000, 34). Acerca das previsões localizadas no Estatuto Penal, Bittar (1995, p. 71-72) ratifica que:

O delito central é o de lesões corporais, com ações de ofensa à integridade corporal ou à saúde de outrem. São exacerbadas as sanções frente à gravidade do resultado, como debilidade, deformidade, incapacidade para o trabalho e outras situações, disciplinando-se, ainda, a lesão seguida de morte e a lesão meramente culposa.

No âmbito dos crimes de saúde, destacam-se: a exposição a contágios de moléstias venéreas; o perigo de contágio de moléstia grave, o perigo para a vida ou saúde de outrem; o abandono de incapaz; a exposição ou abandono do recém-nascido; a omissão de socorro; os maus tratos. Pune-se também a participação em rixa, com sanções mais graves em caso de lesão ou morte.

Apesar de também ameaçar a integridade física, a autolesão não é punível no nosso ordenamento penal, pois o crime de lesão corporal previsto no artigo 129 pressupõe a existência mínima de dois sujeitos, o ativo e o passivo, não podendo os dois confluírem em um mesmo. Porém, configura crime a autolesão se esta estiver vinculada à violação de outro bem ou interesse juridicamente protegido, a exemplo de o indivíduo ferir o próprio corpo, mutilando-se, visando obter a indenização ou valor de seguro, conforme o art. 171, §2, V, do Código Penal; ou pretendendo fraudar terceiros; ou para isentar-se de serviço obrigatório.

Da análise dos dispositivos jurídicos supracitados, infere-se o objetivo dos legisladores de proteger especialmente os direitos da pessoa quanto à integridade física e à saúde, principalmente dos pacientes terminais. Amaral (1999, p. 9-10) salienta que os dispositivos em questão consistem em limites jurídicos, devendo, pois, ser observados “os valores éticos da dignidade e do respeito à personalidade humana, na sequência de milenar tradição histórico-filosófica que se constitui em eixo fundamental da civilização ocidental cristã.”

O direito à integridade física dota o seu titular do poder de findar atos materiais praticados por outrem contra o seu corpo, evitando ou fazendo cessar qualquer ato atentatório contra sua entidade corporal ou contra a sua saúde (SZANIAWSKI, 2005, p. 471), bem como lhe concede legitimidade para requerer a abstenção a tratamentos médicos incapazes de restabelecer a sua saúde total, e prolongadores da dor do processo de morte.

Diante do exposto, pode-se afirmar que se faz necessária a aplicação dos métodos hermenêuticos, quando da aplicação das fontes do Direito, de forma a compatibilizar os avanços tecnológicos que trouxeram benefícios para a Medicina, de modo que esses avanços não sirvam como meios para que os direitos da personalidade do ser humano sejam agredidos por via do desrespeito à sua liberdade.

É inegável, por exemplo, o fato de que a imposição de tratamentos médicos que prolongam a dor e/ou o estado vegetativo dos pacientes em um quadro de saúde agravado e irreversível implica a possibilidade de desrespeito aos direitos à integridade física ou moral, inerentes, como se viu, a todas as pessoas. Tal risco de dano evidencia a urgência de fixação de limites éticos e jurídicos, em prol de envolver tais práticas com a tutela jurídica, para que os profissionais de saúde e outros tenham um

⁴³ Os bens jurídico-penais de natureza individual contrastam com os de natureza coletiva, já que estes últimos “[...] se referem à coletividade, de forma que são indivisíveis em relação aos titulares. No Direito Penal, os bens de natureza coletiva estão compreendidos no interesse público; os bens jurídico-penais de natureza difusa, que também se referem à sociedade como um todo, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar a coletividade, são, igualmente, indivisíveis em relação aos titulares.” (SMANIO, 2000).

norte que direcione as suas práticas não apenas alinhadas com a legislação, mas também e especialmente de acordo com a vontade do próprio doente.

Assim é que os princípios gerais do Direito se sobressaem em defesa do ser humano, não interessando o seu status, devendo prevalecer e ser observados por todos aqueles cuja observância se impõe.

8. Bibliografía

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1994.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BORTOLUZZI, Roger Guardiola. *A dignidade da pessoa humana e sua orientação sexual: As relações homoafetivas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 625, 25 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6494>>. Acesso em: 24. jul. 2015.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>> Acesso em: 18 fev. 2016.
- BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.
- CATÃO, Marconi do Ó. *Transplante de Órgãos Humanos e Direitos de Personalidade*. São Paulo: WVC editora, 2004.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha et al.. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- COELHO, Milton Schmitt. *Eutanásia: uma análise a partir de princípios éticos e constitucionais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2412>>. Acesso em: 28 jun. 2015.
- CURY, Ieda Tatiana. *Direito Fundamental à Saúde – Evolução, normatização e efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- D’AVILA, Roberto Luiz. *Um novo código para um novo tempo*. Portal Médico. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/artigo4.htm>>. Acesso em: 24 de abril de 2016.
- DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- DEL ROIO, Marcos. *Globalização e Estado Nacional*. [S. l.], 1999. Disponível em: <<http://globalization.sites.uol.com.br/globaliz.htm>>. Acesso em: 13 mar. 2016.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito - clássicos novos papéis*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte: 2001.
- DEVIS-MORALES, Eduardo. *Reflexiones sobre la eutanásia: Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana*. Díkaión: revista de actualidad jurídica. Colômbia, nº. 6, 1997.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1999.

- DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais - Elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: RT, 1999.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio Eletrônico Século XXI. [S. l.], Versão 3.0. Lexikon Informática Limitada. Novembro de 1999.
- GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GARRAFA, Volnei; PORTO, Dora. Bioética, poder e injustiça: por uma ética de intervenção. O Mundo da Saúde, São Paulo, v. 26, n. 1. 2002. Disponível em: <http://www.bioetica.catedraunesco.unb.br/html/X%20-%20htm/intervencao/bio_pod_injus.pdf> . Acesso em: 06 fev. 2016.
- GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. Filosofia do direito. 8. ed. São Paulo. Ed. Forense, 2006.
- LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3. ed. Trad. José Lamago, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LORA ALARCÓN, Pietro de Jesus. Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Ed. Método, 2004.
- LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. Introdução ao Biodireito. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico da igualdade. 3.ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. v. 2, 4ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.
- MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- ROUANET, Sérgio Paulo. As duas vias da mundialização. Folha de São Paulo, São Paulo, 30 jul. 2000.
- SANTOS, Rita Maria Paulina dos. Dos transplantes de órgãos à clonagem: Nova forma de experimentação humana rumo à imortalidade? 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, v. 1, n. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/pdf/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2015.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- TASSIN, Etienne. Globalisation. Group d'études et de recherches sur les mondialisations, França, 2001. Disponível em: <<http://www.mondialisations.org/php/public/art.php?id=187&lan=FR>>. Acesso em: 08 jun. 2015.
- TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008.
- TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.



REVISTA DEL DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

ISSN 2469-0716 CAICYT-CONICET

EDITORIAL UMSA – AVDA. CORRIENTES 1723 – C.A.B.A.