

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Montes Claros. Minas Gerais. Brasil. v. 4, n. 2, jul./dez. 2009. ISSN 1809-7278 (Impressa)
ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

La Adopción del Menor: conflicto de intereses
Isabel Miralles González

Ambivalências Raciais e Miatização da Sociedade
Dennis de Oliveira

El Derecho Humano al Agua: la justicia como ética alternativa - a propósito del
tribunal latinoamericano del agua
Gilbert Armijo

Paternidade Socioafetiva
Ionete de Magalhães Souza

A Aplicação da Convenção Interamericana contra o Terrorismo no Brasil
Paulo Emilio Vauthier Borges de Macedo

A Proteção das Minorias no Direito Brasileiro
Cármem Lúcia Antunes Rocha

A Proteção das Minorias no Direito Brasileiro
Luciano Mariz Maia



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos é uma publicação semestral da Faculdade de Direito Santo Agostinho - FADISA, editada por Elton Dias Xavier e coordenada pela Assessoria de Comunicação e Marketing das Faculdades Santo Agostinho.

©COPYRIGHT: INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO

FACULDADE DE DIREITO SANTO AGOSTINHO – FADISA (FACULDADES SANTO AGOSTINHO)

Diretor: Antônio Eugênio Silva

Vice-diretora: Katiane Dias Santos

Coordenadora do Curso Direito: Kelle Grace Mendes Caldeira e Castro

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

(Brazilian Journal of Legal Studies)

Editor: Elton Dias Xavier

Conselho Editorial:

Elton Dias Xavier

Famblo Santos Costa

Richardson Xavier Brant

Solange Procópio Xavier

Waldir de Pinho Veloso

Anelito de Oliveira

Conselho Consultivo:

Adilson José Moreira (Harvard Law School – USA)

Horácio Wanderley Rodrigues (Universidade de Santa Catarina – UFSC)

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG)

Margarida de Oliveira Cantarelli (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE)

Menelick de Carvalho Netto (Universidade de Brasília – UNB)

Régis Fernandes de Oliveira (Universidade de São Paulo – USP)

Sérgio Rezende de Barros (Universidade de São Paulo – USP)

Vera Regina Pereira de Andrade (Universidade de Santa Catarina – UFSC)

Organização, padronização e revisão linguística: Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Diagramação, editoração, capa: Maria Rodrigues Mendes

Correspondências, pedidos de assinatura e solicitação de números avulsos deverão ser endereçados a:
(All correspondences, subscriptions and claims for missing issues should be addressed to the Editor)

Endereço: (Address)

Av. Osmane Barbosa, 937 – JK – Montes Claros – MG, CEP 39404-006.

E-mail: <eltondx@hotmail.com>, <estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br>

Publicação semestral/Published 2 times per year

Para envio de artigos veja notas ao final/For submissions see final notes in the Journal

Revista Brasileira de Estudos Jurídicos / Faculdades Santo
Agostinho. - Vol. 4, n. 2 (2009) – . – Montes Claros (MG) : Editora
Fundação Santo Agostinho, 2009 –
v. : 19 x 26 cm.

Semestral.

ISSN 1809-7278

1. Direito - Periódicos. 2. Ciências Sociais - Periódicos. I. Faculdades
Santo Agostinho. II. Título.

CDU – 34

Ficha catalográfica: Edmar dos Reis de Deus – CRB6-2486

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	5
ABERTURA	
La Adopción del Menor: conflicto de intereses <i>Isabel Miralles González.....</i>	11
ARTIGOS	
Ambivalências Raciais e Miatização da Sociedade <i>Dennis de Oliveira.....</i>	39
El Derecho Humano al Agua: la justicia como ética alternativa - a propósito del tribunal latinoamericano del agua <i>Gilbert Armijo.....</i>	51
Paternidade Socioafetiva <i>Ionete de Magalhães Souza.....</i>	75
A Aplicação da Convenção Interamericana contra o Terrorismo no Brasil <i>Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo.....</i>	85
ARGUMENTO JURÍDICO	
A Proteção das Minorias no Direito Brasileiro <i>Cármen Lúcia Antunes Rocha.....</i>	107
A Proteção das Minorias no Direito Brasileiro <i>Luciano Mariz Maia.....</i>	121
NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO.....	133

EDITORIAL

Este segundo semestre de 2009 é uma travessia que se anuncia. A travessia de um tempo inicial, de difícil consolidação, para uma época de maior abrangência, uma confirmação. A **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** está satisfeita em completar seu quinto ano de publicação. E se vê qualificada para buscar outros ares.

Para que a ponte da travessia seja expressiva, a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** chega a uma fase de se engrandecer também no mercado internacional. Desta forma, há expressivos nomes para fortalecer o grupo de colaboradores. Da Espanha, a Professora Doutora Isabel Miralles González; da Costa Rica, o Professor Doutor Gilbert Armijo Sancho, Ministro da Suprema Corte local. Ambos têm seus primeiros textos científicos publicados no Brasil. Assim, a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** sai (muito) na frente, em comparação com qualquer outra publicação científica brasileira. Não unicamente pelo pioneirismo, mas pela qualidade dos autores.

Em termos de Brasil, há artigos de autores de Minas Gerais, Paraíba, Rio de Janeiro e São Paulo, em demonstração da abrangência deste veículo científico, que se qualifica dia após dia. Todos, com títulos acadêmicos de destaque. Pessoas que engrandecem, por si sós, em razão dos respectivos nomes, que plantaram e cultivam.

Como de costume, há três seções, todas ocupadas por autores da maior qualidade.

O texto de **abertura** é de autoria da Professora Doutora Isabel Miralles González, da Universidad de Barcelona, Espanha. O título é: “La Adopción del Menor: conflicto de intereses”. No texto, a autora demonstra como funciona a adoção na Espanha e na Europa, e faz incursões em legislações, decisões de Tribunais, e doutrina de vários segmentos. Especialmente, é claro, Direito de Família e Direito Constitucional. Quanto às decisões jurídicas que fundamentam o bem tratado texto, há destaques para as Sentenças e Acórdãos. Todos, demonstrando não somente a situação atual espanhola para que possa haver adoção de menores, como, também, a evolução da legislação e da própria mentalidade do povo europeu quanto ao tema.

A seção **Artigos** apresenta os autores em ordem alfabética. A **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** assim o faz exatamente para que não haja privilégio quanto a pessoas ou quanto a temas desenvolvidos.

O primeiro artigo científico é de autoria do Professor Doutor Dennis de Oliveira, da Universidade de São Paulo. Jornalista e escritor, o autor se coloca à disposição para desvendar detalhes acerca da participação do negro, tratado como minoria, frente à participação na imprensa e nos produtos nela veiculados. Fala da pouca participação dos negros em novelas e comerciais. E não deixa de lado o fato de existirem poucos jornalistas de cor negra, assim como em profissões de destaque, principalmente quando se tem que utilizar da própria imagem como ponto de exercício profissional. E conclui sobre os preconceitos, a discriminação e o fato de a grande massa de negros no Brasil sequer ter grande sucesso em se unir em termos de objetivos comuns. No caso, cita como exemplo a representação político-partidária em Estado com grande percentual de negros entre a população, mas com representação negra entre os políticos em número menor, proporcionalmente, do que em outros Estados brasileiros. Um texto cuja leitura leva à reflexão de como todos os brasileiros, mestiços por natureza, levam temas como racismo e preconceito, ao lado das oportunidades de estudos e de exercício profissional, para a realidade diária, em contradição até com o que afirmam.

A sequência, sempre obedecendo a ordem alfabética pelo nome do autor, cabe ao artigo científico de autoria do membro da Suprema Corte da Costa Rica, Professor Doutor Gilbert Armijo Sancho. Ele descreve sobre o tema “El Derecho Humano al Agua: la justicia como ética alternativa - a propósito del tribunal latinoamericano del agua”, e o faz com a desenvoltura própria dos que muito estudam. Trata do tema sobre a água como um bem finito e que os seres humanos têm desperdiçado, poluído e sem levar em consideração as dificuldades que estão produzindo para as futuras gerações. Coloca a água como um direito de toda pessoa não somente de um país em que há uma fonte, como de toda a humanidade. E traça caminhos para a preservação, sob pena de a falta causar um transtorno que pode colocar fim à própria raça humana. Tema credor de futuras reflexões, sendo considerado uma abertura da discussão e uma das primeiras publicações brasileiras envolvendo o assunto.

Ao se propor a falar sobre “Paternidade Socioafetiva”, a Professora Mestre Ionete de Magalhães Souza ultrapassa a condição de mera articulista e faz pesquisa em sede de jurisprudência. A escrita é de leitura corrida, necessariamente cativante e tendente a exigir do leitor o ato de não parar mas, ao contrário, dar continuidade ao estudo até o seu fim. O texto traz a sensação de que há facilidade para se escrever, como se a arte desenvolvida pela autora pudesse passar para o leitor com a mesma facilidade expressa no ato de escrever. Há análise de casos, há pesquisas jurisprudenciais mas, sobretudo, há o resultado de muito estudo por parte da articulista. Desta forma, o artigo científico em assunto é credor de estudo por parte de todas as pessoas, operadores ou não do Direito.

Há mais um texto, nesta edição da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** que merece toda a atenção. Trata-se de uma tendência de um estudo, em termos mundiais, acerca do terrorismo e das ações dos grupos internacionais que buscam matar a coletividade de uma localidade, sem que haja declaração de guerra. E o Professor Doutor Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, da área de Direito Internacional, escreve o artigo científico denominado “A Aplicação da Convenção Interamericana contra o Terrorismo no Brasil”, fazendo uma análise dos atos de terror iniciados, em grandes proporções, com o atentado em Nova York em 11 de setembro de 2001. E os seus estudos continuam mostrando a legislação brasileira que pode ser usada para tentar conter estas atitudes. O texto, de construção perfeita e com o desenvolvimento do tema com facilidade e felicidade, traz grandes informações acerca dos Tratados Internacionais. E a descrição conduz o estudante para a correnteza certa que carrega ao entendimento do que está sendo exposto.

A oportunidade de publicação de uma palestra da Professora Doutora Cármen Lúcia Antunes Rocha não poderia ser desperdiçada. Assim, a seção **Argumento Jurídico** tem a oportunidade de publicar não apenas um texto jurídico, mas o conteúdo de uma palestra de teor jurídico. Mais argumento jurídico do que este, não há. O tema da palestra, ora transcrita, é quanto às minorias, especialmente índios, negros e mulheres. A hoje Ministra do Supremo Tribunal Federal e, à época da Palestra que gerou este artigo científico, Procuradora-Geral do Estado de Minas Gerais, não deixa de enfrentar os detalhes, com fundamentação jurídico-constitucional, sem deixar de lado o tom de humor que caracteriza o seu estilo sério de ensinar. A palestrante faz a destacável proposta de que passem a existir, em todo o Brasil, Varas especializadas, nas Justiças estaduais e Federal, em Direitos Humanos, tal como deveria existir, em sua proposta, um Tribunal especializado em tais causas. O motivo: a não mistura de casos envolvendo Direitos Humanos com causas comuns que se encontram em estado de andamento lento. Sob o título “A Proteção da Minoria no Direito Brasileiro”, o texto é de leitura praticamente obrigatória.

Dando continuidade à seção **Argumento Jurídico**, há o texto escrito, em tom de palestra porque o pronunciou em Congresso, de autoria do Professor Doutor Luciano Mariz Maia. O título, por si só, já anuncia o todo: “A Proteção das Minorias no Direito Brasileiro”. A discussão e o título são pares do texto da Professora montes-clarense, Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, oriundos do mesmo colóquio. O autor consagra letras em favor das explicações sobre os Direitos das Minorias, abrangendo negros, índios, mulheres e, especialmente, ciganos. Trata de histórias tristes quanto à população indígena e de ciganos, tanto no Brasil quanto na Europa. E contextualiza em termos constitucionais o seu tema. E o faz com qualidade. Uma boa reflexão, necessária em qualquer tempo.

Com este grupo de articulista da mais elevada qualidade, a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** fecha mais um ano com a certeza de que elevou as letras jurídicas a um patamar digno; colaborou, sim e muito, para com o nível das publicações brasileiras quanto ao Direito; debateu temas de relevo; inovou em termos de novas categorias do Direito e se mostrou avançada em termos de nomes internacionais e temas que ainda não são debatidos com exaustão, mas que, com certeza, ainda o serão. Isto porque a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** está inovando, está abrindo trincheiras, está fazendo caminhos para os próximos tempos.

Outras publicações a seguirão. Ela é que sabe aplainar estradas.

Professor Doutor Elton Dias Xavier
Editor

A B E R T U R A

La Adopción del Menor: conflicto de intereses

ISABEL MIRALLES GONZÁLEZ

Doctora en Derecho. Profesora Titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Secretaria General de la Universidad de Barcelona.

Resumen. Dividido este trabajo en dos partes se aborda en la primera la necesidad de asentimiento de los progenitores en la adopción, aunque desde el prisma de los derechos de los menores. El interés del niño como interés primario en la actuación jurídica, la actuación del Juez como defensor de este interés y la necesidad de compatibilizarlo con la posición de los progenitores. En la segunda se plantea el necesario cambio que tiene que llevarnos a considerar que dado que la patria potestad no es un derecho ni un premio, su pérdida tampoco tiene que ser considerada un castigo sino la consecuencia simple de conductas inadecuadas.

Abstract: This article is divided into two parts. The first deals with the need of assent of progenitors in the adoption, from the minor rights perspective. The interest of the child as primary interest in judicial action(performance), the action(performance) of the Judge like defender of this interest and the need to make it compatible with the position of the progenitors. The second part of this work describes the necessary change that must lead us to think that, provided that parental authority is neither a right nor a prize, the loss of that authority must not be considered to be a punishment but the simple consequence of inadequate conduct.

I INTRODUCCIÓN

Cuando se piensa en adopción hay latente un tema de fondo que es, sencillamente, la respuesta a la siguiente cuestión ¿que se pretende solucionar con ella? Las opciones son fundamentalmente dos: el deseo de unos futuros padres a tener un hijo o la necesidad de dar a un menor un soporte familiar que le permita, al integrarlo en una familia, tener aquel cuidado y atención a la que tiene, sin duda, derecho. Y en este punto y dando por buena esta segunda voluntad legal, vuelve a plantearse el problema: hemos de entender que los intereses de este menor están supeditados a lo que los padres biológicos –que no prestan ese cuidado y atención– quieran o, por el contrario, seguimos manteniendo la hipótesis de que con la adopción de menores se quiere dar a los mismos ese soporte que permita integrar al menor en una familia obligada a dárselo. No es fácil plantearse el tema de la adopción y no lo es porque, de alguna manera además de las leyes, está la concepción que cada uno de nosotros tenga de cual ha de ser el interés más digno de protección. Para que en ningún caso queden dudas de cual es la postura que desde estas líneas se defenderá aclararé que, desde mi punto de vista, el interés más digno de protección es el del niño. Creo sinceramente que no podemos supeditar la infancia y al final el tipo de vida de una criatura a que el progenitor cambie de vida, se cuide, deje de beber o de drogarse, deje de ser un sujeto que no cumple con los mínimos exigibles a unos padres: cuidar y proteger a la prole. La infancia pasa y esos años en los que no se reciben las atenciones, el cariño personal, el cuidado, son irrecuperables.

No quisiera que estas palabras fueran malinterpretadas. No es un problema de mayor o menor poder adquisitivo, de mejores expectativas económicas. Defendemos que sin duda, un niño querido y cuidado (en la medida de las posibilidades de sus progenitores), es un niño con el que el deber legal de “amparar y proteger” está totalmente cubierto. Estamos refiriéndonos a menores institucionalizados, no visitados por sus progenitores o con los

que la convivencia se convierte en un castigo (malos tratos, falta de cuidados y atención). De esos niños que crecen sin un soporte familiar. Atendidos por funcionarios, sin duda competentes, pero que en ningún caso pueden colmar esa necesidad mental de tener un referente que sirva de guía a los pequeños y al que identificarse. De niños privados de unos padres que actúen como tales.

A veces da la sensación de que todavía –en esta sociedad– está latente un cierto sentimiento de “lástima” para unos padres que no han cumplido con aquello a lo que su propia cualidad de progenitor y el propio mandato legal les obliga. Parece que nos planteamos la potestad como un derecho y que hay que luchar para mantenerlo (aunque con ello se cause un perjuicio a los menores). Pero es que no puede seguir manteniéndose esta lectura. La potestad es una función/deber que se cumple en beneficio, defensa, protección de otro. Si no se actúa adecuadamente busquemos solución. Dejemos de pensar en la privación como castigo y pensemos que la privación de la potestad, cuando se da el hecho determinante, es sencillamente consecuencia del incumplimiento de ese deber. En caso contrario seguiremos como hasta ahora con menores que llevan años pendientes de encontrar el cariño de alguien con quien crecer.

Cierto es que hay que controlar al máximo a las entidades que gestionan todos los problemas relacionados con menores, del mismo modo que hay que controlarles cuando actúan sobre enfermos o sobre personas discapacitadas. Hay que controlar la legalidad de sus actuaciones y de un modo exhaustivo. Hay que responsabilizarles de sus errores y con firmeza. Pero por encima de todo hay que ayudar y proteger a quien no puede defenderse. En este caso a unos niños desamparados.

Por ello parecería conveniente plantear, casi para una reflexión común y sin querer imponer ningún criterio si, efectivamente, y por encima de frases hechas y de palabras vacías, está asumido el cambio en la concepción de la patria potestad. En ocasiones se produce la sensación de que todavía no está clara la idea de que la ley debe tender a proteger “el interés del niño”; de que existe, precisamente, un interés superior de base legal, que señala que las actuaciones de los particulares y de las Autoridades debe estar dirigida a potenciar el “beneficio del menor”.

Centrándonos en el tema, veamos como el TC español se ha enfrentado a este problema y lo haremos viendo en primer lugar como se origina su intervención. Una madre que se encontraba con dificultades para atender a su hijo menor de edad, solicitó a la Administración competente que asumiera la guardia del citado menor. Los hechos se iniciaron en 1999. Nada que objetar al contrario. Si no se puede atender adecuadamente al menor es preferible pedir ayuda a dejarlo desatendido. Pero hay que seguir con el

menor: llamarlo, visitarlo, mantener los vínculos, hacerle entender que es temporal, que es un problema efímero, estar presente en su vida.

La Administración dictó Resolución de 20 de junio de 2000 **con justificación en el desinterés mostrado por la madre en hacerse cargo de su hijo, las graves repercusiones que se observaron en el comportamiento del menor y las insuficientes e irregulares visitas de su madre**, por la que se acordó asumir la tutela automática del menor. La asunción de esta tutela automática fue confirmada, primero, mediante Resolución de 13 de noviembre de 2001 (en la que además se acordó la suspensión de los contactos del menor con su familia biológica) y, luego, por Resolución de 15 de febrero de 2002 (en la cual se acordó también la formalización de un contrato de acogimiento familiar preadoptivo). Finalmente, en Resolución de 8 de noviembre de 2002, la Administración acordó elevar al Juzgado de Primera Instancia propuesta de adopción del menor en favor de una familia que lo había solicitado. Estas tres resoluciones administrativas fueron impugnadas por la demandante ante la jurisdicción civil, siendo desestimadas acumuladamente dichas impugnaciones por el Juez de Primera Instancia núm. 3 de A Coruña y, con posterioridad, en grado de apelación, por Sentencia de 30 de marzo de 2004 dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de aquella ciudad. En esta se acordó:

[...] desestimar las demandas interpuestas por la actora recurrente contra las resoluciones de la Consellería de Familia de fechas 13 de noviembre de 2001, 15 de febrero de 2002 y 8 de noviembre de 2002, por las que el mentado organismo acuerda asumir la tutela automática del menor [S.L.F.], suspender los contactos con la familia biológica y elevar propuesta de adopción.

Reanudado el curso de las actuaciones judiciales, el Juez acordó citar a los padres biológicos del menor “a fin de recabar su consentimiento a la adopción”. A consecuencia de esta citación la demandante de amparo manifestó que se oponía a la adopción en su calidad de madre del menor que no había sido privada de la patria potestad ni estaba incurso en causa para ello, siendo su deseo que se acordara la reintegración del menor con su madre biológica. Sus pretensiones fueron denegadas y entonces instó la nulidad de las misma. Por Auto de 28 de febrero de 2005 se desestimó el incidente de nulidad razonando que:

Primero.- [...] en el caso enjuiciado no se ha vulnerado lo dispuesto en el art. 177 del Código Civil y 781 de la L.E.Civil, pues la promovente del presente incidente ya fue oída sobre la adopción en el procedimiento tramitado por este Juzgado con el núm. 766/02 y que la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de A Coruña, desestima las demandas interpuestas contra las resoluciones de la Consellería de Familia de fechas 13 de noviembre de 2001, 15 de febrero de 2002 y 8 de noviembre de 2002, por las que el citado organismo acuerda asumir la tutela automática del menor [...] suspender los contactos con la familia biológica y elevar la propuesta de adopción.

Con posterioridad a la interposición del recurso de amparo, el Juez dictó Auto en el cual constituyó la adopción del menor por los padres de acogida preadoptiva, al entender cumplidos los requisitos legales y estimarse ello beneficioso para el menor. El indicado Auto devino firme, habiéndose practicado la correspondiente inscripción de la adopción en el Registro Civil. (Estos hechos se iniciaron en 1999 y concluyeron en 2006).

En la Sentencia que resuelve el amparo el TC señala que:

Para abordar la cuestión suscitada bueno será recordar la doctrina elaborada por este Tribunal sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en supuestos en los que, como en el presente, se encuentran en juego intereses de tanta relevancia como los de los menores de cuyo acogimiento, guarda o adopción se trata, así como los de quienes pretenden su adopción y los de los padres biológicos cuya relación de filiación va a quedar extinguida. Así, en la STC 75/2005, de 4 de abril, FJ 3, hemos afirmado “en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, que ‘en este tipo de procesos civiles se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia [tanto] los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, [que] son intereses y derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen’ (STC 114/1997, de 16 de junio, FJ 6; en el mismo sentido STC 298/1993, de 18 de octubre, FJ 3). Es lógico, pues, que ‘dada la extraordinaria importancia que revisten estos intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusividad [pues] lo trascendental en ellos no es tanto su modo como su resultado’ (STC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2). En este sentido no puede dejar de traerse a colación la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, que prevé que en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación del niño de sus padres ‘se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones’ (art. 9.2)”;

y, en este sentido, destaca nuestra doctrina que “los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, como este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar en relación con el procedimiento de separación matrimonial, dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia (STC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4), no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían ex lege las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor (cfr. art. 1826 LEC)”. (FJ 2).

[...] la cuestión suscitada no se refiere al estricto cumplimiento de la legalidad procesal (más en concreto si se respetó o no la previsión legal de resolver la controversia sobre la necesidad de recabar el asentimiento de los padres biológicos a través del incidente específicamente previsto en el art. 781 LEC), sino que ha de centrarse en el análisis de si en este concreto supuesto la demandante de amparo dispuso o no de la ocasión de someter a la decisión de los Tribunales de justicia la cuestión de si su asentimiento a la adopción era o no condición necesaria para autorizar la adopción.

Para efectuar este análisis hemos de partir de que, admitido que ni el menor se hallaba emancipado ni la demandante se encontraba privada de la patria potestad, sino que tan sólo el ejercicio de ésta por su parte se encontraba suspendido —ex art. 172.1, in fine, del Código civil (CC)— como consecuencia de la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública de protección de menores, el único supuesto de entre los mencionados en el art. 177.1.2 CC que justificaría prescindir del asentimiento a la adopción por parte de la demandante de amparo sería el de encontrarse la madre incurso “en causa legal para tal privación” (FJ.3)

Según se desprende de las actuaciones judiciales el Juez de Primera Instancia citó a la demandante de amparo para “recabar su consentimiento a la adopción” por dos veces (aunque la segunda fue dejada sin efecto), manifestando la demandante tanto en comparecencia personal como por escrito que, no encontrándose privada de la patria potestad ni incurso en causa para ello, su asentimiento era necesario para la adopción de su hijo menor y que no lo autorizaba, siendo su deseo que se reintegrara al menor con su familia biológica. [...] el Juez nunca llegó a precisar qué causa entendía que autorizaba a prescindir del asentimiento materno, sino que en los Autos de 11 de enero y 28 de febrero de 2005 se limitó a afirmar que la oposición de la demandante a la adopción ya había sido sustanciada al resolver (erróneamente se afirma que por el mismo Juzgado) los recursos deducidos contra las resoluciones administrativas sobre asunción de tutela automática, acogimiento preadoptivo y solicitud de adopción.

Sin embargo lo cierto es que en tales procesos, por más que se debatiera sobre si la demandante había proporcionado al menor las atenciones de todo orden inherentes a la patria potestad, y si, en consecuencia, resultaba conveniente para el menor la adopción proyectada a la vista de su integración en la familia en la cual se encontraba acogido, no se decidió si los hechos descritos integraban o no causa de privación de la patria potestad, todo lo cual impide considerar que existió decisión judicial acerca de la concurrencia de la causa de privación de la patria potestad en un procedimiento judicial contradictorio, único modo en el que el art. 177.1.2 CC permite su apreciación, como ya ha quedado expuesto. Y es que la especial trascendencia de los intereses en juego no permite que la controversia judicial sobre la concurrencia de causa de privación de la patria potestad, en tanto que supuesto habilitante para prescindir del asentimiento a la adopción, sea meramente intuida o presumida. En suma, al no precisar la causa por la cual entendía que podía prescindirse del asentimiento de la madre biológica a la adopción y no adoptar las

medidas necesarias para que, tal y como con reiteración solicitaba la demandante de amparo, pudiera hacer uso del incidente previsto en el art. 871 LEC para someter a enjuiciamiento el carácter necesario o contingente de su asentimiento a la adopción (con la consecuente imposibilidad de impugnar la resolución constitutiva de la adopción por tal motivo —art. 781.2, in fine LEC), el órgano judicial colocó a la demandante de amparo en situación de indefensión y, en consecuencia, vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva” . (FJ.4).

Resta tan sólo precisar el alcance del amparo que se otorga, [...] El restablecimiento de la demandante en la integridad de su derecho exige, **con mantenimiento de la situación fáctica actual del menor concernido**, la anulación de los Autos de 11 de enero y 28 de febrero de 2005, así como la de las resoluciones subsiguientes, con retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado **para que el órgano judicial haga saber a la demandante de amparo la circunstancia por la cual basta su simple audiencia y, en su caso, tramite la oposición que la demandante de amparo pudiera deducir**, concluyendo luego el proceso con pleno respeto al derecho fundamental vulnerado (FJ.5).

Como ha podido verse no se entiende como suficiente que en los sucesivos procesos se hubiera debatido sobre si

la demandante había proporcionado al menor las atenciones de todo orden inherentes a la patria potestad, y si, en consecuencia, resultaba conveniente para el menor la adopción proyectada a la vista de su integración en la familia en la cual se encontraba acogido, no se decidió si los hechos descritos integraban o no causa de privación de la patria potestad, todo lo cual impide considerar que existió decisión judicial acerca de la concurrencia de la causa de privación de la patria potestad en un procedimiento judicial contradictorio, único modo en el que el art. 177.1.2 CC permite su apreciación, como ya ha quedado expuesto.

No creo que en este caso sea especialmente relevante que el TC haya concluido decidiendo la anulación de los Autos así como la de las resoluciones subsiguientes, con retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado, para que el órgano judicial haga saber a la demandante de amparo la circunstancia por la cual basta su simple audiencia y, en su caso, tramite la oposición, ya que, como se especifica en la Sentencia, el menor no resultará afectado. Es cierto que no existió declaración judicial expresa a la oposición de la madre y que ante su negativa por entender que “no estaba incurso en causa de privación de la patria potestad” debería haber recibido respuesta concreta. Con todo parece relevante destacar un dato que parece fundamental y es que al parecer quedó acreditado el desinterés y la dejación de funciones por parte de la madre biológica (el padre biológico no se opuso a ninguna medida) hasta que se decidió que el menor tenía derecho a una vida no institucionalizada, momento en que se iniciaron las oposiciones.

Con estos presupuestos dividiremos este breve comentario en dos partes: En la primera haremos referencia especial al asentimiento. La segunda incidirá en un tema material como el concepto de potestad y el interés del menor.

II EL ASENTIMIENTO EN LA ADOPCIÓN

No es este lugar ni son estos los lectores a los que se deba explicar en que consiste la adopción. Es tan evidente que hasta esta línea sobra. Pero no podemos sustraer un mínimo comentario a la necesidad de intentar justificar dos términos que la ley separa como términos diferentes pero no aclara adecuadamente.

Señala Alonso Crespo (2004) que el asentimiento es la declaración formal de voluntad de los padres del adoptando o del cónyuge del adoptante por la cual muestran su conformidad a la adopción proyectada entre adoptante y adoptado, asumiendo las consecuencias jurídicas de la misma para el caso de que el juez constituya dicha adopción; y que si es negado, supone un veto que impide constituirla. Quienes asienten no serán parte de la relación nueva, pero resultarán afectados por la misma.

Por consiguiente todo asentimiento contiene una voluntad aceptando los efectos que la adopción produce en sus derechos, relaciones y situaciones jurídicas, para cuando ésta se constituya por el Juez. En caso de los padres del adoptando comporta una renuncia consciente de la relación jurídica paterno-filial.

- 1) es importante dejar claro que el contenido del asentimiento no conlleva una participación en el nacimiento de un negocio jurídico. No son las partes las que la constituyen, sino la voluntad judicial;
- 2) el núcleo del asentimiento es la aceptación de las consecuencias de la adopción que son automáticas y la simultánea abdicación voluntaria o renuncia a todas aquellas que sean incompatibles con la nueva relación adoptiva;
- 3) esta renuncia es legal y no puede equipararse a abandonar un derecho o una función irrenunciable. El ordenamiento la permite porque con ella no se daña al hijo, sino que se presume que le beneficiará.

Hoy se considera que la adopción no es un negocio de familia sino que es un acto procesal de autoridad. Ello nos lleva a tener que explicar por qué consentimiento y asentimiento son actos procesales. La adopción es un acto judicial no siendo constitutivos de dicho acto ni el consentimiento ni el asentimiento. Su razón es ser responde a antecedentes

lógicos y legales: es preciso que ambos se otorguen y además afirmativamente para que el Juez pueda entrar en el fondo del expediente de constitución de la adopción. En el caso de los asentimientos, el otorgamiento puede ser extraprocesal pero se procesaliza al ser incorporado al expediente el documento en el que consta.

El Código Civil en su art. 177.1 exige el consentimiento del adoptante y adoptado sin excepción; es siempre un trámite positivo e imprescindible. En cambio cuando regula en ese mismo artículo pero en su segundo párrafo (177.2 CC) el tema de los asentimientos relaciona una serie de circunstancias que permiten prescindir de ellos. Si el adoptante está separado, su cónyuge no deberá asentir; si los padres del adoptando están privados o incurso en causa de privación de la patria potestad tampoco será necesario su asentimiento.

Ello nos lleva a tener que justificar que función cumple esa actividad procesal dentro del expediente. Según la autora citada son presupuestos de la propia actividad. Sin ellos el Juez no debe entrar en el fondo del asunto.

2.1 El Efecto Vinculante del Consentimiento o Asentimiento: la Voluntad Judicial

Resulta sorprendente que el consentimiento afirmativo de los que son parte en el proceso adoptante/progenitores/menor no sea suficiente para determinar el sentido de la decisión judicial ya que la Ley establece que “La adopción se constituye por resolución judicial, **que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando** y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad”. Por el contrario cuando existe una negativa (el consentimiento es negativo) se impide la adopción. La justificación que acostumbra a darse es que una relación paterno/filial en personas que no la desean está abocada al fracaso.

La otra cuestión jurídica relevante es la respuesta a la preguntas ¿ocurre lo mismo en el asentimiento? ¿Esta vinculado el Juez por la negativa?. Esta pregunta ha sido contestada afirmativamente por un importante sector de la doctrina así como por abundante jurisprudencia. Y tenemos la sensación de que también aquí partimos de ciertos prejuicios que, desde mi perspectiva, no deberían mantenerse. Parece evidente que si el adoptando no quiere consentir la adopción se le escuche. Pero ¿Por qué no se le escucha cuando lo que no quiere es seguir con sus progenitores? ¿Que razón hay para que en ese caso su opinión no sea relevante? ¿Por qué mantener que en ese caso es más importante la negativa del progenitor? ¿En que queda entonces el interés del menor, la idoneidad de los adoptantes y la “inidoneidad” de los progenitores?

Afortunadamente en los últimos años han ido apareciendo decisiones judiciales en las que se plantea que la negativa a asentir no vincula al Juez. Veamos los argumentos esgrimidos en defensa de una y de otra lectura. Siguiendo a Alonso Crespo (pag. 179 y ss) sistematizaremos los argumentos utilizados por los defensores de cada una de estas teorías.

2.1.1 Teorías que Defienden que la Negativa de los Progenitores Biológicos Vincula al Juez

Un sector doctrinal importante (Mendez Perez; Garrido Melero; Hualde Sanchez y otros) han venido considerado que la negativa a asentir constituye un veto que impide constituir la adopción. Desde esta perspectiva se entiende que en la antinomia entre la voluntad de quien debe asentir y las normas sociales y públicas que permiten prescindir de esa voluntad en nombre del interés del menor debe prevalecer el derecho de los padres a que no se les exija explicación de su elección. Si hay razones por las que se entienda que no son merecedores de ese respeto, hay que privarles –judicialmente y en juicio contradictorio– de su derecho a vetar la adopción del hijo.

Hay pues un carácter vinculante del asentimiento de los padres nos dirán, unido a la necesidad de exigir específicamente, salvo que hubiera previa privación de patria potestad, un proceso judicial contradictorio para privarles del derecho de asentir.

2.1.2 Teorías que Defienden que la Negativa de los Progenitores Biológicos no Vincula al Juez

Según esta posible lectura no hay razón que impida entender, como ocurre en otros lugares, que cuando se constatan las circunstancias tasadas por la ley se entienda que se produce el efecto automático de la pérdida de la potestad sin que sea necesario pedir asentimientos. Así ha sido entendido por otros países de nuestro entorno (Bélgica, Italia, Francia). En Francia por ejemplo el Code Civil establece que:

Artículo 347: Podrán ser adoptados:

1º Los hijos para los que el padre y la madre o el consejo de familia han consentido válidamente la adopción;

2º Los hospicianos;

3º Los niños declarados abandonados en las condiciones previstas en el artículo 350.

Artículo 350: (Ley nº 96-604 de 5 de julio de 1996 art. 8, Diario Oficial de 6 de julio de 1996) El niño acogido por un particular, un establecimiento o un servicio de ayuda social a la infancia, cuyos padres se han desinteresado manifiestamente durante el

año que precede a la presentación de la demanda de declaración de abandono, será declarado abandonado por el Tribunal de grande instance salvo en el caso de miseria de los padres y sin perjuicio de las disposiciones del apartado cuarto. Se dará obligatoriamente traslado de la demanda de declaración de abandono por el particular, el establecimiento o el servicio de ayuda social a la infancia que acogió al niño a la expiración del plazo de un año desde el momento los padres se hayan desinteresado manifiestamente del hijo.

(Ley nº 76-1179 de 22 de diciembre de 1976 art. 8 Diario Oficial de 23 de diciembre de 1976) Serán considerados desinteresados manifiestamente de su hijo los padres que no hubieran mantenido con él las relaciones necesarias para la conservación de vínculos afectivos.

La simple revocación del consentimiento para la adopción, la demanda de noticias o la intención expresada y no seguida del efecto de recuperar al hijo no será una señal de suficiente interés como para motivar de pleno derecho el rechazo de una demanda de declaración de desamparo (Ley nº 93-22 de 8 de enero de 1993 art. 30 Diario Oficial de 9 de enero de 1993). Estos trámites no interrumpirán el plazo señalado en el apartado primero.

El abandono no será declarado si, en el transcurso del plazo previsto en el apartado primero del presente artículo, un miembro de la familia hubiera solicitado asumir la carga del niño y si esta petición se considerara conforme con el interés de este último.

Cuando declare abandonado al niño, el Tribunal delegará mediante la misma resolución los derechos de la patria potestad sobre el niño en el servicio de ayuda social a la infancia, (Ley nº 93-22 de 8 de enero de 1993 art. 30 Diario Oficial de 9 de enero de 1993) en el establecimiento o en el particular que hubiera acogido al niño o a quien este haya sido confiado.

Sólo será admisible la tercería en caso de dolo, de fraude o de error sobre la identidad del niño.

Entiende esta lectura que en España la norma excluye del necesario asentimiento aquellos casos en los que los progenitores “estén incurso en causa de privación”. Y las causas inhabilitantes son básicamente: los malos tratos, la desatención, el descuido, la falta de lazos afectivos etc.

Por nuestra parte creemos, como hace ya una cierta jurisprudencia, que hay que intentar clarificar estos extremos. De un modo muy sintético la idea sería que: El asentimiento es necesario salvo que exista causa inhabilitante. La negativa a la adopción no es relevante cuando exista privación o cuando el sujeto esté incurso en causa de privación. En este

último supuesto que el Juez considera y aprecia, el progenitor no está privado de la patria potestad pero se considera que por su conducta está incurso en causa de privación. Por consiguiente, lo que se recurre es que exista causa para la privación.

Por ello compartimos el criterio mantenido en la sentencia del TC objeto de este comentario en la que se pone de manifiesto que ante la negativa a aceptar la adopción por parte de la madre del menor, por entender que era necesario su asentimiento, al no haber quedado acreditado que existiera causa de privación, los Tribunales debieron darle respuesta y justificación suficiente al hecho de que “estaba incurso” para evitar la indefensión alegada y justificar la razón por la que no resultaba necesaria su conformidad.

No es esta una postura novedosa, aunque resulta interesante sin duda que el TC se haya manifestado. Ya **la STS de 20 de Abril de 1987** manifestó que:

[...] antes de entrar en el estudio concreto del problema jurídico es obligado dejar establecido, como principio rector de esta clase de procesos, la necesidad de que prioritariamente prevalezcan los intereses del menor como más dignos de protección, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas puedan postergar, oscurecer o perjudicar las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales; de ahí que se tengan que examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor; principio consagrado en el art. 39 de la Constitución Española y en la filosofía de las últimas reformas del C. Civil. Así pues, entendida la adopción como un negocio jurídico familiar de carácter formal, el consentimiento para el mismo viene regulado en el art. 173 del C. Civil –según la reforma de 4 de Julio de 1970 (RCL 1970\1121 y NDL 626 nota), vigente al tramitarse esta adopción–, distinguiéndose dos clases del mismo: el que deben prestar el adoptante y el adoptado, que tiene la consideración de requisito esencial del negocio adoptacional, y cuya ausencia producirá la inexistencia del mismo, por aplicación del art. 1.261 del C. Civil y el “asentimiento” que deben de prestar determinadas personas, entre las cuales figuran el padre y la madre del adoptado menor de edad sujeto a la patria potestad, que tiene la naturaleza de una “condictio iuris”, cuya ausencia puede producir una “ineficacia condicionada” del negocio adoptivo, en cuanto el legislador deja al arbitrio del juez la posibilidad de decretar o no dicha ineficacia, imponiéndole como única limitación tener en cuenta “lo que considere más conveniente para el adoptado, si cualquiera de los llamados a prestar su consentimiento, fuera de los casos del adoptante y del adoptado, no pudiera ser citado, o citado no concurriere” (art. 173 párr. IV), facultad judicial que, según la doctrina científica, hay que extender incluso al supuesto de que dichas personas se negaren a prestar tal “asentimiento”, pues aunque el legislador ha contemplado este evento sólo para el caso de las personas que deben “ser oídas”, el mencionado Art. 173 no sanciona con nulidad la carencia del “asentimiento”, a

diferencia de lo que acontecía en la legislación derogada (Art. 176 Ley 24-4-1958) (RCL 1958\760 y NDL 5660) otorgándose por tanto plena libertad al juzgador, salvo los enumerados casos del consenso del adoptante y del adoptado.

Pero es que, en otro orden de cosas, en el presente caso no puede olvidarse que ese consentimiento de la madre fue el que dio origen y base a la integración de la menor, en un círculo familiar, estable, afectivo, responsable y holgado desde el mismo día de su nacimiento, hace ya más de trece años, ambiente que tiene que resultar más beneficioso para los intereses superiores de la menor, y cuyo desplazamiento tardío habría de suponer un desequilibrio emocional y educativo, que el prudente arbitrio judicial debe valorar en su justa medida, decidiendo lo más conveniente para la adoptada, en concordancia con el espíritu que informa la nueva regulación legal de esta institución; conjunto de razonamientos que comportan el decaimiento de los motivos segundo y cuarto del recurso, conjuntamente considerados.

En el mismo sentido y también del TS encontramos **la Sentencia de 19/2/1988** en la que se señala que

pero de cualquier modo, es conveniente, dejar establecido que, en esta clase de procesos existe la necesidad de que, prioritariamente, prevalezcan los intereses y preferencias del menor, como más dignos de protección, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas puedan postergar, oscurecer o perjudicar las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales; de ahí que se tengan que examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto, para llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al adoptado, todo ello en concordancia con el artículo 39 de la Constitución Española (RCL 1978\2836 y ApNDL 1975-85, 2875), y con los principios informadores de las últimas reformas del Código civil.

Mas recientemente encontramos **la STS de 23 de febrero de 1999** en la que se señala que:

Al recuperar la instancia esta Sala de casación en funciones de tal naturaleza, considera plenamente acertada la fundamentación de la sentencia de primera instancia que, al efecto, reproduce como suya, en cuanto concluye, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal y con todas las pruebas practicadas que la menor debe continuar en la situación que ahora tiene. Por tanto considera que debe decidir el caso, en los términos que el fallo de la misma contiene tomando en consideración que la amplitud del contenido del precepto (incumplimiento de los deberes de la patria potestad) y la variabilidad de las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta para juzgar los actos de los padres exigen conceder al Juez una amplia facultad discrecional de apreciación que, como tal, tiene, igualmente, difícil acceso a la casación, pero en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés

del menor, informante tanto de la privación de dicha patria potestad como de su mantenimiento (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1998 [RJ 1998\1495]). Es constante, la jurisprudencia de la Sala que concibe la institución de la patria potestad “en beneficio de los hijos” (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1996 [RJ 1996\7507]). Consecuentemente, si como resulta de la prueba practicada el interés de la menor se satisface de mejor modo en su actual ámbito familiar, debe prevalecer este interés sobre un ejercicio “a fortiori” de la patria potestad, dándose como se dan, los incumplimientos graves de los deberes inherentes a la misma”. Ciertamente no se trata de un supuesto igual, pues ya se ha dicho que no estamos en presencia de una situación provocada por incumplimiento culpable de los deberes paternos, sino por un cúmulo de circunstancias que en definitiva suponen que se estime que se satisface de mejor modo el interés de los menores desestimando la pretensión principal de la demanda de reinserción con el padre biológico.

Por su parte **la STS de 24 de abril de 2000** (RJ 2000/2982) señaló que:

La patria potestad es en el Derecho Moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el art. 39.2 y 3 de la Constitución (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875); de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (RCL 1990, 2712), incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación. Además, un precepto similar contiene la vigente Ley 1/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 145), sobre protección judicial del menor (art. 2).

Con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes (aunque en el orden penal pueda resultar tipificada y sancionada), sino que con ello lo que se trata es de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses. Por ello, la propia Convención, en su art. 9.1 después de establecer que los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres, contra la voluntad de éstos, a continuación añade que esta norma tiene su excepción cuando, a reserva de la decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior del niño. Este interés superior del niño, que implícitamente está recogido también en el art. 154 del Código Civil cuando dispone que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, es el que tiene en cuenta la sentencia impugnada para confirmar la del Juzgado que decretó la privación de la patria potestad a los demandados, en conformidad con lo establecido en el art. 170 del citado Cuerpo legal. El acierto de la juzgadora de primera instancia lo pone de manifiesto la sentencia impugnada con la concluyente

declaración que se ha reproducido más arriba en el punto 3, y que se refiere a la omisión por los demandados de los deberes de asistencia material y moral respecto a su hijo menor, desde los primeros meses de su vida, cuando las atenciones de los progenitores son absolutamente indispensables, por lo que la medida de privación de la patria potestad, aunque en extremo dura para los padres, ha resultado una medida indispensable de protección de los intereses superiores del menor, o, mejor dicho, necesaria para la protección integral del menor conforme al mandato constitucional.

Esta misma línea ha sido seguida por algunas de las Audiencias. A modo de ejemplo sirvan las siguientes citas:

SAP de Córdoba 1/4/1998 (Ar. Civ. 4227):

Viniendo configurada esta institución como un instrumento de integración familiar referido esencialmente a los que más lo necesitan prima el interés del adoptado sobre cualquier otro, en el prudente arbitrio judicial al que debe valorar en su justa medida decidiendo lo más conveniente para el menor, para el que ha sido solicitada la adopción.

En consecuencia con lo anterior, **si la madre presta su consentimiento para la adopción, y el padre niega su asentimiento, el Juez debe seguir conservando su arbitrio para aprobar o no la adopción, máxime cuando el artículo 177 del Código Civil no sanciona con nulidad la ausencia de asentimiento, si estimase que la adopción es beneficiosa para el adoptando.** En el caso enjuiciado así hay que entenderlo, sobre todo del Informe emitido por el Equipo Técnico del Departamento de Adopción y Acogimiento Familiar del Servicio de Atención al Niño de la Delegación Provincial de Asuntos Sociales de Córdoba, en el que viene a proponer en interés exclusivo de la niña formalizar la adopción en favor del solicitante señor M. S., por considerar que ha demostrado su idoneidad para proporcionar a la niña un entorno familiar seguro y estable y transmitirle la afectividad y el equilibrio necesario para un sano desarrollo emocional.

SAP de las Palmas de 3/2/1999 (Ar. Civ. 307):

Pero además, “no será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción” (artículo 177.2.2º, párrafo segundo, del Código Civil). Pues bien, aun cuando en dicha resolución –el Auto de fecha cinco de mayo de mil novecientos noventa y siete– no se actuó de la indicada manera, lo cierto es que la condición de consumidora habitual de estupefacientes de doña María del Pino R. P., acreditada a lo largo del expediente de adopción, hasta el punto de que el hijo Carmelo nació con síndrome de abstinencia (folio 47 de los autos), constituye motivo suficiente para considerar que se hallaba imposibilitada para prestar el asentimiento a la adopción de su hijo biológico, del que nunca se

ocupó como reconoce la propia señora R. P. en este procedimiento (prueba de confesión judicial, contestación a la pregunta primera, folios 157 y 158 de los autos), quedando subsanada la indicada omisión detectada en el citado auto con la precedente fundamentación realizada por este Tribunal. Y es que, en síntesis, las normas integrantes del Ordenamiento Jurídico han de ser interpretadas no con rigideces formalistas sino, como dispone el artículo 3.1 del Código Civil, “atendiendo fundamentalmente a su finalidad”, y “a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”. Pues bien, la finalidad de la adopción en casos como el examinado es dar una familia a un menor de edad, con todas sus consecuencias, en general beneficiosas para su integral desarrollo físico y psíquico de tal manera que si exige el asentimiento de los padres biológicos, ello tiene como fundamento el evitar “manipulaciones” con dicho menor, pero de ninguna manera poner obstáculos formalistas, carentes de contenido e incluso ajenos a la finalidad de la norma. Por lo demás, el Ordenamiento Jurídico integra un todo armónico, inspirado en unos principios que deben informar cada aplicación concreta de una de sus normas en atención a las circunstancias específicas de cada caso. Y en el campo en que ahora nos hallamos, el interés del menor ocupa lugar preferente, consistiendo la realidad específica el conjunto de circunstancias expuestas, entre ellas la condición de drogadicta de la madre biológica, con incumplimiento de las obligaciones mínimas inherentes a la patria potestad y, por ende, a la condición de madre de un menor.

SAP de Girona de 12/7/2002 (AC 2002\1156):

El problema que se plantea encierra una complejidad fáctica muy notable y comporta un drama humano evidente y conmovedor, que alcanza, sin duda, a los padres, pero cuyos principales protagonistas y afectados son los niños. La decisión que se tome ha de tener como principal referente el interés de estos, como sucede, en definitiva, con cualquier medida que por la Administración o los Tribunales de Justicia se adopte respecto de menores.

La solución no puede pasar por afirmaciones absolutas o categóricas, del signo que sean, respecto a cual es su interés, por la sencilla razón de que es harto difícil poder saber con certeza total cual medida será la que en el futuro les podrá deparar el mayor beneficio. Se trata, por tanto, de ponderar la totalidad de circunstancias concurrentes y, bajo criterios razonables y de futuro, adoptar la decisión que previsiblemente más les favorezca y les permita desarrollar íntegramente su vida y personalidad, poniendo fin a su traumática experiencia, dándoles la seguridad y estabilidad de la que durante tanto tiempo han carecido, teniendo presente, además, que lo que aquí se cuestiona es estrictamente el desamparo.

Partiendo de lo anterior, la resolución del litigio no es tan lineal como la plantean los padres. No se trata, simplemente, de analizar si hoy en día la situación de los padres ha cambiado, sino que se hace preciso estudiar todas las circunstancias que desembocaron en su día en la declaración de desamparo y todas las que se han producido con posterioridad.

SAP de Jaén de 7/11/2002 (AC 2002/2282):

Como se refleja en la resolución recurrida, la solución a los problemas que se plantean es ciertamente difícil, pues se hallan en claro conflicto dos intereses dignos de protección, el de los menores, que ha prevalecido en la decisión judicial, y el del padre de los mismos, que como se dice también en la sentencia impugnada, ha realizado loables esfuerzos para intentar asumir y recuperar la custodia de sus hijos y logrado demostrar que no tiene rasgo alguno en su personalidad que le impida ser un buen padre.

Y para su solución se ha acudido, como obliga la norma (Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el **20 de noviembre de 1989 [RCL 1990, 2712]** e incorporada a nuestro derecho interno, **Constitución [RCL 1978, 2836]**, **Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor [RCL 1996, 145]** y **Código Civil [LEG 1889, 27]**), al interés del menor

Al respecto deberá citarse la **Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000 (RJ 2000, 2982)**, en la que se define la patria potestad como una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, de manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño. Continuando dicha Sentencia afirmando que con la privación de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de deberes sino que con ello lo que se trata es de defender los intereses del menor.

En el estado en que se encuentran los menores, tras más de cuatro años ininterrumpidos viviendo con los acogedores, integrados plenamente en lo que para ellos es su verdadera familia, colegio y amigos, no debe privárseles de su estabilidad emocional y psíquica, entregándose su custodia al padre, por muy buenas intenciones que demuestre, y aun cuando todos los hechos antes relatados no constituyan un abandono consciente y voluntario de cumplir con sus obligaciones paterno-filiales como se exponía en las resoluciones judiciales ya dictadas; pues se considera desamparo (artículo 172 CC [LEG 1889, 27]), la situación que se produce de hecho a consecuencia del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. La ley contempla no sólo, la situación de incumplimiento más o menos culpable, sino la de imposible o inadecuado ejercicio de los deberes, en la que se pudo encuadrar inicialmente la decisión de la Consejería de Asuntos Sociales cuando se declara la situación legal de desamparo y asume la tutela temporalmente. Dicha situación era legalmente reversible, pero el transcurso del tiempo y la situación actual de los menores ya hacen inviable, por perjudicial, la reinserción, y el mismo interés de los menores obliga a rechazar el recurso. Debiendo en este punto citarse la **Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1999 (RJ 1999, 1130)**, en la que se

concluye: “Consecuentemente, si como resulta de la prueba practicada el interés de la menor se satisface de mejor modo en su actual ámbito familiar, debe prevalecer este interés sobre un ejercicio “a fortiori” de la patria potestad, dándose como se dan, los incumplimientos graves de los deberes inherentes a la misma”. Ciertamente no se trata de un supuesto igual, pues ya se ha dicho que no estamos en presencia de una situación provocada por incumplimiento culpable de los deberes paternos, sino por un cúmulo de circunstancias que en definitiva suponen que se estime que se satisface de mejor modo el interés de los menores desestimando la pretensión principal de la demanda de reinserción con el padre biológico.

La última sentencia que quiero mencionar es la de la **Audiencia Provincial de Córdoba** núm. 288/2007 de 20 noviembre. En ella se señala en la misma línea que:

El art. 170 del C.C. determina como causa genérica de privación de la patria potestad el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, siendo éste el punto de referencia para la aplicación del calendario art. 177.2, por lo que el tema cardinal de esta resolución será el determinar si en este caso la madre estaba incumpliendo los deberes que le impone la patria potestad teniendo siempre en cuenta la preponderancia de los intereses del menor, que en este caso reclama imperiosamente un cambio radical en su propio status personal y social.

En este aspecto no puede decirse que no se haya practicado prueba suficiente pues el amplio expediente administrativo aportado a los autos contiene un historial, a veces hasta patético de cómo se ha desarrollado durante años la vida de los menores lo que llevó a declarar el desamparo mediante resolución firme de acuerdo con el art. 172.1 C.C. uno de cuyos presupuestos es el incumplimiento de los deberes de protección que establecen las leyes y que, de manera prioritaria incumbe a los padres, habiendo constancia de la situación de minusvalía de los progenitores aparte del también comprobado un riesgo sociosanitaria para los propios menores, así como la falta de cobertura de sus necesidades médicas, higiénicas y de alimentación aparte de no poder disfrutar de una vivienda mínimamente adecuada como pudieron comprobar los especialistas que visitaron el lugar donde viven los niños , junto con sus padres y varios parientes.

III EL INTERÉS DEL MENOR Y LA “PERDIDA/PRIVACIÓN/ DESACTIVACIÓN” DE LA PATRIA POTESTAD

Llegado este punto parece importante hacer unas mínimas reflexiones acerca de que debe ser hoy la patria potestad o responsabilidad parental, para poder cerrar el tema. La razón del comentario se basa en la constatación de que, si bien es cierto que en los últimos años los tribunales son cada vez más sensibles al hecho de que la patria potestad supone no tan sólo el ejercicio de una función, sino básicamente el buen ejercicio de los deberes inherentes a la misma, todavía es frecuente encontrar decisiones judiciales en las que se hace “primar” el interés de los progenitores por encima del interés del menor.

Legalmente, la patria potestad se ha erigido –no debe ser de otro modo– como el mejor sistema para posibilitar que la protección integral del menor y la asistencia de todo orden que señala el artículo 39-3 de la Constitución, resulte cumplida. La propia Convención sobre los Derechos del Niño hecha el 20 de noviembre de 1989 (que nuestro país ha ratificado, el 30 de noviembre de 1990 BOE núm.313, de 31 de diciembre de 1990) en su artículo 9.1 señala que

los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, **que tal separación es necesaria en el interés superior del niño**. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de malos tratos o descuido por parte de sus padres [...].

Y en su artículo 3.1, no menos importante a estos efectos, se indica que

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el **interés superior del niño**.

En esa misma línea se manifiesta la Ley 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor que en su artículo 2.1 señala que: “En la aplicación de la presente Ley **primará el interés superior de los menores** sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Se tiene asumida la idea del “interés o beneficio del menor” en el ejercicio de dichas funciones, pero como anteriormente se señalaba, todavía en algunas resoluciones está latente una cierta idea de patria potestad como poder o mejor como derecho de los progenitores a su ejercicio. Es decir se dictan sentencias en la que no se da lugar a la privación por consideración a los “derechos de los progenitores” y no constituyen, ni mucho menos, casos aislados.

Un buen ejemplo de lo que se acaba de señalar lo constituye la **STS de 24/05/2000**. El supuesto que se resuelve en la misma es en síntesis el siguiente. La madre de un menor, que al tiempo de la demanda había contraído segundo matrimonio, solicita que su primer marido –padre del menor–, que ha sido condenado a una pena de 30 años por robo con homicidio y otros delitos, sea privado de la patria potestad. Es evidente, como argumenta la sentencia, que “no se puede saber si es un buen padre o no el demandado por inexistencia de relación con el hijo y no por voluntaria inhibición”. Y concluye la sentencia que deniega

la solicitud de la madre señalando que: la privación “añadiría a la pena impuesta a todo recluso privado de libertad por un tiempo razonable al efecto, la de poder ser privado también por los tribunales civiles de la patria potestad”.

Este argumento sólo pone de manifiesto esa postura que quizá sería necesario cambiar. Por qué razón hay que dar más énfasis a que “no se sabe si es o no un buen padre” y no dársela a “inexistencia de relación”. Es cierto que el ejercicio de la patria potestad lo ostenta la madre y que por tanto el menor no está desatendido; pero no es menos cierto que no está atendido por quien no puede (como es el caso) atenderlo. Y parece necesario cuestionarse: que beneficio obtiene ese menor de continuar bajo la potestad de su padre biológico; que ejemplo de formación integral puede brindarle el progenitor si no existe trato entre ellos y sin entrar en ningún otro tipo de consideraciones; que educación humana le proporcionará, que compañía y apoyo.

Ni tan siquiera parece necesario entrar a valorar si subjetivamente el sujeto en cuestión podría ser un buen padre. Sólo y desde un punto de vista objetivo, cabe plantearse lo siguiente: ante el hecho de la inexistencia de relación (por la razón que sea), difícilmente será posible conseguir ese apoyo que los titulares de la patria potestad deben prestar al hijo. Lo que resulta obvio es que ese sujeto privado de libertad, con ocasión de un delito sancionado con una pena tan grave que le mantendrá en prisión hasta que su hijo haya alcanzado como mínimo la mayoría de edad, no podrá velar, cuidar, tener en su compañía, educar, etc.. a su hijo. La privación de la patria potestad no debería plantearse como un castigo añadido a la otra pena. En realidad con ella sólo se trata de solucionar un problema objetivo, presente, real y tener clara una idea: los hijos no son de propiedad de los padres (en ningún aspecto) y por tanto no se ostenta sobre ellos derecho alguno.

No es ésta una resolución aislada, en la **STS de 18 de Octubre de 1996** en la que la madre pidió la privación de la patria potestad del progenitor de la hija dado que se había desatendido de la misma tanto moral como económicamente, el Tribunal entendió que

no parece acreditado que el señor S. haya desatendido de forma grave a su hija. Al menos, en términos tales que esa desatención hubiera supuesto una **situación de comprobado riesgo y peligro en punto a la subsistencia económica e integridad física y espiritual de la hija**, y al no acontecer esto, no resulta procedente y aconsejable la adopción de una medida tan drástica como es la privación.

Hay que hacer notar que la custodia la tenía la madre y que en 5 años el padre le paso una cantidad total de 29.000 pesetas, aparte de que la relación entre ellos era, como parece evidente, casi inexistente.

Un último ejemplo en esta misma línea (aunque son numerosas las sentencias en este mismo sentido) es **la SAP de Toledo de 9 junio 1999** en la que no se admite la solicitud de privación de la patria potestad que realizan los abuelos de la menor contra su propia hija. La menor se encontraba bajo la guarda y custodia de sus abuelos y viviendo con ellos desde su más tierna edad. De manera que estaba cuidada, por lo que la actuación de la madre- inexistente- difícilmente la podría poner en peligro. En la sentencia se indica que

aun cuando el artículo 170 del CC contempla como causa de privación judicial de la patria potestad el genérico incumplimiento de los deberes de los padres que se recogen en el artículo 154 del CC, [...] no basta cualquier clase de incumplimiento, sino que éste ha de ser **grave, bien por la intensidad del peligro o ataque que la conducta paterna supone para los intereses del hijo, bien por su reiteración o duración en el tiempo**".

Y después de señalar lo que antecede añade la frase conocida de que "sin olvidar que en nuestro derecho actual no se concibe ya la patria potestad como un puro y simple derecho de los padres [...]".

Con todo una cosa es decir la frase y otra aplicarla en su completo sentido. Es cierto que en los últimos tiempos se aprecia, no solo en las normas legales, sino también en los argumentos judiciales, la necesidad de que ese buen ejercicio contemple, con superior exclusividad, que el interés del menor se encuentre cubierto y protegido. No obstante todavía, como se acaba de ver, son numerosas las resoluciones judiciales en las que el balance entre el interés del niño y la privación de la patria potestad, a la que consideran solamente desde la perspectiva de pena para los padres, se decanta a favor de los más fuertes, de los que no necesitan protección. De su lectura se constata que la medida de privación sigue siendo considerada una **medida excepcional**, para cuya asunción deben concurrir una serie de **circunstancias extremas** que **seriamente pongan en peligro la educación y formación de los niños**.

No obstante no todas las sentencias son en el mismo sentido. Y ya se aprecia una cierta línea (no sin fisuras) en la idea que aquí, en este breve comentario se defiende. Por ejemplo en la **STS de 20 de Enero de 1993** en un caso similar al citado de ingreso en prisión de uno de los progenitores, el Tribunal señala que: "la privación se acuerda con fundamento en el incumplimiento de la función que encarna la patria potestad por **imposibilidad física y moral** de su ejercicio". Hay que señalar, no obstante, que en este caso se produjo la circunstancia añadida de que el ingreso en prisión fue como consecuencia del homicidio de la esposa (madre de los menores).

Igualmente se admite la privación en la **SAP de Cuenca de 18 de Septiembre de 1997** aunque señalando que

conforme a la jurisprudencia, la institución de la patria potestad viene concebida legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 145 del CC, pero en atención al sentido y significado de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, **requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso** para el beneficiario o destinatario de la patria potestad, el hijo.

Quizá el caso justificaba la exigencia de esa acumulación de requisitos (constante, grave y peligroso). Pero parece excesivo condicionar la actuación legal a supuestos en los que se ha producido una dejación tan absoluta de las más elementales reglas de conducta.

También lo admitió la **SAP de Zaragoza de 4 de Octubre de 1997**, en unos términos claros y rotundos en la línea que aquí se defiende. Concretamente se señalaba que

constitucionalmente se impone a los padres y a los poderes públicos el deber de dispensar una protección especial a quienes, por razón de edad, no están en condiciones de valerse por sí mismos o de procurar su autogobierno. La patria potestad es la institución protectora del menor por excelencia [...]. Más que un poder, actualmente se configura como una función establecida en beneficio de los hijos menores, y cuyo contenido está formado mas por deberes que por derechos, como resulta del propio artículo 154 CC.

En la **SAP de Las Palmas de 22 de mayo de 1998**, se señalaba que en interés de los hijos, la posibilidad legal de privación o incluso suspensión a uno de los progenitores de la patria potestad debe interpretarse restrictivamente, aunque habrá lugar a la misma “cuando la conducta de los padres ponga o pueda poner en peligro la formación o educación de los hijos”. La SAP de Sevilla de 2 de Octubre de 1998 señalaba que “la privación de la patria potestad, total o parcial que contempla el artículo 170 del Código Civil, más que una sanción al progenitor incumplidor implica una medida de protección del descendiente y, por tanto, debe ser adoptada en beneficio del mismo”.

Igualmente y en la misma línea, la **SAP de Barcelona de 22 de noviembre de 1999** da lugar a la privación de la patria potestad del padre y constituye la tutela a favor de los abuelos de la menor a la que tenían en su compañía, por entender que

puede, en determinados casos, y por causa de esta moderna concepción [derecho/deber; derecho/función] restringirse o suspenderse, e incluso cabe privarse de la misma por ministerio de la ley, cuando sus titulares, por unas u otras razones, no asumen las funciones inherentes a ella o las ejercen con desacierto y perjuicio para

sus hijos, llegando a la solución mas radical en el supuesto de incumplimiento de los deberes que configuran tal institución jurídica.

Y añade que **la privación “no requiere sustentar la indignidad del progenitor, ni localizar a toda costa, una culpabilidad en el incumplimiento de los deberes”**.

Los casos son variados, los problemas de partida y las pruebas de los hechos también, pero, en líneas generales, marcan un nuevo hilo conductor. La privación de la patria potestad no debe suponer un “castigo” una “pena”. Se debe tratar simplemente de valorar si los deberes impuestos por la norma son o no son cumplidos adecuadamente. No debe entrarse en otro tipo de valoraciones como la existencia o inexistencia de culpabilidad por parte del infractor. El resultado debiera ser el compromiso de que el progenitor que no cuida adecuadamente a sus hijos, que no vela por ellos, que no los alimenta, que no cuida y potencia su educación y su formación integral, debería ser privado de ese “derecho” que de un modo tan evidente ha ignorado y por consiguiente, y sólo en atención a la mejor cobertura de los intereses del niño, traspasar dicha función a quien si puede y quiere cumplir tales deberes que tan frecuentemente ya está cumpliendo.

En ocasiones produce la sensación de que en los argumentos utilizados por las decisiones judiciales subsiste una especie de idea trampa. Parece como si todavía no se hubiera acabado de separar la concepción antigua de poder o derecho que se ejerce sobre los “tutelados” o “protegidos”, de la tendencia actual que está basada en la idea clave de protección integral e interés del hijo. Esa actuación, efectivamente, están llamados a ejercerla en primer lugar los progenitores, pero si éstos no pueden o no quieren desarrollarla, o sólo alguno de los progenitores biológicos no quiere ejercerla adecuadamente y por tanto el menor queda parcial o totalmente desatendido, el Estado, a través del ejercicio de sus poderes, debe actuar trasladando al otro progenitor, a un tercero o a las propias instituciones el ejercicio real de esa necesidad, privando al incumplidor de la misma o suspendiéndole de su ejercicio o de su titularidad. Es cierto que la propia ley traspasa al progenitor a cuyo cuidado están los menores el ejercicio de la patria potestad cuando “en defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres” (art. 156 CC) el otro progenitor no puede actuarla, pero esa medida se plantea en la norma como algo temporal o circunstancial, no como consecuencia (aunque puede servir) de un hecho permanente.

Si la privación no se planteara sólo como un castigo (hay casos que evidentemente lo merecen), sino como simple beneficio para el menor, como sistema integral a través del cual posibilitar su cuidado y protección, sin duda quedarían los niños en mejor situación. De ese modo aquellos casos en los que el progenitor está en prisión (con una condena

larga o media), o es víctima de una dura enfermedad entre las que sin duda merece especial mención la drogodependencia, o el padecimiento de problemas psiquiátricos que le impiden (aun contra su voluntad) desarrollar convenientemente su función, o los casos en los que el progenitor, sencillamente, no quiere o no se ve capaz de hacerse cargo de sus hijos y los deja, sin tener más relación con ellos o manteniendo un trato mínimo y superficial al cuidado de los abuelos, los tíos o cualquier otro familiar, se solucionarían el problema de un modo menos traumático para todos (menores y progenitores). Por lo menos dejaríamos de ser testigos de esas escenas duras y patéticas en las que un niño perfectamente asentado en un nuevo entorno “familiar” es reclamado por quien no lo cuidó (no pudo/no quiso) y se le aparta de un ambiente de cuidado, para situarle en el potencial peligro de una no inserción.

No se debe actuar por simple capricho, sino por autentica necesidad, en la línea que la Convención de Derechos del niño y nuestras propias leyes mantienen. El Estado, en última instancia, tiene el deber de proteger al niño; tiene el deber de actuar, siguiendo el procedimiento judicial legalmente establecido, separando al niño de sus progenitores biológicos cuando éstos no actúan como deben actuar los padres. Deben actuar cuando tal separación sea necesaria para posibilitar la satisfacción del interés superior del niño. Esa es la función última de la patria potestad. La patria potestad no es algo que se tiene y que te castigan quitándote. Es algo que se tiene y se mantiene en la medida en que se cumpla con la función que la misma implica. Cuando no se cumpla adecuadamente, y el incumplimiento sea doloso se puede castigar con la pérdida, pero otras tantas veces, seguramente la mayoría, sólo se debe instar la solicitud para conseguir una integral protección del menor y no debe implicar en consecuencia ningún castigo.

En conclusión, mas que una sanción al progenitor incumplidor, la privación de la patria potestad implica una medida de protección al niño, por tanto debe ser adoptada en interés del mismo. Cuando la conducta del progenitor deba ser calificada de lesiva, cuando no resulte la más adecuada para los intereses del menor, debería ser adoptada la medida judicial. Se trata de una medida que puede incluso tener carácter temporal. Así lo señala el artículo 170 del CC cuando establece que podrá acordarse en el futuro la recuperación de dicho derecho, evidentemente cuando las razones que motivaron la pérdida hayan desaparecido. Hasta el momento en que no se tenga suficientemente claro que no se trata de una sanción en el sentido de pena, no parece posible avanzar en el sentido propuesto.

Siempre está latente en el fondo la idea de que no se debe castigar a los padres más de lo necesario. De que la privación de la potestad parental es un castigo. Creo que hay que dar un paso más y dejar de considerarlo en estos términos. Con la privación no se quiere

necesariamente castigar, lo que se quiere es impedir el mantenimiento del injusto, el mantenimiento de la desatención y del daño para el menor. La idea de castigo implica dolo/culpa y creemos que con la idea de “daño” al menor derivado de la desatención o inadecuado comportamiento cambiamos la perspectiva y nos centramos más en lo importante que es la reparación de la víctima. No busquemos culpables, encontremos soluciones.

REFERENCIA

ALONSO CRESPO, Evelia. **Adopción nacional e internacional:** panorámica procesal y sustantiva, incluida la intervención de los padres biológicos: formularios: anexos. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2004.

Submissão em: maio de 2009

Pareceres favoráveis em: agosto de 2009

A R T I G O S

Ambivalências Raciais e Mídia da Sociedade

DENNIS DE OLIVEIRA

Professor livre-docente em Jornalismo, Informação e Sociedade pela ECA/USP. Possui graduação em Comunicação Social Habilitação em Jornalismo pela Universidade de São Paulo (1986), Mestrado em Ciências da Comunicação pela Universidade de São Paulo (1992) e Doutorado em Ciências da Comunicação pela Universidade de São Paulo (1998). Atualmente é Professor em Regime de Dedicção Integral à Docência e à Pesquisa (RDIDP) na Universidade de São Paulo. Tem experiência na área de Comunicação, com ênfase em Comunicação Popular, atuando principalmente nos seguintes temas: comunicação e cultura, processos midiáticos e culturais, comunicação e recepção, processos midiáticos e jornalismo, mídia e racismo, e integração na América Latina. É Coordenador do Centro de Estudos Latino-Americanos de Cultura e Comunicação (CELACC), Vice-Líder do Grupo de Pesquisa de Jornalismo Alternativo e Popular (Alterjor) e membro do Núcleo de Estudos Interdisciplinares do Negro Brasileiro (Neinb), todos da Universidade de São Paulo. É Professor do Programa de Pós-Graduação em Mudança Social e Participação Política da EACH/USP e do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Faculdade de Direito da USP. Atua como consultor em comunicação, educação e cultura em instituições públicas, particulares e organizações não governamentais.

Resumo: Este artigo traz algumas contribuições teóricas para se compreender as estratégias de relacionamento entre negros, movimento negro e mídia dentro da atual sociedade conhecida como “sociedade da informação”. Nos debates sobre mídia e racismo se depara, em geral, com a reivindicação de maior visibilidade nos produtos midiáticos. Como reação a esta reivindicação, os produtores (incluindo tanto as empresas de mídia como os seus funcionários mais graduados, entre eles, os autores e produtores de mídia) argumentam que as cotas na mídia ferem a liberdade criativa do autor e a liberdade de expressão. Estes dilemas devem ser analisados tomando como referência as particularidades do racismo no Brasil, articulando-os com os novos paradigmas da sociedade da modernidade líquida e midiaticizada.

Palavras-chave: processos midiáticos e culturais; mídia e racismo; racismo midiaticizado

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho traz algumas contribuições teóricas para se compreender as estratégias de relacionamento entre negros, movimento negro e mídia dentro da atual sociedade conhecida como “sociedade da informação”.

Parte-se das seguintes constatações teóricas:

1. vive-se, hoje, em uma sociedade marcada pela midiaticização que significa a penetração da lógica midiática em todas as ambiências das relações sociais – a mídia ocupa o lugar do espaço público e se transforma no novo ágora (praça pública) onde se referenciam as relações sociais e raciais;
2. o Brasil tem uma forma de racismo marcada por ambivalências, na medida em que a maioria da população admite a existência do racismo e o condena, mas também a maioria se assume como racista. Isto se deve ao fato de que o racismo se perpetra contra um segmento social majoritário da população, o que dificulta a sua invisibilidade;
3. há uma incorporação da problemática racial por parte da grande mídia, seja a cobertura de alguns eventos em que há participação hegemônica de negros ou via o lançamento de produtos segmentados destinados a um pretenso mercado de negros.

Nos debates sobre mídia e racismo se depara, em geral, com a reivindicação de maior visibilidade nos produtos midiáticos. Trabalhos como o de Araújo (2000) demonstram que ainda há uma participação pequena de negros em produtos de grande audiência, como as telenovelas. Entre as várias propostas de políticas de ação afirmativa, existe a reivindicação de cotas para negros em produtos midiáticos visando reduzir esta invisibilidade. Como

reação a esta reivindicação, os produtores (incluindo tanto as empresas de mídia como os seus funcionários mais graduados, entre eles, os autores e produtores de mídia) argumentam que as cotas na mídia ferem a liberdade criativa do autor e a liberdade de expressão ao impor determinadas regras para contratação de atores. E no caso das cotas nas universidades, o argumento é sempre o de caráter *meritocrático*. E o mais interessante é que tais argumentos não se colocam como contraponto à existência do problema do racismo ou ainda da necessidade de combatê-lo, mas que o caminho para isto é outro – é a melhoria das condições gerais da população, investir na educação básica, etc. Em outras palavras, retorna a ideia ambivalente do racismo – “ele existe, mas eu não sou o responsável.”.

Estes dilemas devem ser analisados tomando como referência as particularidades do racismo no Brasil, já bem delineados por autores como Moura (1988), Fernandes (1965; 1972) e Ianni (1962) e articulando-os com os novos paradigmas da sociedade da modernidade líquida (BAUMAN, 1999) e midiaticizada (SODRÉ, 2001).

2 SOCIEDADE MUDIATIZADA

A centralidade da mídia é abordada por diversos aspectos. Alguns, com uma tônica meramente formalista; outros, de uma forma mais estrutural. Entretanto, não há quem discorde de que a mídia ocupa um lugar central na sociedade contemporânea. É no campo midiático, inclusive, que as tecnologias mais se desenvolvem.

Considera-se mais interessante destas abordagens da centralidade da mídia a proposta feita por Muniz Sodré (2001) de que há a existência de uma nova ambiência da vida humana que ele chama de *bios midiático*. Sodré recupera os conceitos de bios da filosofia aristotélica – esta considera que a vida humana se desenvolve em três instâncias: a política, a contemplativa e a do prazer/corpo. A estas, o autor inclui a quarta – o bios midiático.

Nesta formulação, Sodré trabalha com a ideia de que existe uma lógica midiática que perpassa toda a ambiência humana. Mais: que esta lógica vai crescendo e retraindo as outras dimensões da vida humana.

O que importa reter aqui é que a medida que tal lógica vai contaminando as performances da vida humana, cria-se não só uma identificação do público com a mídia, mas também e principalmente, uma midiaticização do cotidiano e das relações sociais. Isto acontece, inclusive, com as relações sociais.

A mídia ganha este espaço à medida que o atual processo de globalização vai esvaziando o espaço público na sua característica clássica, conforme se viu no item anterior – a mídia se transforma no novo ágora do atual processo de globalização. Assim, define-se o *locus* aonde se desenvolve parte significativa das relações raciais – a mídia.

A mídia funciona, no nível macro, como um gênero discursivo capaz de catalisar expressões políticas e institucionais sobre as relações inter-raciais, em geral estruturadas por uma tradição intelectual elitista que, de uma maneira ou de outra, legitima a desigualdade social pela cor da pele (SODRÉ, 1999, p. 243).

Em artigo apresentado no Congresso da Intercom de 2004, este autor estudou as tipologias raciais e os modelos de relações inter-raciais apresentados na novela *Da Cor do Pecado*, exibida pela TV Globo no primeiro semestre daquele ano. A novela suscitou inúmeros debates em função de ter sido apresentada como a primeira novela da Globo tendo uma atriz negra (Taís Araújo) como protagonista; e que tinha nos conflitos raciais contemporâneos um dos principais ingredientes da trama.

Na análise que foi realizada, identificaram-se três tipologias comportamentais afrodescendentes – passividade/vitimação, autoidentificação/confrontação, submissão ao lado de três tipologias brancas – racismo exacerbado, racismo mitigado ou cordial, solidariedade paternalista. No fim da trama, as duas posições que apontam para a explicitação do racismo e a confrontação – autoidentificação/confrontação e racismo exacerbado – são derrotadas. O interessante é que as duas personagens que sintetizam estes dois comportamentos pontualmente se aliam e são postas no campo dos “vilões” da trama. Há uma valorização das posturas de vitimação e solidariedade paternal que são postas no campo dos “heróis” e se apresentam como elementos “civilizadores” das demais posturas tidas como inadequadas pela trama.

Sodré (1999) afirma que as representações dos conflitos étnicos na mídia seguem três tipos de modelos: a negação do racismo propriamente dito, a valorização de determinadas características tidas como positivas dos grupos etnicamente subalternos e, no caso da segunda assertiva, tem-se que a mídia *individualiza* os aspectos raciais ao colocar a solução dos conflitos no plano individual. Assim, há uma deturpação do problema, pois as classificações raciais ou étnicas são socialmente criadas por mecanismos de poder e atendem à manutenção de sistemas de poder e não são naturalmente dadas. Desta forma, a solução dos impasses e conflitos étnico-raciais passa por intermediações sociais e não individuais.

No caso do exemplo dado da telenovela, há a apresentação de tipos de negros que seriam socialmente aceitos e, assim, poder-se-ia pela assimilação individual destes comportamentos

superar o racismo. O mesmo ocorre com os antagonistas brancos – há uma condenação de determinados comportamentos racistas dos brancos. Entretanto, o racismo como mecanismo social de poder passa longe de tudo isto.

3 DA CIDADANIA AO INDIVÍDUO

Bauman (2000) lembra que o atual período, chamado por ele de *modernidade líquida* transfigura o sujeito-cidadão em sujeito-indivíduo. E o diz assim: “A apresentação dos membros como indivíduos é a marca registrada da sociedade moderna. Esta apresentação, porém, não foi uma peça e um ato é uma atividade reencenada diariamente.” (BAUMAN, 2000, p.39).

E continua o autor:

Como Tocqueville há muito suspeitava, libertar as pessoas pode torná-las indiferentes. O indivíduo é o pior inimigo do cidadão, sugeriu ele. O cidadão é uma pessoa que tende a buscar seu próprio bem-estar através do bem-estar da cidade – enquanto o indivíduo tende a ser morno, cético ou prudente em relação à causa comum ou bem comum (BAUMAN, 2000, p. 45).

Em uma sociedade de indivíduos e não de cidadãos, o racismo passa a ser considerado com um problema dos “negros que sofrem a discriminação” e não uma anomalia da sociedade. A sociedade midiaticizada opera por meio da lógica da individualização dos problemas de cidadania. Este discurso encontra certo eco entre parcela da população afrodescendente brasileira por uma série de motivos.

Em primeiro lugar, porque os afrodescendentes se constituem em um grupo historicamente situado na zona de exclusão da sociedade brasileira. Caracteriza-se como o que Sodré (*apud* PAIVA; BARBALHO, 2005, p. 13) chama de *minoría* que ele caracteriza como um “grupo não institucionalizado pelas regras do ordenamento jurídico vigente e que por isto pode ser considerado vulnerável diante da legitimidade institucional e diante das políticas públicas.”.

Um outro aspecto é também em função da característica do segmento como grupo minoritário que para Sodré (*apud* PAIVA; BARBALHO, 2005, p. 13) tem uma “condição de uma entidade em formação que se alimenta da força e do ânimo dos estados nascentes.”.

4 ESTRATÉGIAS DIANTE DO ÁGORA MIDIÁTICO

Porém, o mais interessante desta caracterização dos afrodescendentes como grupos minoritários na visão de Sodré está no fato de eles desenvolverem uma luta contra-hegemônica e operarem por estratégias discursivas particulares. Por luta contra-hegemônica entende-se como uma forma de rebelião contra sua condição de subalternidade que, em uma sociedade midiaticizada, significa não ter “voz” no ágora midiático. Diante disto, podem-se operar duas estratégias discursivas distintas. A primeira é o que Raquel Paiva chama de ação *flutuante*, isto é, atuar por meio de ações de impacto que visam repercussões na mídia.

Já vimos que os grupos minoritários agindo em sintonia com o ambiente midiático produzem formas de atuação em que o objetivo é muito frequentemente o aparecimento na mídia. E esse jogo de aparecimento/ocultamento que determina sua ação social flutuante (PAIVA, *apud* PAIVA; BARBALHO, 2005, p. 17).

A efeméride de 20 de novembro – que tem um caráter simbólico pois é uma data imposta pelo movimento negro em oposição ao oficialismo do 13 de maio – garantiu uma previsibilidade neste jogo de aparecimento dos afrodescendentes do ponto de vista político-ideológico. Do ponto de vista cultural, o carnaval historicamente tem este papel, embora perceba-se já uma nítida “daltonização” deste evento.

Outra estratégia na busca da “voz” no ágora midiático reside na construção de modelos, de figuras olímpicas negras que “representariam” este segmento no ágora. Esta estratégia é cooptada pela mídia e, em geral, reforça a ideia de uma guetificação de espaços permitidos aos afrodescendentes – o espaço lúdico. Ao lado disto, estas figuras são apresentadas como “vencedoras”, como pessoas que superaram suas barreiras e estas qualificações servem tanto para a mídia se legitimar como um *simulacro* de uma sociedade multiétnica quanto para atender às expectativas do grupo subalterno de encontrar representações suas no ágora midiaticizado.

Esta é uma distinção importante que se deve fazer entre projetos de comunicação alternativos elaborados por organizações negras, como o jornal *Djumbay*, do Maranhão; o Jornal do MNU, do Movimento Negro Unificado, o jornal *Legítima Defesa*, da Unegro ou mais anteriormente, o *Voz da Raça* (da Frente Negra Brasileira) e toda a experiência da imprensa negra do início do século XX que se preocupavam e se preocupam em discutir o negro no âmbito do racismo em todas as suas manifestações – portanto são publicações **negras e anti-racistas** na acepção política do termo; e as publicações voltadas para negros produzidas pela indústria cultural, como a revista *Raça Brasil* (Editora Símbolo), o *TV da Gente* (do

empresário e compositor Netinho) que se colocam como propostas mercadológicas visando organizar a população negra como um nicho específico de mercado. Em termos de estratégias discursivas, enquanto na primeira proposta se percebe um direcionamento para propostas de superação do racismo, na segunda há uma evidente tentativa de exaltação das qualidades estéticas que seriam típicas da população negra.

Em entrevista a revista *Carta Capital*, o empresário Netinho afirma que entende o discurso do seu amigo Mano Brown, dos Racionais MC's (famoso grupo de rap) mas que, diferentemente dele que é pelo confronto, ele é da "paz". A auto-atribuição de "pacifista" por parte de Netinho é sintomática pois é uma admissão de que o projeto que ele dirige não se confronta com o sistema e pode ser tranquilamente absorvido por ele.

Entretanto, esta estratégia discursiva aderente ao sistema por parte de alguns negros não está isenta de sofrer preconceitos. Isto porque ela aponta para a possibilidade de uma divisão do lugar topologicamente destinado aos brancos. Gera-se, assim, um conflito não mais entre aliados/adversários mas entre conhecidos/estranhos.

Existem amigos e inimigos. E existem estranhos. Amigos e inimigos colocam-se em oposição uns aos outros. Os primeiros são o que os segundos não são e vice-versa. [...] Aparentemente há uma simetria: não haveria inimigos se não houvessem amigos e não haveria amigos se não fosse pelo largo abismo da inimizade exterior (BAUMAN, 1999, p. 62).

E ainda:

Contra este confortável antagonismo, contra essa colisão conflituosa de amigos e inimigos, rebela-se o estranho. A ameaça que ele carrega é mais terrível que a ameaça que se pode temer do inimigo. O estranho ameaça a própria associação, a própria possibilidade de associação. Ele desmascara a oposição entre amigos e inimigos como o *compleat mappa mundi* como diferença que consome todas as diferenças e portanto não deixa nada fora dela. Como essa oposição é o fundamento no qual se assenta toda a vida social e todas as diferenças que a constroem e sustentam, o estranho solapa a própria vida social. E tudo isso porque o estranho não é nem amigo e nem inimigo – e porque pode ser ambos. E porque não sabemos nem temos como saber qual é o caso (BAUMAN, 1999, p. 64).

Bauman avança no conceito de estranho ao colocá-lo na categoria dos "indefiníveis", proposta por Jacques Derrida, na qual se incluem também o *pharmakon* (que inclui tanto os remédios – vida – como os venenos – morte); o *himen* (que representa tanto a virgindade quanto casamento – ou o seu rompimento) e *suplemento* (que pode significar adição ou substituição).

Os indefiníveis não são uma coisa nem outra o que equivale a dizer que eles militam contra uma coisa ou outra. Sua subdeterminação é sua força – porque nada são podem ser tudo. Eles põem fim ao poder ordenador da oposição e, assim, ao poder ordenador dos narradores da oposição. As oposições possibilitam o conhecimento e a ação: as indefinições os paralisam. Os indefiníveis expõem brutalmente o artifício, a fragilidade, a impostura da separação mais vital. Eles colocam o exterior dentro e envenenam o conforto da ordem com a suspeita do caos (BAUMAN, 1999, p. 65).

Bauman vai além na sua definição conceitual de estranheza ao lembrar que ela é controlada quando há uma separação territorial entre familiares e estranhos, mantendo-os distantes e, no limite, estabelecendo contatos pontuais. Esta separação pode ser também virtual – quando lembramos a noção de espaços permitidos e espaços proibidos em termos das clivagens raciais, vem à tona a permissão para que os negros usufruam e sejam até hegemônicos numericamente falando nos espaços lúdicos e vetados nos demais espaços (como o político, econômico, acadêmico, etc.).

Uma situação que demonstra bem isto é o estado da Bahia, onde há uma nítida visibilidade da população negra no território cultural e uma total proibição no espaço político e acadêmico, tanto é que, em determinados momentos, houve mais parlamentares negros em Estados do Sul e Sudeste que neste Estado em que se concentra a maior população negra do país. O negro como *não familiar* é admitido no espaço lúdico, além da fronteira do espaço do poder.

Este negro não familiar torna-se *estranho* quando reivindica a participação em outros espaços para os quais “não foi convidado”. Assim, para Bauman (1999, p. 68), “o estranho entra no mundo real e se estabelece aqui tornando-se relevante, ao contrário daqueles meramente não familiares.” e, contrariamente ao inimigo, perturba por não estar do outro lado da linha de batalha e sim próximo, reivindicando o direito de ser um objeto de responsabilidade, atributo do amigo.

Ainda Bauman:

o estranho solapa o ordenamento espacial do mundo, a batalhada coordenação entre proximidade moral e topográfica, a união de amigos e a distância de inimigos. O estranho perturba a ressonância entre distância física e psíquica: ele está fisicamente próximo mas permanece espiritualmente distante (BAUMAN, 1999, p. 69).

Esta ambivalência da estranheza perpassa a percepção do problema racial no país entre a maioria dos brasileiros que admite a existência do racismo e do preconceito do país mas não se considera racista ou preconceituoso. Tem-se, assim, uma noção nebulosa de onde

se situa o racismo, uma certa dificuldade de materializar as ações preconceituosas e discriminatórias que não sejam aquelas percebidas nos indicadores socioeconômicos. É por esta razão que há uma dificuldade imensa em se pensar políticas específicas de combate ao racismo pois a medida que o problema é visto apenas nas suas manifestações mais gerais, a tendência é se pensar em saídas genéricas ou ainda reduzir a dinâmica do racismo com a afirmação de que se trata de um problema social e não racial.

A participação do negro na grande mídia, seja nos grandes meios ou seja nas propostas de mídia segmentada que ainda timidamente se apresentam revela este caráter ambivalente. Se, por um lado, esta participação decorre de uma percepção de invisibilidade do negro no âmbito midiático dado pelos mecanismos sociais de seleção racial e, portanto, implica em certa contestação a forma hegemônica de reconstrução da realidade operada pelo aparelho midiático, por outro, o aspecto mercadológico de tais aparecimentos não revela um discurso de contestação sistêmica e, sim, de coparticipação, ainda que minoritária, dentro do mesmo sistema e inclusive incorporando a sua lógica.

A atriz Taís Araújo, quando entrevistada do seu papel de protagonista na novela *Da Cor do Pecado* afirmou que o fato de a maior emissora de televisão do país veicular uma telenovela com uma atriz negra no papel principal era “tudo de bom” e que a Globo estava, assim, “avalizando nossa luta”. Em outro momento da entrevista, a atriz afirma que quando criança tinha problemas com sua autoidentificação como negra em virtude da totalidade das apresentadoras de programas infantis ser loira.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apontou-se, com estas rápidas reflexões, que a mídia da sociedade impõe novas formas de conceituar a problemática do racismo no Brasil. A admissão da existência do racismo no país (que implicou no desmonte do mito da democracia racial brasileira) e a sua criminalização tanto jurídica como moralmente em função das pressões dos movimentos sociais de negros foi incorporada pelo novo âmbito midiático apresentando-o como uma relação de ambivalências.

Há uma dissociação entre *discurso negro* que aponta a valorização “natural” de algumas características deste segmento social que o referenda como hegemônico exclusivamente em determinados espaços permitidos e *discurso anti-racista* que se centra na percepção dos mecanismos socialmente criados que excluem a população negra e aponta para a sua superação.

Diante disto, o racismo na mídia é medido não apenas por uma maior ou menor visibilidade de negros mas fundamentalmente nas propostas que são hegemonicamente apresentadas de tipologias de ser negro e de se relacionar interetnicamente.

A visibilidade maior de negros no ágora midiático se apresenta como *possibilidades oferecidas* pelo atual sistema de ascensão. Por isto, tal reivindicação aparece com certa força entre grupos negros que desenvolvem atividades artísticas ou lúdicas, pois tais atividades se legitimam socialmente no ágora midiático. Entretanto, a medida que se midiaticiza a sociedade, outras atividades também buscam espaços neste ágora e há uma pressão considerável sobre o movimento social de negros para se comportar como uma *minoría flutuante*, utilizando um conceito de Raquel Paiva. Pode-se perceber esta estratégia discursiva em determinadas experiências organizativas, como o Movimento pelas Reparações, a ação de algumas organizações não governamentais negras, grupos de hip-hop, entre outros.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes**. São Paulo: Dominus-USP, 1965.

_____. **O negro no mundo dos brancos**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1972.

IANNI, Octávio. **As metamorfoses do escravo**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962.

MOURA, Clóvis. **Sociologia do negro brasileiro**. São Paulo: Ática, 1988.

OLIVEIRA, Dennis; PAVAN, Maria Angela. Identificações e estratégias nas relações étnicas na telenovela Da Cor do Pecado (Trabalho apresentado no Congresso da Intercom de 2004).

PAIVA, Raquel; BARBALHO, Alexandre (Org.). **Comunicação e cultura das minorias**. São Paulo: Paulus, 2005.

SODRÉ, Muniz. **Antropológica do espelho**. Petrópolis: Vozes, 2001.

SODRÉ, Muniz. **Claros e escuros**. Petrópolis: Vozes, 1999.

Submissão em: julho de 2009

Pareceres favoráveis em: setembro de 2009

El Derecho Humano al Agua: la justicia como ética alternativa - a propósito del tribunal latinoamericano del agua

GILBERT ARMIJO

Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Especialista en Ciencias Penales por la Universidad de Costa Rica. Profesor Universitario de la UCR y UNA. Premio “Alberto Brenes Córdoba 1996” por el Colegio de Abogados, Premio “Ulises Odio Santos 1998” por el Poder Judicial. Autor de diversas publicaciones especializadas. Magistrado de la Sala Constitucional de la Costa Rica.

“El agua es el alma del Planeta Azul” (DECLARACIÓN, 2009a)

1 INTRODUCCIÓN

Cuando abordamos un tema delicado, como lo es el derecho humano al agua, la doctrina suele enfocarlo desde diferentes ángulos normativos. Tenemos, en primer lugar, la perspectiva de la concepción clásica del derecho, donde los bienes que son susceptibles de un disfrute común, encuentran sus raíces en el viejo derecho romano que nos hablaba de la “*rei comune omnium*”¹. En virtud de la cual, se crea el dogma de que todo lo que este bajo la administración del Estado es de “*dominio público*” y por ende solo sujeto o limitado por la constitución y la ley para satisfacer a los más altos intereses de la ciudadanía (ROMERO-PÉREZ, 2007). Esta doctrina ha conservado una enorme influencia en el actual derecho público y en particular para los Estados post revolución francesa.

Quizá, sea prudente indicar desde ya, una verdad de perogrullo, pero que tiene una gran trascendencia para comprender nuestro tema: el siglo XX y el XXI, no solo ha sido de un enorme desarrollo científico e intelectual, sino también que se ha caracterizado por la potenciación de los derechos humanos.

Lo anterior, tiene como antecedente, el redescubrimiento de la justicia constitucional a nivel del derecho continental como consecuencia de la caída de las dictaduras europeas después de la segunda guerra mundial², y nuestro continente no es ajeno al cambio, asistimos a un verdadero un replanteamiento de la *vieja justicia constitucional* como consecuencia de la caída de las dictaduras militares.

¹ En este sentido véase el interesante aporte de Rota (2007, p. 81-82).

² Sobre el tema puede consultarse Brand, 2006, p. 39.

La nueva justicia constitucional, que surge en América Latina en la década de los ochenta y noventa tuvo como primera misión convertir en letra viva nuestras constituciones. Algunos disfrutamos afirmando que las constituciones dejaron de ser meros enunciados programáticos para convertirse en normas jurídicas eficaces y vinculantes (ARMIJO SANCHO, 2007, p. 21-24).

Igual, argumento sería lícito extrapolar al derecho internacional de los derechos humanos. En nuestro caso, es quizá más que evidente la influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para que esta afirmación cobre vida, ha sido necesario implementar lo que la doctrina denomina la tercera vía, pues siendo la justicia internacional humanitaria residual, les ha correspondido a los tribunales y salas constitucionales, convertirse en tribunales de derechos humanos (GARCÍA RAMÍREZ, 2006).³

2 ¿POR QUÉ EL AGUA DEBE PROTEGERSE?

En la actualidad corrientes como las que representan los derechos emergentes, potencian que todos los seres humanos tenemos mayores y mejores derechos que los actualmente reconocidos oficialmente⁴, entre estos el derecho humano al agua⁵.

La sociedad civil, reclama de nuestros tribunales una actividad más proactiva. Resaltan que de nada vale el reconocimiento oficial del derecho al agua, por ejemplo, si no se cuenta con una instancia judicial que lo torne en efectivo y eficaz; lo anterior significa, que los operadores constitucionales debemos replantearnos que ha cambiado en el siglo XXI, para que estas exigencias se fortalezcan en la forma que lo demanda, por ejemplo, la sociedad civil en la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, la Declaración Europea del Agua⁶ o la Declaración Latinoamericana del Agua⁷.

³ En igual sentido, pueden consultarse múltiples sentencias de los tribunales constitucionales latinoamericanos, como el Argentino, Costarricense, el de República Dominicana, el Salvador, solo por mencionar algunos en las ediciones de Corte (2006) e Corte (2007).

⁴ Sobre el tema puede consultarse Armijo Sancho, 2009.

⁵ Dicha declaración afirma como postulado básico: "El derecho a la seguridad vital, que supone el derecho de todo ser humano y toda comunidad, para su supervivencia, el agua potable y el saneamiento, a disponer de energía y de una alimentación básica adecuada, y a no sufrir situaciones de hambre. Toda persona tiene derecho a un suministro eléctrico continuo y suficiente y al acceso gratuito a agua potable para satisfacer sus necesidades vitales básicas." (INSTITUT, 2008, artículo 1, párrafo 1).

⁶ Señala, entre otras cosas, bajo el epígrafe "El agua para la vida. La función básica de garantizar la supervivencia para los seres humanos debe ser reconocida como una prioridad primordial, un derecho humano universal. El ejercicio de este derecho humano y la sostenibilidad de la biosfera deben ser garantizados de forma eficaz." (DECLARACIÓN, 2009b).

⁷ Es una expresión de la sociedad civil latinoamericana, que tiene como característica el reflejar la insatisfacción por las respuestas oficiales. El artículo primero señala que: "El derecho al agua es un derecho fundamental, inherente a la vida y dignidad humanas. La población de la región latinoamericana es titular del derecho fundamental al agua en adecuada cantidad y calidad." (TIBUNAL, 2009).

Una primera aproximación al tema, esta íntimamente unida al fenómeno económico de la globalización, que conlleva, en principio un cambio de paradigma, en cuanto a la manera que hemos visto el problema del acceso al agua como un recurso natural, casi siempre unido, a la autorregulación de los estados nacionales (que en general prestan el servicio, a través de organismos oficiales). En este sentido, y pese al tiempo transcurrido poco nos diferenciamos del Estado Romano y su símbolo de las fuentes públicas para satisfacer la sed de sus ciudadanos.

La preocupación que se oculta tras las demandas de los derechos emergentes y los nuevos movimientos latinoamericanos y europeos, tiene todo que ver con armonizar las tendencias privatizadoras del “agua dulce”.

Sobre este aspecto, y desde una óptica diferente, el derecho económico, sostiene que no hay escasez de agua, lo que existe es una distribución ineficiente del líquido, por ello, no es cierto que se pretenda privatizar un bien común, sino por el contrario de lo que se trata es de implementar nuevas y más eficientes políticas de gestión del recurso hídrico (ESTEBAN CASTRO, 2002).

Para los que combaten estas nuevas corrientes económicas, el agua es un bien común sometido en la actualidad a un nuevo concepto de propiedad privada.

Como se observa, estamos en presencia de dos tesis jurídicas, que tienen una concepción ideológica y filosófica diversa, que podríamos resumir bajo el postulado de si: *el agua dulce es un derecho humano o una mercancía*.

El tercer foro mundial de Kyoto, celebrado en marzo del 2005, fue especialmente relevante en darle un impulso a las nuevas tesis de la globalización. Pues las naciones más industrializadas se negaron a reconocer que el agua es un derecho humano. Tampoco se autorizó al Banco Mundial, para que financiara la infraestructura necesaria para el desarrollo de las fuentes de agua en los países menos desarrollados. El informe Camdessus, fue claro en cuanto a la imposibilidad de alcanzar los objetivos de Johannesburgo⁸ y se recomendó, por el contrario, que la empresa privada o mixta realicen la inversión que se requiere para llevar al agua a las naciones más pobres, previa privatización del recurso.

Este informe fue criticado por ONG s como “*Amigos de la tierra*”, pues en su criterio los resultados de privatizar el agua, en los países en vía de desarrollo, solo benefician a las

⁸ Declaración de Johannesburgo, adoptada en la Cumbre Mundial del Desarrollo Sostenible de 2002.

grandes compañías y puede fomentar la exclusión de los sectores más pobres que no están en condiciones de pagar el producto al precio del mercado.

Ante la tesis económica de la privatización, se alzan nuevas propuestas, y se retoma el concepto de “*bien o patrimonio común de la humanidad*”. Lo cual implica que el individuo o el Estado, ya no puede ser considerado el dueño de ciertos recursos como el agua, ahora el destinatario del bien lo deben ser todos los ciudadanos del mundo. Desde este punto de vista, la soberanía es un concepto obsoleto que sublima el concepto de propiedad privada del individuo al Estado, y el agua al igual que el aire es un bien común de todos los seres humanos, por ende deducen, que debe estar prohibida su comercialización ya que ello implica necesariamente la exclusión de importantes sectores de la humanidad que no pueden tener acceso al costo del producto.

Desde luego, esta opción puede ser disfuncional, pues bajo este supuesto podrían los países que han descuidado sus recursos naturales (por contaminación, extracción excesiva o negligencia)⁹ pretender que le sea facilitado sin costo por los Estados que aún conservan el agua potable en grandes o pequeñas reservas¹⁰.

Desde una perspectiva diferente, como lo sostiene, el neomalthusianismo sólo se trata de la tragedia de los “*bienes comunes*”, donde la transferencia de derechos de propiedad pública o comunitaria al sector privado, responde al diseño de una política preventiva para el control del riesgo, ante la posibilidad del agotamiento de los recursos naturales (agua, bosques, aire, etc.) (ESTEBAN CASTRO, 2002).

Ciertamente, tesis tan opuestas, pueden ser el ropaje jurídico de las futuras guerras de la humanidad¹¹ por el agua¹². Los estudios actuales nos recuerdan que el mundo tiene 97.5%

⁹ “Durante las últimas décadas han surgido problemas que han puesto en crisis los modelos de gestión de agua predominantes a lo largo del siglo XX. Estos problemas son: la crisis ecológica de los ecosistemas acuáticos; la explotación insostenible de muchos acuíferos; los crecientes problemas en la calidad de los recursos; los problemas de ineficiencia y de irracionalidad económica; problemas de gobernabilidad por falta de transparencia y participación ciudadana.” (DECLARACIÓN, 2009a, p. 17).

¹⁰ Esta posición encuentra sustento cuando se trata el tema desde la perspectiva de “desequilibrios hidrológicos”. Tesis que es cuestionada por el movimiento europeo de “La Nueva Cultura del Agua”, para estos, el “concepto de desequilibrio hidrológico, presentado como una injusticia de la naturaleza”, ha inducido un concepto ético de la “solidaridad” de las regiones o cuencas ricas en agua hacia las que disponen de menos recursos hídricos. Ese concepto, sin embargo, es empleado a menudo de forma demagógica, en la medida que suele promoverse la transferencia de recursos desde territorios menos desarrollados a otros más ricos, agravando desequilibrios territoriales y sociales.” (DECLARACIÓN, 2009a, p. 25).

¹¹ En estos días, la noticia ha recorrido el mundo Amnistía internacional reclama a Israel privar de agua a los palestinos. Se afirma que “Israel no deja a los palestinos acceder más que a una fracción de los recursos comunes en agua, que se sitúan sobre todo en Cisjordania ocupada, mientras que las colonias israelíes ilegales reciben cantidades prácticamente ilimitadas”, escribe Amnistía. “Piscinas, céspedes bien regados y vasta explotación agrícolas irrigadas en las colonias contratan con pueblos palestinos vecinos cuyos habitantes deben luchar a diario para garantizar sus necesidades de agua”, agrega el informe (NACION, 2009).

¹² Hans van Ginkel, Subsecretario General de las Naciones Unidas durante el Simposio de Agua de Estocolmo, 13 de agosto de 2001 (Financial Times, 14 de agosto de 2001, p. 6).

de agua salada, un 2.5% de agua dulce, de esta un 68.7% se encuentra en los polos, un 30.1% en el subsuelo y solo 0.4% sobre la superficie de la tierra. En Asia, tenemos el 60% de la población mundial y solo tiene el 30 % de toda el agua. En América del Sur tenemos el 6% de la población mundial y el 26% del agua dulce. La Organización Meteorológica Internacional, sostiene que 34 países para el 2025, tendrán serios problemas para el abastecimiento del agua, actualmente en esa situación se encuentran 29 países que presentan una escasez de moderada a severa¹³. El consumo del agua dulce se ha multiplicado seriamente y para el 2030 habrá aumentado un 60%. En la actualidad un africano vive con 30 litros al día, un palestino con 70, un israelí con 260, un norteamericano con 700 y un europeo con 200.

En América latina, 77 millones de personas no tienen acceso al agua potable, pese a la riqueza hídrica del continente¹⁴. En Centroamérica la disponibilidad del agua disminuyó en un 62% en los últimos cincuenta años. En Costa Rica, tenemos un índice de cobertura del consumo humano del 82%, sin embargo las aguas superficiales presentan algún grado de contaminación: 20% de las aguas residuales, 40% de desechos sólidos industriales, 40% del sector agrícola.

Para otros, desde el derecho económico, el derecho humano al agua, no es ilimitado, es finito, vulnerable y desde luego tiene un coste económico, para su preservación, distribución y tratamiento, para este grupo la discusión quedó zanjada desde la Declaración de Dublín de 1992, donde se admite por primera vez que el “*agua es un bien económico*”. Esto dio lugar a una serie de disfunciones, que han permitido la privatización del agua en América Latina.

3 ¿CUÁL ES LA RESPUESTA DESDE LA ÓPTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS?

Ciertamente el agua, ha sido reconocido en diferentes instrumentos internacionales como un Derecho Humano, entre estos suelen citarse: el Comentario General N. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de NNUU (2002), tal pronunciamiento refuerza anteriores consideraciones aparecidas por ejemplo, en La Convención de NNUU

¹³ Puede consultarse sobre el tema: Informe sobre Desarrollo Humano del 2006. Más allá de la escasez: Poder, pobreza y la crisis mundial del agua. Elaborado por el Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

¹⁴ Latinoamérica es el continente con la disponibilidad del recurso más alta del mundo, sus 3100 m³ de agua per cápita por año, duplican el promedio per cápita mundial. La gran mayoría de los países cuentan con disponibilidad catalogadas entre altas y muy altas en razón de la superficie y población, sin embargo, ello no garantiza que éste sea accesible a la totalidad de la población. Situación de los Recursos Hídricos en América Latina (AMÉRICA, 2009).

para la Eliminación de toda Forma de Discriminación de la Mujer (1979) y La Convención sobre los Derechos del Niño (1989). A nivel ministerial, existen diversas declaraciones como la del Foro Mundial del Agua de Kyoto (2003), la Carta Europea de los Recursos del Agua (2001), la recomendación 1731 de 2006 del Consejo de Europa, que le aseguran al derecho una posición privilegiada. En el sexagésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas, en el tema 48 del programa, se *“reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos.”*¹⁵

Para parte de la doctrina, estos acuerdos se ven desde la percepción del *“soft law”*, sin ninguna fuerza vinculante.

En nuestro caso, hemos aceptado que el derecho a acceder al agua dulce, es un derecho humano esencial; para nosotros no es tan importante si es un derecho humano accesorio¹⁶ o principal¹⁷, lo consideramos innecesario, pues lo que importa es su tutela constitucional. Estamos conscientes, de que no basta con reconocerlo normativamente, sino en tornarlo exigible y eficaz. Por ello, lo comprendemos dentro de una concepción más amplia, bajo nuevos enfoques, donde el ambiente juega un papel esencial, de lo que denominamos un *“enfoque eco sistémico”*, pues el agua, no puede ser vista aisladamente de los demás recursos, los bosques, los suelos, en síntesis del ecosistema. El agua no solo debe satisfacer la sed, sino mantener la biodiversidad, los caudales mínimos de agua en los ríos, el mantenimiento de los humedales, todo ello de conformidad con lo pactado en la Convención de Ramsar.

En nuestro medio, hemos admitido que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos e incluso las recomendaciones del orden de la Observación General N. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de NNUU (2002), tienen un valor vinculante, incluso en algunos supuestos supraconstitucional en el tanto y en el

¹⁵ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, N.º A/RES/64/292, aprobada en la sesión plenaria N.º 108, de 28 de julio de 2009.

¹⁶ En general los tribunales constitucionales latinoamericanos, hemos derivado el derecho humano al agua de otros derechos fundamentales, por ejemplo el suministro de agua apta para el consumo humano y del servicio de alcantarillado que lo permita, se han desprendido en el caso colombiano de lo que denominan *“el núcleo esencial del derecho a la vida en condiciones dignas”*. En esa línea, entonces, la Corte ha dicho que el derecho al agua puede protegerse por medio de la acción de tutela cuando contribuye a la vida, la salud y salubridad de las personas, pero no lo es cuando está destinada a otras actividades, tales como la explotación agropecuaria o a terrenos deshabitados. Así Sentencia T-888 de 2008. Marco Gerardo Monroy Cabra, puede consultarse de la Corte Colombiana Sentencia T-381/09.

¹⁷ Sobre el tema véase en España: Andrés Ollero: *“La suave rigidez constitucional: derechos que no son derechos. A propósito de la STC 247/2007 de 12 de diciembre”*, en Fundación para el análisis y los estudios sociales (Faes), julio/setiembre, 2008.

cuanto le otorguen a los ciudadanos mayores derechos que los que brinda nuestra constitución.

De ahí la importancia del pronunciamiento como un instrumento operativo más, pues reafirma lo que el Comité había ya reconocido en la Observación General N. 6 (1995), aunque referido a las personas de la tercera edad, de que el agua es un “*derecho humano*” amparado por el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto¹⁸. Esta tesis es desarrollada con mayor amplitud y precisión en la Observación general N. 15, que no solo reafirma que el “*agua es un derecho humano*”, sino que le impone a los Estados partes obligaciones y mínimos de cumplimiento inmediato y no progresivo. Se define el derecho al agua como la condición mínima para asegurar la existencia del ser humano. Señala que el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, accesible y asequible para el uso personal y doméstico.

El Comité resalta que los Estados tienen una serie de obligaciones, entre estas: garantizar un mínimo de agua potable a toda su población, lo que conlleva la interdicción de cualquier forma de discriminación para los sectores más vulnerables o marginados. Para estos sectores, el acceso al agua debe llevarse a cabo imponiendo tarifas más bajas y accesibles. Por ello, es indispensable que los Estados cuenten con un plan nacional sobre el agua. Este tema es retomado por las Reglas de Berlín de 2004, sobre recursos hídricos, donde se reafirma la obligación del Estado de garantizar a través de políticas públicas, el acceso de los más necesitados al agua.

La doctrina de los derechos humanos emergentes suele sostener, que el derecho al agua, es un derecho transversal, porque sin agua no hay vida, sin vida no hay dignidad, lo que nos puede llevar a una amplia escalera de derechos interrelacionados, como por ejemplo; el derecho a la salud física y mental, el derecho a la alimentación, el derecho al medio ambiente adecuado, y porque no al derecho a la paz.

La tesis aunque parece novedosa, podría encontrar sustento en el párrafo 6 de la observación N. 15. Y esto tiene importancia, porque la mayoría de las salas y tribunales constitucionales, lo analizamos como un derecho derivado, de otros derechos humanos, pero no como un derecho humano transversal, que nos permita resolver los conflictos constitucionales que afectan a los más necesitados.

¹⁸ Véanse los párrafos 5 y 32 se la Observación General N. 6 (1995) del Comité, relativa a los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores

Lo anterior, nos brinda una nueva perspectiva para valorar los casos de discriminación y la desigualdad. La Observación general desarrolla este tema desde la “*discriminación de facto*” por no asignación de recursos para llevar el agua a los sectores más pobres. En ella señala que: “... las inversiones no deben redundar de manera desproporcionada en beneficio de los servicios e instalaciones de suministro de agua que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población; esos recursos deben invertirse más bien en servicios e instalaciones que redunden en beneficio de un sector más amplio de la población.”¹⁹

Debemos recordar que la Observación general n.15, tiene como base que el Comité ha constatado que tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados se deniega, injustificadamente a los ciudadanos el derecho al agua, y nos recuerda que “los Estados deben adoptar las medidas eficaces para hacer efectivo el derecho al agua sin discriminación alguna.”²⁰

La tarea solo puede lograrse si los Estados tienen obligaciones de cumplimiento inmediato y no supeditadas a un desarrollo progresivo. Desde luego siempre existirá temas que son de desarrollo progresivo, pero el Comité confirma que los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto. A juicio del Comité, pueden identificarse al menos algunas obligaciones básicas en relación con el derecho al agua, que tienen efecto inmediato, entre estas señala que los Estados tienen la obligación de:

- a) Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua suficiente y apta para el uso personal y doméstico y prevenir enfermedades; b) Asegurar el derecho de acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial a los grupos vulnerables o marginados; c) Garantizar el acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua dulce salubre; que tengan un número suficiente de salidas de agua para evitar unos tiempos de espera prohibitivos; y que se encuentren a una distancia razonable del hogar; d) Velar por que no se vea amenazada la seguridad personal cuando las personas tengan que acudir a obtener agua; e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponible; f) Adoptar y aplicar una estrategia y un plan e acción nacional sobre el agua para toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán de ser elaborados y periódicamente revisados en base a un

¹⁹ Véase párrafo 14 de la Observación General N. 15 (2002) del Comité, relativa a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. ²⁷ Véase párrafo 1 de la Observación General N. 15 (2002) del Comité, relativa a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²⁰ Véase párrafo 1 de la Observación General N. 15 (2002) del Comité, relativa a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

proceso participativo y transparente; deberán prever métodos, como el establecimiento de indicadores y niveles de referencia que permitan seguir de cerca los progresos realizados; el proceso mediante el cual se conciben la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberán prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados; i) Adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular velando por el acceso a unos servicios de saneamiento adecuados.²¹

Lo anterior implica que para todos los países suscriptores del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dichas pautas son vinculantes, obligatorias y cualquier persona o grupo de personas que haya sido víctima de una violación del derecho al agua esta legitimada para acudir a los tribunales nacionales e internacionales para que les sean restaurados sus derechos²². Estos tribunales cuando juzguen los casos de violaciones del derecho al agua, o por lo menos de las obligaciones fundamentales, deben hacerlo invocando directamente el Pacto²³. Se nos recuerda, los tribunales nacionales, que tenemos la obligación de conceder una indemnización adecuada a las víctimas, que “podrán consistir en restitución, indemnización, satisfacción o garantía de que no se repetirán los hechos.”²⁴

4 ¿REALMENTE GARANTIZAMOS EL ACCESO AL AGUA SIN DISCRIMINACIÓN ALGUNA?

El cuestionamiento debería llevarnos a reflexionar, a los operadores de la justicia constitucional latinoamericana, sobre las desigualdades que golpean a nuestros pueblos y sobre todo, lo que podemos hacer para que nuestros ciudadanos tengan acceso real al agua potable.

Nuestras realidades, nos demuestran, que en la mayoría de los Estados el agua está mal distribuida, casi siempre, en nuestras sociedades de América Latina, existen zonas satisfechas y grandes zonas marginales, y por ende seres humanos que no tienen acceso al recurso. Estos amplios sectores afectan a gran cantidad de seres humanos excluidos por el lugar de nacimiento y por la falta de recursos económicos. Casi se podría afirmar,

²¹ Ver párrafo 37 de la Observación General N. 15 (2002) del Comité, relativa a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²² Ver párrafo 55 de la Observación General N. 15 (2002) del Comité, relativa a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²³ Ver párrafo 57 de la Observación General N. 15 (2002) del Comité, relativa a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

²⁴ Ver párrafo 55 de la Observación General N. 15 (2002) del Comité, relativa a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

que la discriminación en relación al acceso al agua, se convierte en uno de los criterios fundamentales para analizar la justicia social de nuestros Estados.

En nuestros países, cuando se trata de la gestión del agua, suele referirse al sector que la disfruta como “consumidores” o “usuarios”, sin embargo, existen amplios sectores de la población que no cuentan con acceso a las redes formales de distribución. Estos últimos, no potenciales clientes suelen engrosar las estadísticas de los tribunales o salas constitucionales solicitando amparo o tutela, reclamado el agua como un derecho y por ende, no solo pretenden ser escuchados, sino que se les de la razón y se condene a las compañías de agua y de drenaje sanitario para que ellos también puedan tener acceso al servicio que prestan.

¿Por qué grandes sectores de nuestras poblaciones carecen del acceso a los servicios básicos del agua? Las respuestas, son tantas como nuestras realidades, para unos los factores sociopolíticos y económicos son los que determinan quién accede al agua y quién no. Para otros, es un problema de escasez o abundancia del preciado líquido. En otras situaciones, el vivir en zonas rurales o urbanas marca la diferencia. Pero aún, para aquellos que tienen la ventaja de tener su hogar en zonas donde existen redes de distribución, no están exentos de tener problemas de acceso y de nuevo el factor socio-económico, marca la gran diferencia entre los que son propietarios y los que no lo son²⁵. El derecho ordinario, se ha encargado de establecer requisitos formales, para el acceso a los servicios públicos, agua, luz, teléfono. En consecuencia, aquellos que viven en las zonas pobres de nuestras pequeñas o grandes ciudades y habitan en precarios, tienen, en muchos casos dificultades para acreditar un título de propiedad y por ende el servicio oficial no les es prestado, estos últimos descubren con insatisfacción, que el reconocimiento formal del derecho al agua no necesariamente garantiza un acceso regular a dicho recurso (GLEICK, 2000).²⁶

En el criterio del profesor de la Universidad de Oxford José Esteban Castro, desde la estructura formal del sistema solo existen los problemas técnicos, y “el carácter social de la gestión del agua permanece inobservable y los factores críticos que subyacen a la emergencia de los “conflictos por el agua” son ignorados o, en el mejor de los casos, reducidos a sus determinaciones físico-naturales y técnicas.”²⁷ En otras palabras el tema es invisible.

²⁵ Es un hecho bien documentado que inclusive donde existe suficiente agua, grandes cantidades de seres humanos no logran tener acceso al mínimo necesario para una sobre vivencia digna. Para Amartya Sen esto acontece porque una cantidad de la población es incapaz de reclamar sus derechos o de lo que el denomina el “problema de adquirir”. Amartya Sen: “Food, economics, and entitlements”, en J. Dreze y A. Sen (eds.), en *The Political Economy of Hunger*, Oxford: Clarendon Press, 1990 (34-52).

²⁶ En igual sentido Petrella (2001).

²⁷ “La construcción de nuevas incertidumbres tecnociencia y la política de la desigualdad: el caso de la gestión de los recursos hídricos.” (ESTEBAN CASTRO, 2002).

Para aquellos que propugnan por la vigencia de los derechos emergentes, la situación interna de los Estados es la misma del ámbito internacional, en este momento 1.100 millones de personas tienen problemas para acceder al agua y 2.400 millones no pueden sanear las aguas residuales (DECLARACIÓN, 2009a).

5 LA PRIVATIZACIÓN EN AMÉRICA LATINA

Para los técnicos de Ingeniería sin Fronteras (ISF) Lluís Basteiro y Ana Gris (2007), la tesis de que el agua es un bien económico, conlleva un poderoso cambio de paradigma, que sobre todo cuestiona al sector público de los países subdesarrollados como administradores de los sistemas de suministro de agua.

¿Cómo llegamos a este punto? En los ochenta el Consenso de Washington, establece que el sector público debe recortar el gasto y darle mayor participación al sector privado en los servicios del agua y el saneamiento. Los Programas de Ajuste Estructural (PAE), impulsados por el FMI apuntan en idéntica dirección (GRUSKY, 2001). En 1992, se concreta un principio esencial, que señala que “*el agua tiene un valor económico aplicable a todos sus usos, y tiene que ser reconocido como un bien económico.*” (CONFERENCIA, 1992). Este principio fue recibido por la banca mundial como un espaldarazo para condicionar el crédito externo en los países en desarrollo a la apertura del agua a alguna forma de privatización²⁸. Criterio que ha sido potenciado por el Foro Mundial del Agua, que tiene entre sus principales actividades el financiamiento del sector privado agua en los países subdesarrollados.

¿Cuáles han sido los resultados de esta política económica en América Latina? Las grandes compañías ingresan bajo la figura de la concesión de obra pública o bajo la fórmula del consorcio público-privado. Generalmente asumen la infraestructura y las deudas nacionales. Ofrecen tarifas más ajustadas y servicios más eficientes, y en principio el estado se libera de los altos costos de mantener servicios denominados “deficitarios”. Lo cierto del caso, es que la propuesta fue un espejismo y un absoluto fracaso que llevó a la rescisión de múltiples contratos, por ejemplo, en Buenos Aires y Cochabamba.

En efecto, el descontento de los usuarios degenera en una alta tasa de morosidad, pues se niegan a cancelar los exagerados precios del servicio que les prestan, ante la ineficiencia de las compañías privadas²⁹. Estas, por su parte, descubren que las ganancias no se

²⁸ Ver World bank and Center for Public Integrity Analysis. El BID en el “período de 1993-2005 condicionó el 66% de sus créditos a en el sector agua a la promoción de la participación privada” así Sedientos: El BID y las políticas sobre el agua, en A Food and Water Watch, 2007.

²⁹ El PNUD, en su informe de 2006, señala que los operadores privados son un 20% más caro que los públicos.

corresponden con las expectativas iniciales³⁰ y las salidas no se hacen esperar como ocurrió en el 2001 en Bolivia³¹. En Argentina se otorgaron 9 contratos privados y cesaron 7. De estos 6 volvieron al sector público. En Uruguay se suscribieron 3 contratos privados del agua y 3 cesaron y fueron asumidos nuevamente por el sector público. En Venezuela se dieron 3 e igual número, años después, cesaron y regresaron al Estado (BASTEIRO; GRIS, 2007, p. 81).

La salida de las grandes compañías privadas del agua, tuvo un alto costo para los países de la región. A estos les quedan pesadas cargas crediticias y además porque las compañías han acudido a demandar a los Estados ante el CIADI, para que les sean reconocidas compensaciones económicas por la interrupción de los contratos.

Actualmente se han fallado varias demandas en el caso de Tucumán, donde se reclamo una indemnización de \$375 millones, la sentencia le otorgo a la compañía Vivendi la suma de \$105 millones como indemnización. En la concesión de la Provincia de Buenos Aires, la compañía Azurix demando a la ciudad por una suma de \$400 millones y recibió \$165 millones. Otras compañías también demandaron a la ciudad de Buenos Aires, por un monto de \$1.700 millones, el caso todavía no ha sido resuelto, pero por los antecedentes posiblemente el costo sea alto para la ciudad (BASTEIRO; GRIS, 2007, p. 86). En consecuencia, la experiencia privatizadora para nuestro continente ha sido desfavorable para el ciudadano y el Estado.

6 EL TRIBUNAL LATINOAMERICANO DEL AGUA (TLA)

Las concesiones a compañías privadas del agua, es solo una de la facetas que presenta la competencia por el agua dulce. En otros casos, la minería a cielo abierto tiene una serie de efectos residuales que se traducen en una reducción drástica del recurso hídrico, la exposición a metales pesados y residuos cianurados afectan a poblaciones cercanas a la explotación minera.³²

³⁰ Espejismos en el agua. El fracaso de las inversiones privadas en el servicio de agua de países en desarrollo. PSI y World Development Movement, 2006.

³¹ Lo que la doctrina hoy conoce como la guerra del agua de Cochabamba, dio como resultado la expulsión de los operadores españoles de Bolivia.

³² “Muchas compañías, que en sus países de origen evitan realizar vertidos contaminantes sobre ríos o acuíferos, se sienten libres de hacerlo en estos países en desarrollo, practicando lo que se conoce como “dumping socio-ambiental”... En los países en desarrollo, donde la fragilidad social y sanitaria es mayor, la salud y la vida de las comunidades dependen de forma más directa del buen estado de los ecosistemas acuáticos. Por ello, la sostenibilidad de los ecosistemas es en estos casos más preciosa y necesaria.” (DECLARACIÓN, 2009a).

La insuficiencia de respuesta a las necesidades de esas personas, da lugar al nacimiento de una instancia alternativa de justicia ambiental: el Tribunal Latinoamericano del Agua³³. Al igual, que ocurre con los Derechos Humanos Emergentes, este tribunal nace como una necesidad de la sociedad civil, en busca de opciones que tutelen sus derechos básicos de acceso al agua en condiciones apropiadas, quizá, los tribunales y salas constitucionales deberíamos analizar en que estamos fallando para que nuestra gente tenga que acudir ante un órgano “sui generis” desde la óptica del derecho constitucional clásico.

¿Será acaso que damos una respuesta eficiente frente a los pequeños caso y otra diferente ante los grandes intereses multinacionales? Lo cierto es que la realidad fáctica nos confronta con un tribunal ético, que funciona desde 1998, primero bajo el nombre de Tribunal Centroamericano del Agua, que luego amplía su competencia y pasa a denominarse Tribunal Internacional del Agua.³⁴ Este tribunal ha dirimido una amplia gama de controversias en América Latina.

Ha declarado con lugar el 20% de los asuntos que le han sido sometidos a conocimiento. Realiza sus audiencias en diferentes países, así por ejemplo en México, Distrito Federal (2006), otra en Guadalajara (2007), en Guatemala (2008), y la última en Turquía (2009).

Utiliza como parámetros de interpretación los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y criterios científicos y técnicos.³⁵ Tiene como característica que no tiene jueces fijos, sino que funciona bajo el concepto de jurados que son invitados a participar en las audiencias del TLA, por lo general, personas de gran solvencia científica y moral en sus respectivos países.³⁶

Solo a modo de ejemplo, mencionamos dos de los casos que han sido resueltos hasta el momento.

³³ Debe recordarse que la Observación general n. 15, no sólo potencia sino que permite los Estados Partes alienten y fomenten la existencia no sólo de jueces, sino también de los árbitros y demás jurisconsultos a que en el desempeño de sus funciones, presten mayor atención a las violaciones del derecho al agua. Ver párrafos 58-59 de la Observación General N. 15 (2002) del Comité, relativa a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

³⁴ Actualmente amplió su competencia cambiando su nombre a Tribunal Internacional del Agua (2009)

³⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Naciones Unidas; Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 5, 11 y 12 e Observación General #15, Carta Mundial de la Naturaleza (1982), Declaración de la Haya sobre Medio Ambiente (1989), Carta de la Tierra (1992), Tratado de Agua Dulce (1992), Declaración del Milenio (2000), Declaración Latinoamérica del Agua (2006), entre otros.

³⁶ La Audiencia del 2008, estuvo Presidida por el francés Dr. Philippe Texier, magistrado de la Corte de Justicia de Francia y presidente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas; por Brasil: Dr. Alexandre Camanho de Asis, investigador, magistrado y procurador regional de Brasil; México: Dr. David Barkin, premio nacional de economía de México y connotado investigador, Costa Rica: Alejandro Swaby, indígena bribri de Costa Rica que se desempeñó como presidente de la Asociación de Desarrollo de Salamanca y como profundo conocedor de la cultura ancestral de su pueblo, también fueron llamados jurados de Guatemala, Cuba, Panamá. Ver www.tragua.com

El primero de ellos, es el de la “Explotación minera a cielo abierto en Cajamarca: República de Perú³⁷. La Empresa Minera Yanacocha S.R.L, fue demanda por la Alcaldía de Huambocancha baja y sus comunidades campesinas. Denuncian que la mina se extiende por cientos de hectáreas en cabecera de varias cuencas hídricas, donde se removió la vegetación, se realizaron excavaciones, incluyendo tanques para la lixiviación del oro por medio del cianuro, la explotación de la mina provocó impactos considerables en la cantidad y calidad del agua, afectando directamente a la población residente. Sostienen que la empresa minera acepto su responsabilidad, e indicó estar dispuesta a tomar medidas orientadas a solucionar el conflicto y compensar a los perjudicados.

La sentencia utiliza como parámetro de interpretación, el derecho humano al agua potable en adecuada cantidad y calidad, sostiene que este es un derecho humano fundamental cuyo ejercicio pleno debe ser garantizado por el Estado.

Tiene por cierto que, en el caso concreto, las autoridades públicas representadas por los Ministerios de Energía y Minas y de Salud no realizaron los controles apropiados para asegurar la salud de la población, pues fueron permisivos con la empresa, en diversas ocasiones, otorgándose autorizaciones en situaciones de riesgo comprobado. Razón por la cual se condena a la compañía minera y al Estado Peruano, a suspender de manera inmediata todas las actividades susceptibles de provocar daños en el ambiente e impactos negativos en la población.

Entre las recomendaciones finales, se potencia el establecimiento de una mesa de diálogo con todas las partes afectadas, que permita establecer un entendimiento orientado a la protección de la población afectada.

En el caso de la explotación minera a cielo abierto de la mina San Xavier³⁸, esta se lleva a cabo por una compañía minera canadiense Metallica Resources Inc (Minera San Xavier S.A. de C.V.). La cual inicia los trabajos de exploración sin los permisos respectivos, ni las obligadas consultas a la comunidad. La mina se encuentra en la zona de recarga de un manto acuífero, que se ve seriamente afectado la extracción del material cianurado. El Tribunal tiene por acreditado, que la complejidad del sistema normativo ambiental, propicia que la compañía minera pueda eludir los controles medioambientales. Tal es así que la actividad minera ha continuado pese a una sentencia del Tribunal Federal de Justicia

³⁷ Caso: Explotación minera a cielo abierto en Cajamarca: República de Perú. Veredicto de la Audiencia Pública Regional, México Tribunal Latinoamericano del Agua, Marzo 2006.

³⁸ Caso: Explotación minera a cielo abierto de la mina San Javier. Municipio de Cerro de San Pedro, Estado de San Luis Potosí. República Mexicana. Veredicto de la Audiencia Pública Regional, Guadalajara, México Tribunal Latinoamericano del Agua, Marzo 2007.

Fiscal y Administrativa, que anuló, en última instancia, el permiso en materia de impacto ambiental otorgado a la empresa. También se tiene como un hecho acreditado que la empresa ha aceptado que produce contaminación tanto de aguas superficiales como subterráneas en la zona de impacto. Por ello, se resuelve en contra de la empresa y se condena al Estado por su inercia. Llama la atención, que el Tribunal, decide poner en conocimiento del Gobierno del Estado del Canadá el veredicto, “...con el objeto de que se promuevan mecanismos de vigilancia, indemnización y reparación de los daños causados por las empresas mineras canadienses que realicen actividades en el extranjero.”³⁹ Además, recomienda paralizar el funcionamiento de la empresa Minera San Xavier en Cerro San Pedro, en cumplimiento de los decretos de veda y establecer mecanismos de indemnización por los impactos causados en los sistemas hídricos y el ambiente en general, así como por los posibles daños a la salud de la población.⁴⁰

Estos casos evidencian que normalmente la protección ambiental del agua, riñe con poderosos intereses de la industria, y casi todos ellos tienen en común que no son resueltos por las instancias oficiales del Estado. Ante este panorama la respuesta de la sociedad civil ha sido la creación de una instancia ética, figura que guardando las distancias se asemeja a la creación del defensor del pueblo, quién a pesar de no contar con un criterio jurídico vinculante su fuerza radica en resolver los casos con criterios éticos y jurídicos de gran respeto y siempre en protección de los ciudadanos del Estado que representa.

Solo a modo de muestra, es interesante lo resuelto en el caso de los Estados de Guatemala, El Salvador y Nicaragua, el Tribunal después de analizar lo expuesto de viva voz por los actores, tuvo por ciertos los hechos acusados y resuelve:

- 1.- Censurar moralmente los gobiernos de Guatemala, El Salvador y Nicaragua, por favorecer los intereses de compañías transnacionales en detrimento de los derechos e intereses de sus ciudadanos y su bienestar. 2.- Exhortar a los Ministerios de Ambiente de Guatemala, El Salvador y Nicaragua a que establezcan procedimientos de aprobación de proyectos mineros que incluyan estudios técnicos rigurosos e independientes. 3.- Censurar al Banco Mundial y a las instancias financieras internacionales, por apoyar económicamente las actividades de minería del oro y otros metales con impacto en la salud y el ambiente.⁴¹

³⁹ Caso: Explotación minera a cielo abierto de la mina San Javier. Municipio de Cerro de San Pedro, Estado de San Luis Potosí. República Mexicana. Veredicto de la Audiencia Pública Regional, Guadalajara, México Tribunal Latinoamericano del Agua, Marzo 2007; Resuelve, punto 2.

⁴⁰ Caso: Explotación minera a cielo abierto de la mina San Javier. Municipio de Cerro de San Pedro, Estado de San Luis Potosí. República Mexicana. Veredicto de la Audiencia Pública Regional, Guadalajara, México Tribunal Latinoamericano del Agua, Marzo 2007; Recomendaciones, punto 1-4.

⁴¹ Caso: Expansión de Concesiones y Actividades Mineras en Territorios Centroamericanos. Sección Común. Sección Común. Veredicto de la Audiencia Pública Regional, México Tribunal Latinoamericano del Agua, Marzo 2006 (3).

La decisión puede compartirse o no, sin embargo, las partes encontraron una entidad que les brinda, desde el campo estrictamente moral la justicia que reclaman.⁴² La creación de este tribunal del agua y las constantes peticiones de intervención en múltiples países, deben llamarnos a la reflexión, al menos deberíamos preguntarnos ¿cuáles son las razones para que la justicia se desplace del tribunal ordinario u constitucional a un tribunal ético? ¿Será la ausencia de respuesta oficial oportuna y efectiva? Lo más interesante, es que las grandes compañías, en algunos casos, son representadas ante el tribunal por entidades oficiales del propio Estado, como en el caso del Salvador, donde fue investigada la actuación de empresa minera *Pacif Rim* y el Proyecto “*Mina El Dorado*.”⁴³ En otros supuestos, las compañías no contestan ni se presentan a la audiencia⁴⁴, pero independientemente de la actitud de las partes, lo cierto del caso, es que los afectados han encontrado una vía alternativa que los escucha, les permite exponer sus dudas y temores y sobre todo surge una nueva entidad que les brinda una respuesta, desde luego, podemos como juristas reflexionar sobre la efectividad del fallo, pero ello, no le resta la legitimación que ha ganado, quizá por nuestra propia inercia.

⁴² Véase en igual sentido, lo resuelto en el caso de Guatemala: “1. Censurar moralmente al Gobierno de Guatemala, y particularmente, al Presidente de la República por permitir el establecimiento de operaciones mineras de alta riesgo que pueden afectar la salud y los ecosistemas del país a largo plazo, al tiempo de que se favorece los intereses de particulares y de compañías transnacionales en detrimento de los pueblos de Guatemala. 2. Censurar moralmente al Gobierno de Guatemala por no cumplir con sus obligaciones de consultar de buena fe a los pueblos indígenas de Guatemala afectados por proyectos mineros, así como por desatender y actuar en contra de, la voluntad explícitamente manifestada por las comunidades de Sicacapa y San Miguel Ixtahuacán en contra del proyecto Montana, como resultado de su propia consulta formal al respecto. 3. Censurar moralmente al Ministro de Ambiente y Recursos Naturales de Guatemala por incumplimiento de sus responsabilidades. Se convierte así, en responsable por las pérdidas de cantidad y calidad de agua para las comunidades de las áreas afectadas. 4. Exhortar al Congreso de la República de Guatemala, a agilizar los trámites para la revisión de la Ley de Minería existente o emitir nueva ley en la materia a fin de asegurar que la nueva normativa, contenga artículos que garanticen la soberanía guatemalteca y la defensa de los derechos y del patrimonio de los guatemaltecos. 5. Exhortar al Gobierno de Guatemala a cumplir con las disposiciones de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, cuyo cumplimiento ha asumido en virtud de la aprobación por el congreso y ratificación del presidente de la República. Según el artículo 46 de la Constitución Política del 31 de marzo de 1985, estas tienen preeminencia sobre el derecho interno. Caso: Expansión de Concesiones y Actividades Mineras en Territorios Centroamericanos. Sección Común. Sección relativa a Guatemala. Veredicto de la Audiencia Pública Regional, México Tribunal Latinoamericano del Agua, Marzo 2006 (7).

⁴³ Caso: Expansión de Concesiones y Actividades Mineras en Territorios Centroamericanos. Sección relativa al Salvador. Veredicto de la Audiencia Pública Regional, México Tribunal Latinoamericano del Agua, Marzo 2006; Recomendaciones, Actores del contradictorio: Centro de Investigación y Comercio (CEICOM) y Asociación de Desarrollo Económico (ADES).

⁴⁴ Caso: Usurpación, explotación irracional y contaminación de aguas superficiales y subterráneas atribuidas a la actividad minera en el Valle de Siria. Municipio de San Ignacio, Cedros y el Porvenir, Departamento de Francisco Morazán. República de Honduras. Veredicto de la Audiencia Pública Regional, Guadalajara, México Tribunal Latinoamericano del Agua, Marzo 2007; Procedimiento, punto 2.

7 ¿CUÁL HA SIDO LA RESPUESTA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN COSTA RICA?

El artículo 50 de la Constitución Política, le brinda al ciudadano una amplia legitimación para accionar, cuando estemos en presencia de una posible afectación al derecho humano agua. Los ciudadanos afectados, suelen utilizar como instrumentos de control constitucional el recurso de amparo⁴⁵ y la acción de inconstitucionalidad.

En este sentido, el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, le reconoce a cualquier persona la posibilidad de accionar invocando la existencia de un interés difuso. En este sentido, el recurrente cumple una importante función en la fiscalización y control de la actividad del Estado y de los particulares, cuando por acción u omisión puedan vulnerar cualquiera de los derechos que protegen el ambiente en sentido amplio o restringido.⁴⁶

La Sala Constitucional de Costa Rica tiene, al igual que muchos otros tribunales o salas constitucionales, una amplia jurisprudencia que resuelve los más variados problemas.⁴⁷ Desde la reconexión del agua, cuando ha sido cortada ilegalmente por la entidad oficial (AA), aduciendo que la persona no ha cancelado la contraprestación y se determina que lo que existió fue un error administrativo, hasta los casos, donde efectivamente procede la suspensión del servicio por falta de pago; pero aún en estos supuestos siendo el agua potable un bien esencial para la vida humana, la entidad tiene la obligación, como derivación del artículo 50 Constitucional, de poner a disposición de los posibles afectados el acceso a una fuente pública (a una distancia no mayor de cien metros de la casa del usuario). En otros supuestos, quién impide que el agua le llegue al destinatario es el arrendante del inmueble. Algunos

⁴⁵ Por ejemplo, cusa que el agua disponible en el Centro Educativo las Guaria no es apta par el consumo humano, pues tiene elevados índices de desechos sólidos y otras bacterias, pese a lo anterior ninguna de las autoridades accionadas ha tomado las medidas pertinentes para solucionar la situación. De la prueba recibida se tiene por cierto los hechos, se condena a las autoridades involucradas y se ordena que se adopten las acciones necesarias y las medidas pertinentes, para corregir los problemas de contaminación originados por el estado del agua potable que se consume en la Escuela. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res n. 2006-4770, a las 12:34 del 31 de marzo del 2006.

⁴⁶ Es común en las plantaciones de piña, la utilización de grandes cantidades de plaguicidas para controlar las plagas que afectan el producto, el problema es que en nuestro país existen grandes extensiones de mantos acuíferos que son utilizados por los vecinos para acceder al agua, y esta suele estar contaminada por el efecto residual de los químicos que se utilizan. La comunidad rural de Milano de Siquirres, es una de las que sufrió una seria afectación, la Sala luego de escuchar a las partes le ordeno a la Ministra de Salud y al Ministro de Ambiente que: "...se inicie de inmediato el proceso de saneamiento y eliminación de residuos de plaguicidas, de las fuentes de agua de las que se abastece el acueducto de la comunidad". Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res n. 2009-9041, a las 10:30 del 29 de mayo del 2009.

⁴⁷ Véase por ejemplo, el siguiente caso: se trata de un amparo presentado en contra del Comité Administrador del Acueducto Rural de Jicaral de Lepanto, que le deniega la prestación del servicio al recurrente, pues se afirma, que en la zona donde vive no hay agua cuando el criterio técnico dice todo lo contrario. La Sala le da la razón al recurrente y ordena que se le preste el servicio de agua. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res n. 2007-11430, a las 11:03 del 10 de agosto del 2007.

propietarios suelen emplear la técnica de solicitar la suspensión del servicio de agua y luz para tratar de lograr el desalojo del arrendatario. No hemos consentido la práctica y solemos condenar al arrendante y ordenar la reconexión inmediata del servicio.

Con la llegada de las grandes cadenas hoteleras a nuestras playas, se han presentado nuevos conflictos por la distribución y el acceso al agua. Las comunidades suelen quejarse de que los grandes hoteles utilizan el agua dulce para irrigar los campos de golf, y además de que el consumo excesivo del turismo les deja sin el preciado líquido. Algunos casos, son declarados sin lugar, pues no se acredita la afectación, en otros, se condena al Estado por no ejercer la vigilancia apropiada y por descuidar a los sectores más pobres de la población para incentivar la industria turística.

Por ello, en la actualidad, todo proyecto que pueda afectar el ambiente requiere como presupuesto indispensable la realización de un estudio de impacto ambiental previo.⁴⁸ También, se ha indicado en diferentes sentencias, que debe realizarse de manera preventiva los estudios hídricos sobre la disponibilidad del agua en la zona que se pretende desarrollar. También, hemos sostenido que debe actuarse preventivamente ante el riesgo de escasez, solo se pueden realizar las construcciones que se ajusten, a las cuotas máximas de aprovechamiento para evitar que el agua les falte a los más necesitados.⁴⁹

Conforme, expusimos en su momento, el problema del acceso y distribución del agua potable, es un tema que no puede verse de manera aislada, todo el ecosistema debe protegerse, esto conlleva que el Estado no cumple con su deber si sólo consagra normativamente esa protección, pero en la práctica es omiso y permite o tolera que se pongan en peligro, por ejemplo, los mantos acuíferos o nuestros ríos.⁵⁰

⁴⁸ No siempre fue así, se impuso esta obligación por las serias afectaciones al ambiente que se cometieron. Este tema tiene tal trascendencia, que un grupo de interesados, gestionó y logró que mediante el artículo 14, del Decreto Ejecutivo n. 32734-MINAE-S- MOPT-MAG-MEIC, del 9 de agosto del 2005, el aprovechamiento –por vía de la concesión–, de aguas superficiales o subterráneas que no formen parte de un proyecto, se les eximiera del estudio de impacto ambiental. El asunto fue cuestionado de inconstitucional. La Sala en sentencia analizó: El derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado; la protección del recurso hídrico; la importancia de la evaluación ambiental como instrumento de protección; el principio preventivo en materia ambiental; y concluye que el artículo 14 del Decreto Ejecutivo debe anularse por inconstitucional. Lo anterior, permitió volver a restablecer la protección con carácter general, en especial, si se trata de agua potable. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res n. 2009-2019, a las 14:55 del 11 de febrero del 2009.

⁴⁹ Esto es especialmente serio, cuando el Estado por omisión no fiscaliza la extracción ilegal de agua por medio de pozos en zonas donde su disponibilidad es reducida. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res n. 2009-494, a las 11:23 del 16 de enero del 2009.

⁵⁰ Durante mucho tiempo nuestros ríos han sido utilizados como los grandes basureros, que se llevan nuestros desechos al mar. La contaminación es más que evidente, así como la inercia de nuestras autoridades locales o municipales. Este fue el tema que se discutió en la sentencia 2007-5894, en el por tanto se le ordena a las autoridades involucradas, que de inmediato adopten las acciones necesarias para eliminar de manera integral los focos de contaminación que existen a lo largo de la cuenca del río Grande de Tárcoles y se tomen las medidas para iniciar el proceso de reparación del daño ambiental ocasionado a esa cuenca, en la medida que ello fuere posible. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res n. 2007-5894, a las 11:58 del 27 de abril del 2007.

En estos supuestos, aunque partimos de realidades diferentes, la teoría del “*estado de cosas inconstitucionales*” desarrollada por la Corte Constitucional Colombiana, nos ha permitido implementar una serie de controles y obligaciones para diferentes autoridades, con la finalidad de evitar abusos que suelen cometer las grandes compañías constructoras.⁵¹ Las posibilidades que hemos conocido son muchas, desde omitir disponer de los desechos humanos por un mecanismo que garantice la protección de los posibles mantos acuíferos hasta la evasión de la prohibición de construir en zonas de protección.⁵²

La situación, nos ha obligado a mutar el formato clásico del “*por tanto*”, de tal manera que cada vez son más detallados, señalando el nombre y puesto del funcionario a quién en lo personal se le ordena el hacer o no hacer, el plazo que tiene para su cumplimiento, bajo la advertencia de que el incumplimiento a la orden de la sala le puede acarrear responsabilidades personales, penales y administrativas. Suelen anularse los actos administrativos violatorios del derecho humano al agua, que pueden ser desde el permiso que aprueba el anteproyecto urbanístico hasta el de construcción otorgado a la empresa constructora.⁵³ Incluso la nulidad puede alcanzar las autorizaciones que fueren dadas en contra de la normativa que obliga a los entes oficiales a proteger el agua, cuando han sido omisos o negligentes en la fiscalización.

Para dar cumplimiento efectivo a la sentencia, se les ordena a diferentes jerarcas titulares e interinos de los órganos y entes oficiales, implantar medidas complementarias dentro de un plazo concreto. Estos entes tienen la responsabilidad de darle seguimiento al caso, hasta que desaparezca la causa que origino la violación constitucional.⁵⁴

⁵¹ En el expediente 08-005315, los vecinos afectados reclaman contra las actuaciones de la Municipalidad de San Antonio de Belén y del Ministerio del Ambiente y Energía que han permitido que continúe el proyecto constructivo, sin aplicar el criterio técnico del Servicio Nacional de Agua Subterráneas, Riego y Avenamiento, según el cuál debía dejarse el área que señala la ley como zona de protección el pozo. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res n. 2008-15657, a las 11:45 del 17 de octubre del 2008.

⁵² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res n. 2008-12109, a las 15:16 del 5 de agosto del 2008.

⁵³ En otros casos, las municipalidades, saben que la red sanitaria es defectuosa o no se tiene, ocasionando que el manejo de los desechos sólidos y líquidos, específicamente en manejo de las aguas negras y servidas procedentes de viviendas, comercio e industria, se realiza por medio del sistema de tanque séptico o plantas de tratamiento de aguas residuales. Lo cual ocasiona una seria contaminación a las comunidades afectadas. Sin embargo, el problema no se soluciona porque no se realizan los estudios técnicos correspondientes, que llevarían a una solución integral del problema de alcantarillado. En esos casos, se le ordena a la Contraloría General de la República, que no autorice el presupuesto para el año siguiente a la municipalidad, si no incluye las partidas respectivas para dar cumplimiento a la sentencia. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res n. 2006-14622, a las 14:58 del 3 de octubre del 2006. En igual sentido, sobre los problemas de contaminación de aguas por plantas de tratamiento en mal estado, véase: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res n. 2009-8768, a las 17:25 del 26 de mayo del 2009.

⁵⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, res n. 2004-1923, a las 14:55 del 25 de febrero del 2004.

8 CONCLUSIÓN

No hemos visto obligados a establecer estos controles, ante la resistencia que suele darse en nuestros países de obedecer lo que suelo denominar “sentencias sensibles”, porque en múltiples asuntos el Estado es un simple espectador pasivo. Sin embargo, ni aún estas medidas a veces han sido suficientes, para ejecutar una sentencia que afecta grandes intereses económicos relacionados con el agua.

Los abogados de las empresas tras el dictado de la sentencia implementan una increíble actividad recursiva: adiciones y aclaraciones, que en muchos casos, lo que pretenden es revocar la resolución.

Debemos agregar, que si no se fiscaliza de manera adecuada el cumplimiento de la sentencia puede fácilmente derivar en una “*justicia constitucional de papel*”.

El concepto, lo utilizamos para resaltar que, en algunos temas, pese a concedérsele la razón al recurrente, este tiene serias dificultades para que se le conceda lo ordenado, desde luego, este problema solo existe para los tribunales o salas constitucionales, que se atreven a reconocer que existe un “*derecho humano al agua*” y que éste es, una norma jurídica exigible y eficaz.

Desde luego, este es un tema que cada colegio debe decidir si apoya o no, pues también a veces se nos acusa de ser excesivamente activistas de los derechos humanos, lo cual para mí es un honor.

Creo que tener la bendición de laborar como magistrados o ministros de una sala o tribunal constitucional, es una preciosa oportunidad para intentar cambiar las cosas, no tenemos que sentarnos a esperar que otros hagan lo suficiente para crear un efecto. Pero también es una pesada responsabilidad, pues algún día el Creador nos preguntará ¿Qué hiciste para llevarle agua a los sedientos?

REFERENCIAS

AMÉRICA Latina: un continente rico en agua. Disponible en: <http://www,tragua.com/biblioteca_virtual/informacion_general/situacion_recursos_hidricos_la.html>. Acceso en: 26.10.2009.

ARMIJO SANCHO, Gilbert. Conflictos entre la Sala Constitucional y la asamblea legislativa. En: **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Tomo I. México: Konrad Adenauer, 2007.

ARMIJO SANCHO, Gilbert. Derechos emergentes en la justicia constitucional. Disponible en: <[http://www.poderjudicial.go.cr/salaconstitucional/ARTICULOS%20Y%20CONFERENCIAS/Derechos%20Emergentes%20en%20la/20\(Barcelona\).doc](http://www.poderjudicial.go.cr/salaconstitucional/ARTICULOS%20Y%20CONFERENCIAS/Derechos%20Emergentes%20en%20la/20(Barcelona).doc)>. Acceso en: 27.10.2009.

BASTEIRO, Lluís; GRIS, Ana. El proceso de la mercantilización de la gestión del agua: fracasos y alternativas. En: **El derecho humano al agua potable y al saneamiento**. Barcelona, 2007.

BRAND, Jürgen. La evolución del concepto europeo de Estado de derecho. En: **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Tomo I. México: Konrad Adenauer, 2006, tomo I (39).

CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE EL AGUA DE DUBLÍN, 1992.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Diálogo jurisprudencial**: derecho internacional de los derechos humanos: tribunales nacionales. N.º 1, México, 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Diálogo jurisprudencial**: derecho internacional de los derechos humanos: tribunales nacionales. N.º 2, México, 2007.

DECLARACIÓN EUROPEA DEL AGUA. Resumen. Disponible en: <<http://www.unizar.es/fnca/euwater/docu/declaracioneuropea.pdf>>. Acceso en: 26.10.2009b.

DECLARACIÓN EUROPEA POR UNA NUEVA CULTURA DEL AGUA. Disponible en: <<http://www.unizar.es/fnca/euwater/docu/declaracioneuropea.pdf>>. Acceso en: 26.10.2009a.

ESTEBAN CASTRO, José. La construcción de nuevas incertidumbres tecnociencia y la política de la desigualdad: el caso de la gestión de los recursos hídricos. En: **Revista Iberoamericana de Ciencia Tecnología, Sociedad e Innovación**, n. 2/Enero-Abril 2002.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Presentación. En: Corte Interamericana de los Derechos Humanos. **Diálogo jurisprudencial**: derecho internacional de los derechos humanos: tribunales nacionales. N.º 1, México, 2006

GLEICK, P. H. Water conflict chronology. En: Oakland. Pacific Institute for Studies in Development, Environment and Security. 2000.

GRUSKY, Sara. IMF - Forces Water Privatization on poor countries. En: **Globalization Challenge Initiative**, 2001.

INSTITUT DE DRETS HUMANS DE CATALUNYA. Declaración de los derechos humanos emergentes. Disponible en: <http://www.idhc.org/esp/1241_ddhe.asp#estructura>. Acceso en: 14.09.2008.

NACION. El mundo. (publicado 2009/10/27). Disponible en: <http://www.nacion.com/ln_ee/2009/octubre/27/mundo2138048>.

PETRELLA, R. **The water manifesto**. Arguments for a world water contract. Londres y Nueva York: Zed Books, 2001.

ROMERO-PÉREZ, Jorge Enrique. El agua como bien económico. En: **Revista de Ciencias Jurídicas**, n. 113, San José, mayo-agosto 2007.

ROTA, Demetrio Loperena. El agua como derecho humano. En: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (Coord). **Nuevo derecho de aguas**. Navarra: Aranzadi, 2007.

TRIBUNAL LATINOAMERICANO DEL AGUA. Disponible en: <http://www.tragua.com/declaracion_del_agua-html>. Acceso en: 26.10.2009.

Submissão em: novembro de 2009
Pareceres favoráveis em: dezembro de 2009

Paternidade socioafetiva

IONETE DE MAGALHÃES SOUZA

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Graduada e pós-graduada *lato sensu* pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). Coordenadora do Serviço de Assistência Jurídica Gratuita/Núcleo de Prática Jurídica (SEJU/NPJ) da Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA). Professora de Direito Civil – Família e Sucessões; Coordenadora do Projeto S.A.J.-Itinerante (Unimontes).

1 PATERNIDADE

1.1 Noções Gerais

A paternidade, sob o aspecto sociológico, direciona-se para a efetiva convivência, com características de afeto, respeito e demais direitos/deveres na ordem familiar.

Pode-se afirmar que as maiores conquistas quanto à área do Direito de Família se deram com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CRFB/1988), quando consagrou a igualdade de “filiação”. Os adjetivos que, até então, eram acrescidos ao substantivo “filho”, que eram adúltero, bastardo, incestuoso, legítimo, ilegítimo, adotivo, dentre outros, tornaram-se inconstitucionais, em conformidade com o art. 227, § 6.º da CRFB/1988. Todos os filhos são “filhos”. Somente filhos, sem adjetivos discriminatórios.

A terminologia “genitor”, anteriormente tratada como sinônimo de “pai”, não mais se integra na melhor doutrina familiarista, haja vista a larga diferença imposta pelos avanços sociais, técnicos e genéticos. Portanto, genitor é o que gera, concebe geneticamente o início de uma vida humana, seja pelos métodos naturais ou pela fecundação artificial homóloga, inseminação heteróloga e fertilização *in vitro*. Ser genitor não quer dizer, necessariamente, que é (ou será) um pai.

Em breves palavras, a fecundação artificial homóloga é proveniente de sêmen do marido ou companheiro. E, na inseminação artificial heteróloga, o sêmen é de um estranho. Já na fertilização *in vitro* ocorre a fecundação de embrião excedentário (por fecundação artificial homóloga), fora do corpo, não sendo imediatamente introduzido na mulher e sujeito a técnicas especiais (art. 1.597, incisos III, IV e V, do Código Civil brasileiro - CC/2002).

Assim, o significado de ser “pai” é indicado por meio de estudos sociais e psicológicos como aquele homem que cria, educa, ensina e direciona, convive e oferece respaldo afetivo, além do material.

1.2 Tipos de Paternidade

As relações familiares são ricas em pessoalidade e divergências de conduta. A mencionada “pessoalidade” refere-se à individualidade, ao caráter, à sociabilidade e tudo mais o que indica quão diferentes são os seres humanos em sua composição integral. Daí, por conseguinte, as divergências de conduta ética, moral, religiosa, educacional e de convivência social.

Levando-se em consideração essas diferenças e focando a paternidade, identificam-se, pelo menos, três tipos: a biológica, a jurídica e a afetiva (ou socioafetiva). Essas podem estar embutidas numa só. E é o que sempre se espera; estando tal expectativa no campo do “ideal”. Entretanto, não raras vezes, as “paternidades” são dissociadas.

A paternidade biológica está relacionada com a consanguinidade, sendo, em caso de dúvida, provada cientificamente pela engenharia genética através, mais precisamente, do exame desoxirribonucleico (DNA), obtendo a verdade técnica. É o início da vida pela união de gametas sexuais (um masculino e um feminino), que ensejará um novo e único código genético.

A paternidade jurídica ou registral é provada por documento público hábil, qual seja, a certidão oficial de registro de nascimento, obtendo a verdade legal: presunção de veracidade e publicidade. Assim, essa paternidade é a principal geradora de direitos e deveres imediatos.

A paternidade afetiva ou socioafetiva vive o amor e o respeito entre entes queridos e ligados por uma verdade da relação paterno-filial. Podem ser identificados, pelo menos, quatro tipos de paternidade socioafetiva:

- por adoção regular e legal;
- por adoção “à brasileira”, qual seja, quando não obedece aos trâmites legais;
- por criação “de filho” sem registro civil (chamado de “filho de criação”); e,
- por reprodução humana assistida.

Acerca da paternidade socioafetiva, pode-se noticiar que na Comarca de Montes Claros, Estado de Minas Gerais, tramitou uma ação anulatória de registro civil, na 2.^a Vara de Família e Sucessões, tendo sido publicada no dia 11-5-2006 no Diário Oficial do Estado de Minas Gerais, uma Sentença considerada polêmica e rara no Brasil, na qual o pedido do demandante é julgado improcedente, não obstante a prova negatória de paternidade genética, via exame em DNA. O MM. Juiz acatou a tese da defesa de paternidade socioafetiva. O prazo recursal expirou, com livre trânsito em julgado.

Como já fora dito, é possível e desejável uma única paternidade, a denominada “paternidade responsável”, desde que envolva de todos os requisitos indicados anteriormente, o que, por si só, alcança o princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente.

2 POSSE DE ESTADO DE FILHO

2.1 Aspectos Doutrinários e Legais

A parentalidade socioafetiva possui elementos que caracterizam a posse do estado de filho. Embora não haja legislação específica, grande parte dos doutrinadores (GONÇALVES, 2005, p. 291) os identifica: a *tractatio*, a *nominatio* e a *reputatio*.

A *tractatio* (ou *tractatus*) consiste em o filho ser tratado pelo pai como “filho”, zelando pela sua criação, educação e proteção.

A *nominatio* (ou *nomen*) resulta do registro do nome (ou sobrenome) do perfilhador na certidão civil do filho.

A *reputatio* é a fama do perfilhado diante da sociedade, sendo apresentado como filho pelo perfilhador. É a exteriorização pública do conhecimento da consideração do indivíduo como filho de determinada pessoa.

Numa análise social, constata-se a grandeza da posse do estado de filho nas relações familiares; além de ser fundamento fático-psicológico entre pai e filho, num rol de características que levam à presunção do reconhecimento da filiação pela família integrante. É o tratamento mútuo de respeito e amor, estruturando pessoas como seres sociais, resultando no pai, esposo e filho do futuro, sujeitos de relações jurídicas.

Há que se valorizar, ainda, os aspectos sociais e psicológicos, cabendo ao profissional do Direito, salutarmente o Advogado, orientar mais qualificadamente a quem busca seus direitos. O Direito de Família abrange a área mais especial e sensível do ser humano,

merecendo especialistas no trato de suas demandas e (até) devaneios, sejam Juízes, Advogados, Promotores de Justiça, Psicólogos, Assistentes Sociais, dentre outros profissionais que se fizerem necessários, numa multidisciplinaridade de tarefas especiais.

A proteção especial ao filho pode ser ilustrada não só pela já citada diretriz constitucional, como também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), instituído pela Lei 8.069, de 13 jul. 1990, especialmente em seus arts. 19 a 52, que tratam do direito à convivência familiar; pela Lei 8.560, de 29 dez. 1992, que apresenta um procedimento mais simplificado para a investigação de paternidade; e, pelos arts. 1.596 a 1.617 do Código Civil brasileiro (CC/2002), que trata da filiação e do reconhecimento de filhos.

Não é sem razão que os filhos tenham alcançado o cume da diferenciação do direito a seu favor. Quem antes era “sem fala”, hoje é retirado da margem do direito, obtendo proteção preferencial do Estado.

2.2 Afetividade Paterno-Filial

O pai é figura essencial na vida de toda e qualquer pessoa. Não é bom que se crie alguém sem a referência paterna (quem possa conhecer o seu pai). Daí a CRFB/1988 garantir em seu art. 5.º, inciso LXXIV, como um princípio da dignidade humana, a busca do conhecimento da própria paternidade, com todo o direito aos avançados métodos tecnológicos, inclusive aos *hipossuficientes*, de forma gratuita.

Com o acréscimo de que, no Brasil, as pesquisas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE, 2006), indicam que em 2003, havia um terço das crianças não tinham o nome do pai declarado em seu registro civil.

Mas, se já se tem “um pai”, declarado legalmente e presente no afeto e no constante aprendizado das relações humanas e familiares, não há que se falar em “ausência de pai”, “cancelamento de registro civil”, “negatória de paternidade”. Não há mais jeito... o trabalhoso, o complexo e o satisfatório relacionamento já se efetivou, consolidou e é para sempre (mesmo “que sempre não exista” ou que as exceções se apresentem).

A constatação é de que é bom ser pai genético, jurídico e afetivo! Essa deveria ser a vivência e o orgulho de todo pai.

Mas, a realidade pode mostrar que existe pai genético que abandona e humilha seu filho de várias maneiras, deixando, nesse momento, de ser “pai”. E que existe pai não-genético que cuida e orienta filho de outrem, tornando-se, nesse momento, “o pai”. Razão há,

portanto, que os laços afetivos prevaleçam em detrimento de todo e qualquer outro interesse, seja genético ou patrimonial.

Em certos casos, a idade da criança é fator de grande relevo a ser analisado, mostrando o lapso de convívio e a formação da família, como seu imprescindível integrante.

Ainda que se conclua pela impossibilidade de um homem ser o pai biológico, deve-se estar atento à situação fática e o princípio do bem-estar da criança e do adolescente, consagrado no ECA. Se os laços afetivos são fortes e sólidos, não podem ser destruídos pela avançada ciência ou legalidade exacerbada.

A oferta mútua de amor, afeto e carinho numa relação paterno-filial não se desfaz com a simples negatória verbal ou jurídica.

Como explicar a uma criança que aquela pessoa que sempre a tratou como se filha fosse, transmitindo-lhe amor, confiança e atenção, hoje pretende “renunciar” à sua paternidade, excluindo-a daqueles que ela tem como parte de sua vida?

Os sentimentos e relações maiores não podem ficar condicionados a frios resultados da perícia genética. A prova técnica é parte integrante do processo e não parte essencial e sacralizada nos possíveis autos *sub judice*.

3 PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

3.1 Presunção de paternidade x paternidade socioafetiva

A temática é polêmica e não se pretende convencer de que existe uma solução ideal para todos os casos que envolvam a “melhor paternidade”. A máxima de que “cada caso é um caso” é o que parece valer...

A Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, STJ, 2004) afirma em seu enunciado: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

O teor da Súmula veio suprir, muito especialmente, a lacuna aberta pela negatória injustificada do suposto pai de se submeter ao exame em DNA. Daí a conclusão mais próxima de que “o investigado está fugindo da realidade ou da responsabilidade paterna.”. Portanto, é pai (?!). Parece adequado diante da não assunção da responsabilidade por parte de alguns. Mas, será essa a melhor solução?

O embate de princípios constitucionais faz com que não se obrigue uma pessoa a se submeter a expediente que não queira, no caso, à coleta de material (sanguíneo, salivar ou outro) para análise laboratorial.

Dessa forma, afirmar-se-á que “A” é pai “genético” de “B”, mesmo não o sendo, sem qualquer outro fator preponderante? Será um avanço ou um retrocesso legislativo?

Por outro lado, o que se pode vislumbrar na paternidade socioafetiva, se convencido o Judiciário de sua efetividade, não será uma dúvida ou uma mentira, mas a “verdade”, provada por todos os meios de instrução processual. O Juiz atua com discricionariedade, como o deve ser. Não se está a contestar o exame em DNA, nem uma possível má conduta da genitora (melhor: genitora e mãe), mas o que é mostrado e vivido no meio familiar e social pela relação entre pai e filho! Comprovou-se? Mesmo confuso em sentimentos de tristeza, revolta e até vingança contra o ex-cônjuge ou ex-companheiro, se o demandante de uma ação negatória de paternidade não consegue se mostrar um pai incapaz e ineficiente diante do filho, da sociedade e da Justiça, há que se julgar improcedente o seu pedido. É isso... o lugar e o papel de pai foram eficientemente cumpridos. Portanto, não se deixa de ser pai e ser filho. É elo eterno se um dia foi sentido e vivido.

As angústias e as dores humanas são integrantes dos desafios de crescimento e amadurecimento das relações interpessoais. Talvez o que, em princípio, apresente-se como o mais doloroso dos sentimentos, pode servir de direção e melhor conduta para um ou mais envolvidos na difícil tarefa de bem-viver.

A satisfação e a troca recíproca de sentimentos (e atos) maiores, engrandecem o ser humano dotado de crença e esperança de que o amor pode vencer.

3.2 Tendência Jurisdicional

As decisões favoráveis são, naturalmente, pela paternidade biológica. É a segurança jurídica, é a certeza genética, é a cobrança familiar, social e moral de um povo. São fatores importantes.

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM CANCELAMENTO DO REGISTRO CIVIL E DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR – Ajuizamento pelo próprio pai. Decadência pronunciada (art. 178, §§ 3.º e 4.º, Código Civil). Descabimento. Ação sobre estado das pessoas, objetivando, em essência, eliminar falsidade constante do registro civil. Imprescritibilidade. DNA excludente da paternidade. Procedência da ação decretada no Tribunal (art. 515, § 3.º, CPC). Apelação provida (TJSP – AC 350.979-4/0 – 2.ª CDPriv. – Rel. José Roberto Bedram – julgamento em 1.º-2-2005 – v. u.).

Mas, o convívio e o afeto têm que valer a pena! Se a pessoa é formada de sentimentos tão valiosos e imprescindíveis, há que se dar uma chance à discussão das “relações do coração”. É a vislumbração de uma tendência de desbiologização do Direito de Família.

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – Não obstante ter o exame de DNA afastado a paternidade, deve prevalecer a realidade socioafetiva sobre a biológica, diante da relação formada entre pai e filha ao longo de anos (TJRS – AC 70007706799 – 8.^a C.Cív. – Rel. Des. Alfredo Guilherme Englert – **Diário Oficial [do] Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, RS, 17 abr. 2004).

O Estado do Rio Grande do Sul se apresenta como o mais avançado no Brasil em matéria de se valorizar a paternidade socioafetiva. Tal situação é colocada quase que em posição contrária no restante do país.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tentativa de direito e a formalização de uma negatória de paternidade merecem profundas reflexões, se se tratar, especialmente, de uma relação calcada pelas características e valores afetivos indicados.

Não há defesa do “ato irregular”, mas da vida do filho. É o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Não se acoberta “erros ou traições”, mas a sublime relação que efetivamente se realizou e perdurará por todos os tempos, mesmo que, momentaneamente, não esteja tão claro para o interessado em negar um “direito/dever já adquirido” e que parece não ser possível de se desfazer entre pai e filho: a afetividade e suas complexas nuances.

As colocações neste artigo não têm a pretensão de melhor direcionar o tema, muito pelo contrário, são apenas análises passíveis de discussão acadêmica e jurídica.

Podem-se cogitar, ainda e inclusive, as possíveis consequências punitivas à indução de erro e possibilidade compensatória de ressarcimento, dentre tantas outras vertentes. Mas, isso é matéria para outras pesquisas.

Os embates jurídicos continuarão a ocorrer para o bem da sociedade e da liberdade de argumentação e convencimento das teses levantadas, ensejando em futuros julgados. Os conflitos e as dúvidas de posicionamento requerem estudo, responsabilidade e respeito com a vida alheia. E quem disse que é simples?

REFERÊNCIAS

- BARROS, Sérgio Resende. A ideologia do afeto. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 14, p. 5-10, jul.-ago.-set 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990, e retificado no **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 jul. 1990.
- BRASIL. Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 dez. 1992.
- BRASIL. Lei 10.406, de 10 de março de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 mar. 2002.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 301. Segunda Seção. Julgamento: 18-12-2004. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 nov. 2004, p. 425.
- DIAS, Maria Berenice. Quem é o pai? In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 15, p. 5-14, out.-nov.-dez. 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo código civil: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v. VI. São Paulo: Saraiva, 2005.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 24 maio 2006.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Filiação: direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 19, p. 133-156, ago.-set. 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SEREJO, Lourival. **Princípios constitucionais de direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. v. VI. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Submissão em: fevereiro de 2009
Pareceres favoráveis em: julho de 2009

A Aplicação da Convenção Interamericana contra o Terrorismo no Brasil*

PAULO EMÍLIO VAUTHIER BORGES DE MACEDO

Doutor pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2007). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2002). Graduado em Direito (1996). Coordenador do mestrado e doutorado da Universidade Gama Filho – RJ. Professor de Direito Internacional. Avaliador *ad hoc* do Ministério da Educação. Autor de livros jurídicos, dentre eles, “Guerra e Cooperação Internacional” e “Hugo Grócio e o Direito: o jurista da guerra e da paz”.

Resumo: Após 11/9/2001, o terrorismo passou a ser regulado não só pelo Direito Penal, mas também pelo direito dos conflitos armados. Assim, a “guerra contra o terror” tornou-se mais do que mera figura de linguagem. Essa duplicidade de tratamento provoca diversos problemas para a aplicação do Direito Internacional no Brasil: o país não possui uma definição legal de terrorismo, e o STF não dispõe de critérios seguros para distinguir o terrorismo dos crimes políticos.

Palavras-chave: Terrorismo. Extradicação. Crime político. Direitos humanos.

* O autor do texto e o Editor da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos agradecem à Revista SJRJ (Rio de Janeiro, n. 22, p. 129-146, 2008) a cortesia do fornecimento dos originais deste texto.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho aborda os dois regimes jurídicos de combate ao terrorismo, implantados após os atentados de 11 de setembro de 2001, em Nova York, em especial no Direito Internacional americano. O propósito deste arquivo é mostrar que, após essa data, o terrorismo passou a ser reprimido por dois sistemas jurídicos que, em determinada medida, não se complementam. Essa não-complementaridade ocorre no Direito Internacional, e é agravada por algumas particularidades no Direito brasileiro.

De um lado, sempre se considerou o terrorismo um delito internacional, passível de punição ao indivíduo e/ou ao grupo infrator. Havia um dever por parte dos países de cooperarem com intercâmbio de informações, controle do financiamento, prevenção e, num grau mais elevado de estreitamento, com a facilitação da extradição, mas sem prejuízo de dispensa desta por crime político. Todavia, por mais negligentes ou mesmo coniventes que os Estados fossem com terroristas, o Direito mantinha um respeito sacrossanto à soberania, e os países nunca figuraram no banco dos réus.

De outro, a reação aos atentados foi tamanha que o terrorismo se transformou em motivo de ruptura da paz e da segurança internacionais, o que enseja o direito de legítima defesa. Os atos terroristas – que, para indivíduos ou grupos, são tidos como delitos internacionais – foram equiparados, nesse respeito, à agressão armada. A conivência dos Estados tem, agora, um preço muito maior.

O problema é que esses dois tratamentos não são propriamente harmônicos. A luta contra o terrorismo se tornou, ao mesmo tempo, um tema de segurança internacional e de responsabilidade penal do indivíduo. No Direito brasileiro, a ausência de critérios que

distingam o crime político do terrorismo resulta em uma aplicação ainda mais problemática desses dois regimes.

É certo que o terrorismo constitui uma prática abominável, a ser reprimida com bastante rigor. Entretanto, deve haver limites para essa repressão: os Direitos Humanos. Trata-se da polêmica nem um pouco recente entre direitos do homem e *raison d'état*. No Direito interno, os Direitos Humanos sempre serviram como uma restrição ao poder de império do Estado. Na França, *v. g.*, o Caso Dreifuss foi paradigmático. O Direito Internacional não pode se furtar a esse debate.

2 O TERRORISMO E O DIREITO INTERNACIONAL

Os atentados de 11 de setembro obtiveram repercussão imediata em todo o mundo. É interessante observar o teor das medidas adotadas de repressão ao terrorismo. No dia seguinte aos atentados, o Conselho de Segurança concedeu carta-branca aos Estados Unidos, por provocação deste, com a RES/CSNU/1368/2001.¹ Essa Resolução qualifica os atentados de 11 de setembro, bem como qualquer ato de terrorismo internacional, como uma ameaça para a paz e a segurança internacionais. E ainda reconhece, de forma expressa, o direito de legítima defesa.

Se essa decisão for interpretada exclusivamente para reconhecer o direito de legítima defesa dos Estados Unidos da América (EUA), ela “foi perfeitamente inútil: a legítima defesa é, nos termos do art. 51 da Carta, um direito ‘natural’ (*inherent* no texto inglês) cujo uso não é subordinado a uma constatação do Conselho de Segurança.” (PELLET, 2003, p. 179).

O direito de legítima defesa não depende de autorização para ser exercido; basta tão-somente que as medidas tomadas pelo Estado-vítima sejam comunicadas *a posteriori* ao Conselho de Segurança – que tem o poder-dever de tomar outras providências que julgar necessárias para a manutenção da paz internacional, independentes daquelas ações já adotadas pelo Estado lesado.

¹ Todas as Resoluções do Conselho de Segurança e da Assembleia Geral foram extraídas do sítio eletrônico oficial da ONU.

Entretanto, essa Resolução é bastante inusitada e encerra maiores consequências do que se pode imaginar. Desde o Pacto de Paris de 1928, também conhecido como Pacto Briand-Kellog – em referência ao Ministro francês do exterior Aristide Briand e ao chanceler americano Frank Kellog – a guerra foi proscrita do Direito Internacional como meio válido de solução de controvérsias. Dispõe o Pacto:

Art. 1.º As Altas Partes Contratantes declaram, solenemente, em nome de seus respectivos povos, que condenam o recurso à guerra para a solução das controvérsias internacionais, e a isso renunciam, como instrumento de política nacional, em suas relações recíprocas.

O *jus ad bellum* foi, até então, um meio legítimo de assegurar uma pretensão no Direito Internacional. Constituía uma das formas válidas de aquisição de território. O estado de guerra gerava diversos efeitos tanto entre os contendores como em relação a terceiros. O direito à guerra foi, inclusive, um dos direitos internacionais que caracterizavam o Estado. Somente os soberanos se apresentavam como autoridades legítimas para declarar guerra: guerras privadas eram injustas por natureza.

Em 1945, a Carta de São Francisco vai além e proíbe, no art. 2.º, § 4.º, todo e qualquer emprego da força, do qual a guerra não é senão uma forma extrema: “Todos os membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.”.

Isso não significa que não haja exceções à proibição do uso da força. O emprego da força é permitido nos casos em que o Conselho de Segurança, para situações específicas, o julga compatível com os propósitos da Organização das Nações Unidas (ONU), nas lutas pela autodeterminação dos povos e no exercício da legítima defesa. Já a permissão à guerra, portanto, restringe-se aos casos de legítima defesa individual ou coletiva – à guerra defensiva.

E foi exatamente de “legítima defesa” que a RES/CSNU/1368/2001 qualificou as medidas que os Estados Unidos poderiam tomar. Isso significa que este país pôde se engajar numa guerra defensiva. Ora, “guerra” é, como visto acima, um contencioso armado entre dois Estados. Cabe observar que, nos termos do art. 51 da Carta – “no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas” –, somente a agressão armada justifica o recurso à força a título de legítima defesa. E a agressão, segundo a definição na Resolução n.º 3.314 (XXIX) da Assembleia Geral de 1974, deve partir de Estado:

Art. 1.º A agressão é a utilização da força armada por um Estado contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política de um outro Estado, ou de qualquer outra maneira incompatível com a Carta das Nações Unidas, como se extrai da presente Definição.

Nos atentados de 11 de setembro de 2001, a agressão partiu de um grupo que não é sequer reconhecido pelo direito interno, mas a guerra contra o regime talibã no Afeganistão ocorreu porque se entendeu que o país estava concedendo guarida aos terroristas. Todavia, o Conselho de Segurança não constatou expressamente a agressão, embora tenha reconhecido o direito à legítima defesa. Cumpre salientar que, na Resolução n.º 660/1990, o órgão observou a existência de uma ruptura da paz na invasão do Kuwait pelo Iraque, sem admitir também a existência de agressão, e reconheceu o direito à legítima defesa.

Ademais, a Resolução n.º 1.368 reconheceu o direito dos Estados Unidos à legítima defesa, mas não definiu contra quem. Osama Bin Laden e a Al-Qaida tornaram-se os alvos principais do país, mas, nesta cruzada contra o mal, Estados ditatoriais que abrigam terroristas também passaram a ser apenados. Será o abrigo de terroristas motivo o bastante para justificar uma guerra? E como deve ser feita essa imputação ao Estado?

Cumpre salientar que a RES/AGNU/3314/1974 também prevê como hipótese permissiva de legítima defesa a agressão armada indireta:

O envio por um Estado ou em seu nome de bandos ou de grupos armados, de forças irregulares ou de mercenários que praticam atos de força armada contra um Estado de tamanha gravidade que eles equivalem aos atos enumerados acima [agressão armada direta], ou o fato de engajar-se de maneira substancial em tal operação” (art. 3º, “g”).

A agressão armada indireta foi levantada diversas vezes para justificar o uso da força. Foi o argumento da África do Sul em relação aos ataques da SWAPO em Angola, Zâmbia e Lesoto (entre 1976-1985); da Rodésia do Sul em relação aos ataques em Botswana e em Zâmbia (1978-1979); de Israel contra os campos palestinos no Líbano (1970-1983) e na Tunísia (1985); e foi a tese norte-americana para justificar a Guerra do Vietnã (VELLOSO, 2003, p. 197). Mas esse argumento nunca foi bem aceito perante o Direito Internacional. No acórdão de 27 de julho de 1986, relativo às Atividades Militares e Paramilitares na Nicarágua e contra esta, a Corte Internacional de Justiça admitiu que o envio de bandos armados para o território de outro Estado

constitui agressão armada somente ao se tratar de operação de vulto, não uma simples assistência a rebeldes. Tampouco manobras militares e envio de dinheiro ou armamentos a rebeldes configuram atos de agressão (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 1986, p. 127).

No entanto, o Conselho de Segurança não decidiu *contra legem*, contra a definição, pois a enumeração das ações que configuram agressão, listadas no art. 3.º, não é taxativa:

O âmbito da definição retida é limitado. Como o objetiva esta resolução [3.314], tratando-se de uma simples recomendação da Assembleia ao Conselho de Segurança, este último pode proceder à sua num sentido tanto restritivo como extensivo: “tendo em conta as outras circunstâncias pertinentes”, ele pode desqualificar um ato que à primeira vista parecia um ato de agressão (art. 2.º); pelo contrário, pode “qualificar outros atos de agressão em conformidade com as disposições da Carta.” (art. 4.º) (DINH; DAILLER; PELLET, 1999, p. 824).

Em última análise, em matéria de manutenção da paz, a responsabilidade pertence ao Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU). É ele que define a agressão. E a Resolução Antiterrorismo n.º 1.373, de 28 set. 2001, alargou ainda mais os poderes do órgão. Até então, o Conselho de Segurança poderia se pronunciar em matéria de segurança internacional em face de uma situação concreta, mas para esta resolução “quaisquer atos de terrorismo internacional” constituem uma ameaça à paz, o que faculta ao Conselho agir de forma preventiva. A Resolução também “decide” e “convoca” os Estados-membros a reprimirem o terrorismo e a

Art. 3.º [...]

d) tornarem-se membros, o mais rapidamente possível, de todas as convenções e protocolos internacionais relevantes relacionados ao terrorismo, inclusive a Convenção Internacional para a Supressão de Financiamento ao Terrorismo de 9 de dezembro de 1999.

Assim, o Conselho torna obrigatórias normas internacionais que os Estados não ratificaram. Trata-se, como bem afirmou Alain Pellet, de “verdadeira *legislação internacional*” (PELLET, 2003, p. 181, grifos originais).

A Resolução n.º 1.373 vai além: procura assegurar a sua própria eficácia:

Art. 6.º [...]

Decide estabelecer, de acordo com a norma 28 de suas normas de procedimento, o Comitê do Conselho de Segurança, composto de todos os membros do Conselho,

para monitorar a implantação desta resolução, com a ajuda de especialistas, e convoca todos os Estados membros a informar a este Conselho as medidas tomadas para a implantação desta resolução, no prazo de 90 dias a partir da data da adoção desta resolução, e a seguir em datas a serem propostas pelo Comitê.

Trata-se, pois, de uma *soft law* nada *soft*.

Essa mesma norma convoca os Estados a não concederem a condição de refugiado a terroristas (art. 3.º, alíneas “f” e “g”). Esta disposição vai fazer eco na Convenção Interamericana contra o Terrorismo, como será visto adiante.

Assim, a chamada “guerra contra o terror” não se revela uma simples metáfora. Para o Direito Internacional, os atentados terroristas de 11 de setembro implicaram mesmo atos de guerra.

3 A CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA O TERRORISMO

Os atentados de 11 de setembro de 2001 também tiveram repercussões no Direito Internacional americano. Os Estados das três Américas expressaram sua solidariedade aos Estados Unidos pela tragédia. No mesmo dia, ocorria, coincidentemente, a XXVII Sessão Especial da Organização dos Estados Americanos (OEA), em Lima, que tinha como objetivo proclamar a Carta Democrática Interamericana. Imediatamente após a notícia dos atentados, condenou-se formalmente os ataques e reconheceu-se a necessidade de maior cooperação hemisférica para lidar com o terrorismo. No dia 21 do mesmo mês, em Washington, na XXIII Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores da Organização dos Estados Americanos (OEA), foi expedida uma Resolução que conclama os Estados americanos a assinarem a Convenção de Supressão do Financiamento ao Terrorismo de Nova York (1999) e ainda encarrega o Conselho Permanente da OEA a preparar um esboço para uma Convenção mais abrangente contra o terrorismo.

O mais importante reflexo, contudo, foi a adoção da Resolução n.º 1.840, de 3 jun. 2002, da Assembleia Geral da OEA, a qual proclama a Convenção Interamericana contra o Terrorismo. Este documento é fruto dos trabalhos do Conselho Permanente da OEA e do Comitê Interamericano contra o Terrorismo, criado pela Declaração de Mar del Plata, de novembro de 1998. Assim, a Convenção não resultou tão-somente da indignação produzida pelos atentados. O terrorismo sempre representou uma preocupação bastante premente para a Organização. A Declaração de Lima, de abril de 1996 – a primeira conferência especializada sobre terrorismo –, já havia adotado o

Plano de Ação sobre Cooperação Hemisférica para a Prevenção, Combate e Eliminação do Terrorismo. As normas sobre “cooperação hemisférica” contra o terrorismo remontam a essa data, mas normas de repressão ao terrorismo no continente americano são anteriores, da década de 1970.

Todavia, por força de decisão tomada em 21 set. 2001, o próprio Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (TIAR), de 2 set. 1947 se tornou o mais antigo documento de cooperação hemisférica contra o terrorismo. Naquela data, aproveitou-se a XXIII Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores da OEA e realizou-se a XXIV Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores do Tratado do Rio. Essa Resolução afirma que:

[Os] ataques terroristas contra os Estados Unidos da América são ataques contra todos os Estados Americanos e que, em acordo com todas as relevantes disposições do Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (Tratado do Rio) e com o princípio da solidariedade continental, todos os Estados membros do Tratado do Rio devem providenciar efetiva assistência recíproca para fazer face a esses ataques e à ameaça de qualquer ataque similar a qualquer Estado americano, a fim de manter a paz e a segurança do continente (RES/CONSELHO PERMANENTE/OEA/797/2001).

Como o Tratado do Rio é de segurança coletiva e condena a guerra, a Resolução n.º 1.368, tomada no âmbito das Nações Unidas, encontrou correspondência direta com essa Resolução do sistema interamericano, de setembro de 2001. O Direito Internacional Americano, como não poderia deixar de fazer, também considerou os ataques de 11 de setembro como atos de guerra. Cumpre salientar que a Resolução acima tem guarida no art. 3.º do TIAR, que afirma expressamente o direito de legítima defesa individual ou coletiva em resposta a “agressão armada”. Desta feita, todas as considerações feitas no item precedente acerca da equiparação do terrorismo a atos de guerra permanecem inalteradas aqui.

Cumpre salientar que atentados terroristas também constituem, numa série de convenções tanto de Direito Internacional Geral como de Direito Internacional Americano, ilícitos internacionais passíveis de punição e/ou extradição dos próprios terroristas. Aliás, esse era o tratamento usualmente concedido à questão antes de os ataques terroristas fossem considerados atos que ensejassem a legítima defesa e que pudessem ser imputados, para efeitos de agressão armada, a um Estado que acobertasse os terroristas. Os indivíduos que cometem atos definidos como terroristas sempre foram perseguidos no Direito Internacional. O que se alterou com as Resoluções foi o fato de que os Estados, sob pena

de guerra defensiva, não podem mais, a pretexto do princípio da soberania, acobertar ou facilitar de qualquer forma indivíduos ou grupos terroristas.

Há, ainda, outras particularidades interessantes. A Convenção Interamericana Contra o Terrorismo, no art. 2.º, fala em “delitos”, não em agressão armada, e se reporta à definição do termo em outras convenções², o que torna claro o seu escopo de reprimir os próprios terroristas. Ainda assim, é preciso frisar, se esses delitos receberem apoio ou cobertura de um Estado, constituirão atos de guerra. E essa convenção altera, de forma substancial, todos os demais documentos que ela se reporta. Até então, no Direito Internacional Americano, nunca se havia discutido o fato de o crime terrorista não ser de natureza política, e o direito de asilo não restava prejudicado. Entretanto, para efeitos de extradição ou mútua assistência jurídica, o art. 11 da Convenção estabelece a “inaplicabilidade da exceção do delito político”:

Para os objetivos de extradição ou mútua assistência jurídica, nenhum dos delitos estabelecidos nos instrumentos internacionais listados no Artigo 2º deverá ser considerado delito político, ou delito conexo a um delito político ou um delito inspirado por motivos políticos. Em consequência, uma solicitação de extradição ou de assistência jurídica mútua não poderá ser denegada somente com base em que se

² São elas: a Convenção para a Repressão do Apresamento Ilícito de Aeronaves, firmada em Haia em 1970; a Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil, firmada em Montreal em 1971; a Convenção para a Prevenção e Repressão de Delitos contra Pessoas Internacionalmente Protegidas Inclusive os Agentes Diplomáticos, aprovada na Assembleia Geral da ONU em 1973; a Convenção contra a Tomada de Reféns, aprovada na Assembleia Geral da ONU, em 1979; o Convênio sobre a Proteção Física dos Materiais Nucleares, firmado em Viena, em 1980; o Protocolo para a Repressão de Atos Ilícitos de Violência em Aeroportos que prestam serviços à Aviação Civil Internacional, firmado em Montreal, em 1988; o Convênio para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima, firmado em Roma, em 1988; o Protocolo para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança das Plataformas Fixas na Plataforma Continental, firmado em Roma, em 1988, o Convênio Internacional para a Repressão de Atentados Terroristas Cometidos com Bombas, aprovado na Assembleia Geral da ONU, em 1997; e o Convênio Internacional para a Repressão do financiamento do Terrorismo, aprovado na Assembleia Geral da ONU, em 1999. É interessante observar que somente duas convenções aludidas pertencem ao sistema americano. Assim, para os efeitos da Convenção Interamericana Contra o Terrorismo, “delito” é uma ação que: usa ou ameaça de usar a força para a tomada de aeronave; comete violência contra pessoa, e o ato põe em perigo aeronave em voo, navio mercante ou plataforma marítima, destrói ou causa sério dano a aeronave em voo, navio mercante ou plataforma marítima, coloca artefato ou substância que pode pôr em perigo aeronave em voo, navio mercante ou plataforma marítima, causa dano ao sistema de navegação de aeronave em voo, navio mercante ou plataforma marítima e veicula informação falsa para ameaçar a segurança de aeronave em voo, navio mercante ou plataforma marítima; sequestra ou atenta contra a vida de pessoas internacionalmente protegidas; faz indivíduo de refém com o intuito de modificar o comportamento de terceiro (não necessariamente um Estado); transfere de forma não autorizada, furta ou rouba, obtém de modo fraudulento ou violento, ou ameaça de usar material nuclear para causar destruição ou obrigar terceiro a modificar seu comportamento; comete violência contra funcionário da Aviação Civil Internacional, ou causa destruição ao aeroporto ou às aeronaves; comete atentado com o emprego de bombas em qualquer estrutura ou estabelecimento governamental; financia qualquer das atividades acima discriminadas (ONU, 2002).

relaciona com um delito político, ou com um delito conexo a um delito político ou com um delito inspirado por motivos políticos.³

Nos artigos 12 e 13, a Convenção é ainda mais explícita e proíbe a concessão da condição de refugiado e do direito de asilo a qualquer pessoa na qual haja “motivos fundados” de suspeita de ato terrorista. Em suma, para não poder contar com o beneplácito de institutos assecuratórios da dissidência política, o terrorismo não é um ilícito político, nem de qualquer forma relacionado a um crime político. Esta corresponde a uma mudança bastante significativa dos documentos legais já existentes e os invocados pela própria Convenção, como a Declaração de Lima e a Pauta para a Cooperação Interamericana contra Atos e Atividades Terroristas estabelecida em Mar del Plata que, de modo expresso, afirmavam que as disposições ali contidas não prejudicavam o direito de asilo.

Desta feita, se for válida a conhecida fórmula de Carl von Clausewitz – “a guerra é a continuação da política por outros meios.” (VON CLAUSEWITZ, 1996, p. 30) –, então o regime jurídico criado por todas essas disposições se revela, no mínimo, paradoxal. Os indivíduos ou grupos que perpetuam atentados terroristas não cometem ato político, mas crime comum, e devem ser punidos ou extraditados sem direito a asilo ou à condição de refugiados. Já em relação a Estados que apóiam ou acobertam esses indivíduos ou grupos terroristas, esses mesmos atentados têm natureza política e configuram atos de guerra, o que enseja a legítima defesa individual ou coletiva.

No entanto, a peculiaridade mais importante do sistema americano de combate ao terrorismo ainda está por vir. A Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica de 1969, estabelece, no art. 4.º, § 4.º: “Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos.” *A contrario sensu*, nos países americanos onde existe a pena capital – Antígua e Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Estados Unidos, Jamaica, Guatemala, Guiana, República Dominicana, São Cristóvão e Névis, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, e Trinidad e Tobago (STRANO NETWORK, 2002), como o terrorismo não se apresenta como um delito político, a pena de morte pode ser executada. De modo estranho, a Convenção Interamericana contra o Terrorismo dispõe que:

Art. 15. [...]

§ 2.º Nada na presente Convenção será interpretado no sentido de restringir outros direitos e obrigações dos Estados e dos indivíduos perante o Direito Internacional,

³ A Convenção Interamericana Contra o Terrorismo, adotada pela Resolução nº 1.840, de 3/6/2002, na XXXII-O/02 Sessão da Assembléia Geral da OEA, foi aprovada no Brasil, em 1º/9/2005, pelo Decreto Legislativo nº 890 e promulgada, em 26/12/2005, pelo Decreto Presidencial nº 5.639.

em particular a Carta das Nações Unidas, a Carta da Organização dos Estados Americanos, o Direito Internacional Humanitário, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos refugiados.

Há de se indagar qual documento – a Convenção Americana de Direitos Humanos ou a Convenção Interamericana Contra o Terrorismo – constitui a regra geral e qual, a exceção.

É interessante observar que o art. 27, § 1.º, do Pacto de São José da Costa Rica dispõe que, em caso de guerra, algumas garantias podem ser suspensas. Entretanto, o § 2.º do mesmo artigo prevê que as garantias do art. 4.º, em especial, não podem ser suspensas. A proibição da pena de morte por delito político, por exemplo, não pode ser suspensa em hipótese de guerra. É preciso averiguar como funciona o mecanismo em relação ao terrorismo. Se ocorrerem atentados terroristas – os quais constituem atos de guerra – será instaurado o estado de guerra. Este estado de guerra, nos países que ainda preveem a pena de morte, não pode suspender a garantia de proibição à pena de morte em crimes políticos. Mas, como o terrorismo não constitui um crime político, a pena de morte pode ser sempre aplicada.

4 O DELITO DE TERRORISMO NO DIREITO BRASILEIRO

A Constituição brasileira, no art. 4.º, VIII, erigiu o repúdio ao terrorismo como princípio basilar que deve orientar o Estado brasileiro nas suas relações internacionais. No art. 5.º, XLIII, reforçou esse repúdio ao determinar que o crime de terrorismo seja inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. Assim, mostra-se razoável supor que o Brasil assumiu um compromisso constitucional de frontal hostilidade às práticas terroristas.

Segundo o Ministro Celso de Mello, em voto no processo de Extradicação n.º 855/2004, no Supremo Tribunal Federal (STF), uma vez que o poder constituinte emitiu um “claro e inequívoco juízo de desvalor em relação a quaisquer atos delituosos impregnados de índole terrorista”, não se pode conceder ao terrorista o mesmo tratamento benigno atribuído ao criminoso político.⁴ Justifica essa diferença com base no fato de que o “terrorismo constitui um atentado às próprias instituições democráticas”, e isso o distanciaria do crime político. Embora, à época, ainda não ratificada pelo país, o Ministro alude à Convenção Interamericana Contra o Terrorismo para corroborar essa interpretação que descaracteriza a natureza política do ato terrorista (STF/EXTRADIÇÃO/855/2004, p. 28-30).

⁴ No Brasil, o crime político recebe duas importantes discriminações positivas em sede constitucional: no art. 5.º, LII, veda-se a extradição por crime político ou de opinião; e, no art. 4.º, X, erigiu-se a concessão de asilo a princípio que deva guiar o país em suas relações internacionais.

Outrossim, entre os doutrinadores, percebe-se uma tendência de distinguir o terrorismo do crime político. As teorias objetivas definem o crime político conforme o bem jurídico lesado. Assim, aqueles comportamentos que atentam contra a existência do Estado, ou de sua organização político-jurídica, poderiam enquadrar-se nessa definição. As teorias subjetivas privilegiam a motivação do autor. Desse modo, não importaria qual tipo penal foi descumprido: desde que o agente procurasse desestabilizar o regime político vigente, haveria um crime político. Atualmente, os ordenamentos nacionais aceitam mais as teorias mistas, que combinam os elementos objetivos e subjetivos. Essas teorias podem ser extensivas ou restritivas: aquelas caracterizam como políticos os atentados contra a organização política de um Estado, além de todo ato com uma motivação política; e as últimas defendem a ideia de que constituem crimes políticos somente as condutas que lesionam a existência constitucional do país e também apresentam fins políticos. Nesse caso, excluem-se da definição tanto os crimes que, com o ânimo do lucro, ferem a ordem política do Estado como as infrações penais comuns (sequestro ou roubo) praticadas com um intento político (GUIMARÃES, 2007, p. 63-64).

Esses critérios conseguem diferenciar o crime político do comum com razoável sucesso. No entanto, não se prestam para distingui-lo do terrorismo. Segundo Jiménez de Asúa:

Los delitos terroristas, o más brevemente el terrorismo, como se acostumbra designarlos en los Congresos y Conferencias internacionales, no constituyen una figura homogénea ni caracterizada por fines altruistas ulteriores, sino por el medio ocasionado a grandes estragos, por la víctima, que puede ser un magnate o personaje, o, en contrapartida, personas desconocidas que accidentalmente se hallaren medios de transporte, plazas, calles, etc., y por el inmediato fin de causar intimidación pública (JIMÉNEZ DE ASÚA, [s. d.], p. 185).

Ora, também o crime político visa a causar intimidação pública. Ademais, o caráter altruísta de um atentado terrorista pode ser medido pelo fato de que o agente se encontra disposto a sacrificar sua própria vida pela causa.

Para Prado, os tipos penas praticados por um agente terrorista “obedecem a um plano cuidadosamente organizado, dirigido para a consecução de um objetivo que transcende a finalidade intrínseca de cada uma das condutas delitivas individualmente consideradas.” (CARVALHO; PRADO, 2007, p. 437). Essa explicação, porém, não basta porque só corrobora o entendimento de que, tal como o crime político, o terrorismo não se exaure nos comportamentos criminosos devidamente tipificados: há um plano maior, o de desequilibrar a ordem vigente.

De acordo com Guimarães, o terrorismo, “ao contrário do crime político, se afasta do motivo efetiva e exclusivamente político e da ação dirigida contra a ordem política, já que

seu propósito é o de ocasionar o terror, a intimidação.” (GUIMARÃES, 2007, p. 69). A diferença, então, parece se resumir a uma questão de escala: quando o ato não assusta ninguém, trata-se de delito político.

Um pouco adiante, o mesmo autor aponta outra diferença: o terrorismo “tende à destruição do regime político, social e econômico dos países, enquanto o delito político atinge a ordem política, dirigindo-se a um determinado Estado.” (GUIMARÃES, 2007, p. 69). Mais uma vez, reduz-se a distinção a um problema de escala: se atinge um só país, é um crime político; mas se ataca dois ou mais, é um atentado terrorista.

Na Extradicação n.º 855/2004, o Relator distingue uma figura da outra pelo fato de que o “terrorismo constitui um atentado às próprias instituições democráticas.”. Esse fundamento se revela bastante precário. Desta feita, se o ato se dirigir contra um regime democrático, será terrorismo, mas, *mutatis mutandi*, se ele se opuser a um governo ditatorial, será um crime político. Segundo este raciocínio, não há, portanto, possibilidade de haver atentados terroristas a ditaduras, assim como não pode haver crimes políticos numa democracia.

Em seu voto no processo referido, o Ministro Sepúlveda Pertence ressalta a fluidez da definição de terrorismo: em uma circunstância constitucional, um ato pode ser qualificado de terrorista. Em outra, a mesma ação demanda outro tratamento. Num regime muito rígido, que impeça a manifestação da oposição, parece não restar aos opositores outra alternativa à violência, ao terror. Conclui o Ministro que o STF deve formular juízos casuístas. Já o Ministro Nelson Jobim afirma que “terrorismo” não corresponde a um conceito que traduza um ato de realidade, mas a um juízo de valor, que deve ser examinado caso a caso. Acrescenta que prefere, “intuitivamente”, emitir um Parecer em cima do caso e que renuncia “a qualquer possibilidade de discutir academicamente a busca de algo no mundo que seja terrorismo, o que não vai haver nunca. Isso depende do lado do muro em que se encontra.” (STF/EXTRADIÇÃO/855/2004, p. 77-88).⁵

Vinte anos antes, na Extradicação n.º 417/1984, o pedido de extradicação formulado pela Argentina foi deferido, e a essência política do delito afastada, mas em outras bases. Em seu voto, o Ministro Oscar Corrêa afirmou que, em vista da gravidade e da extensão das ações praticadas por Mário Eduardo Firmenich como uma das lideranças do grupo subversivo Montoneros, não se pode considerar o seu comportamento um crime político (STF/EXTRADIÇÃO/417/1984, p. 54-59). Deve-se ressaltar que, à época dos atos delituosos do extraditando, a Argentina passava por um regime de exceção, o que contraria a tese de que o terrorismo só pode ser praticado contra governos democráticos.

⁵ Atente-se ao fato de que a data dessa decisão é posterior a 1989.

Não há dúvidas de que o Supremo Tribunal Federal (STF) pode descaracterizar a índole política de um ato para efeitos de extradição (art. 77, § 3.º, do Estatuto do Estrangeiro), mas este órgão não conseguiu elaborar uma fundamentação que estabeleça as diferenças entre terrorismo e delito político que ultrapasse o caso concreto. Dessa maneira, o STF falha em conferir previsibilidade às suas decisões sobre o assunto.

Cumprido salientar que, em princípio, nenhum Estado admite a existência de delitos políticos em sua ordem constitucional. Diante de caso concreto, um país sempre irá buscar desqualificar o crime político para comum. Como bem mencionou o Ministro Francisco Rezek, a “detecção do crime político só se faz de fora para dentro, só se faz à luz dos olhos do observador neutro.” (STF/EXTRADIÇÃO/417/1984, p. 49). Com a previsão da impossibilidade de extradição para atentados terroristas, abre-se a oportunidade de sequer procurar se descaracterizar a natureza política do ato: basta classificá-lo como “terrorismo” para que crimes políticos de grande repercussão possam ser julgados sem qualquer beneplácito.

Ainda que não haja um conceito unívoco de terrorismo em Direito Internacional, a indefinição é reduzida por força de diversos tratados que preveem delitos considerados terroristas. O art. 2.º da Convenção Interamericana Contra o Terrorismo remete a esses textos. Contudo, na legislação penal brasileira, não há, de maneira expressa, nenhum crime tipificado como terrorista. A Lei n.º 10.744/2003, que dispõe sobre a “assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas [...]”, conceitua, no art. 1.º, § 4.º, terrorismo como “qualquer ato de uma ou mais pessoas, sendo ou não agentes de um poder soberano, com fins políticos ou terroristas, seja a perda ou dano dele resultante acidental ou intencional.”. No entanto, esta lei não tipifica nenhuma conduta, tampouco se revela esclarecedora a definição.

Cabe tecer algumas considerações acerca da Lei n.º 7.170/1983, a Lei de Segurança Nacional. Esta norma foi criada durante o período do regime militar e definia crimes contra a segurança nacional e contra a ordem política e social. Embora nunca formalmente declarada inconstitucional, hoje pairam sobre ela graves dúvidas acerca de sua compatibilidade com o texto constitucional democrático. O STF nem mesmo a invoca mais para realizar a subsunção legal dos casos. Entre seus artigos, havia diversos tipos que poderiam se remeter a condutas terroristas, e, no art. 20, a lei menciona, de maneira expressa, o termo “terrorismo”:

Art. 20. Devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou *atos de terrorismo*, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas. (grifo nosso).

Além da discussão acerca da validade da lei, há de se arguir, ainda, a inconstitucionalidade do art. 20. Uma vez que o tipo menciona, de modo genérico, “atos de terrorismo”, mas não o conceitua nem apresenta o seu significado, este dispositivo fere o princípio do *nullum crimen sine lege*, já que não prevê delimitação de sua incidência (FRANCO, 1994, p. 67). Segundo Franco, portanto, não há o crime de terrorismo no Brasil.

Em razão da ausência de previsão legal e da falta de critérios *a priori* sobre terrorismo por parte da Corte constitucional brasileira, a Convenção Interamericana contra o Terrorismo deverá encontrar vários problemas para a sua aplicação em terras brasileiras. Há, ainda, mais uma dificuldade que esta convenção deverá enfrentar: seu *status* no direito nacional.

Após a promulgação, em 26 dez. 2005, pelo Decreto n.º 5.639, a Convenção Interamericana Contra o Terrorismo entrou em vigor no ordenamento jurídico nacional. Mas o Brasil não apresenta um sistema unívoco sobre a hierarquia de tratados devidamente internalizados. Desde o Recurso Extraordinário n.º 80.004/1977, de um modo geral, os Tratados ingressam no ordenamento jurídico pátrio com a força de lei ordinária. Tratados de direitos humanos aprovados pelo quórum qualificado do art. 5.º, § 3.º, da Constituição, possuem *status* de Emenda Constitucional. E, em virtude do art. 98 do Código Tributário Nacional, Tratados que dispõem sobre matéria tributária revogam legislação complementar. Também em casos de extradição, entende o STF que os Tratados prevalecem sobre a lei interna (STF/HC/58727-DF/1981). Assim, a Convenção Interamericana Contra o Terrorismo foi ratificada com força de lei ordinária. Não obstante o fato de o art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados proibir o inadimplemento de um Tratado com base numa norma de direito interno, no país esta Convenção pode ser derogada por lei ordinária posterior ou pela Constituição.

5 TERRORISTAS POSSUEM DIREITOS HUMANOS?

A pergunta acima procede porque os Estados não sabem como lidar com o terror. Um ex-Tenente-Coronel das Forças Armadas israelenses, em artigo na *Foreign Affairs*, denuncia a ineficácia das medidas de combate ao terrorismo que seu país tem tomado. Segundo o autor, as medidas contraterroristas de Israel só têm contribuído para aumentar a popularidade do recurso ao terrorismo entre palestinos (LUFT, 2002, p. 4).⁶ Trata-se de um círculo vicioso. Como as medidas atuais de combate não conseguem surtir o efeito

⁶ O autor ilustra essa questão com o aumento da popularidade do homem-bomba. Antes, esse recurso era considerado apenas por extremistas: a maior parte dos palestinos julgava que o homem-bomba em nada contribuía para a causa. Depois do aumento da repressão, o homem-bomba começou a ser visto como mártir e sua aparição tornou-se cada vez mais recorrente.

esperado, as ações se tornam mais severas. Mas, como esse aumento da repressão também não traz resultados (somente mais violência), os terroristas, em resposta, intensificam os ataques. Assim, retorna-se ao ponto de partida.

Nessa escalada da violência, o primeiro instituto a ser sacrificado são os Direitos Humanos. E o direito atingido de forma mais explícita foi o de asilo, reconhecido em diversos diplomas internacionais – art. 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos; art. XXVII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948; art. 22, § 7.º, do Pacto de São José da Costa Rica; art. 12, § 3.º, da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. No Brasil, a concessão de asilo político é preceito constitucional. Embora não exista um dever correlato por parte de um Estado em especial para a concessão do asilo, este constitui um direito e, portanto, a sua restrição deve vir acompanhada de maiores cuidados. Segundo alguns autores, Direitos Humanos podem ser limitados somente por outros Direitos Humanos (DWORKIN, 1977, p. 194). No caso, o direito foi restringido por uma medida de persecução penal.

O paradoxo – é necessário enfatizar – reside nesta natureza política “fugidia” do terrorismo. Como visto anteriormente, após os atentados do 11 de setembro, atos de terror podem gerar o estado de guerra, que é um estado político. O terrorismo em relação a Estados é sempre um ato político. Mas, quando se trata dos indivíduos que cometem os atentados terroristas, o crime de terrorismo consiste num crime comum. Quando se trata de responsabilizar Estados – imputar um Estado por uma “ameaça à paz e segurança internacionais” –, o terrorismo possui natureza política; contudo, para responsabilizar indivíduos, ele “esconde” essa natureza e se torna um crime comum. O terrorismo implica uma dupla criminalização e representa hoje o ilícito combatido de forma mais enérgica no Direito Internacional. Então, para se reprimir melhor os ataques terroristas, estes podem ser considerados até mesmo atos de guerra. Mas esse status não vem acompanhado de nenhuma das salvaguardas de direitos humanos e humanitários.

Os Estados Unidos se recusaram a conceder o tratamento de prisioneiros de guerra, em Guantânamo, aos capturados na guerra contra o Afeganistão, em detrimento das Convenções de Genebra. O Direito Internacional proíbe o interrogatório coercitivo de presos, mas os detentos eram espancados e humilhados, submetidos a privação de sono e dos sentidos, *waterboarding* e outras formas de tortura. A argumentação norte-americana era a de que os presos de Guantânamo seriam *unlawful combatants*, uma categoria não prevista nas Convenções de Genebra – o que poderia justificar a excepcionalidade do tratamento. Em 28 de junho de 2004, a Suprema Corte dos EUA finalmente rejeitou a tese de que o Presidente teria autoridade para prender pessoas acusadas de terrorismo, sem acesso a Advogados (ou ao mundo fora do cárcere) e sem

a possibilidade de revisão judicial da decisão (SUPREME COURT/542/US/ HAMDI vs. RUMSFELD/2004).

No entanto, segundo Dworkin, as decisões não foram, de todo, satisfatórias. Apesar de favoráveis, os julgamentos contêm afirmações bastante preocupantes. No caso “Hamdi vs. Rumsfeld”, a Juíza Sandra Day O’Connor arguiu que o Tribunal imparcial a que o detento tem direito não precisa ser uma Corte Judicial, mas uma Comissão Militar apropriadamente constituída. Além disso, as regras probatórias podem ser “suavizadas” a ponto de sofrer uma reversão do ônus da prova. Não é necessário provar a culpa: cabe ao detento – de dentro do cárcere – produzir provas para a sua inocência. A Juíza decidiu não libertar o prisioneiro, ainda na qualidade de preso de guerra, porque, embora a guerra no Afeganistão tenha terminado, ele poderia engrossar as fileiras inimigas na “guerra contra o terror”, que ainda continua (DWORKIN, 2004, p. 28).

A categoria de *unlawful combatants* corresponde a um *tertius genus*, no mínimo bastante estranho. Entre os combatentes, incluem-se os regulares e soldados que não portam nenhuma insígnia identificadora, além de civis independentes. Se capturados, estes dois últimos não teriam direito ao *status* de prisioneiros de guerra, mas, conforme o art. 44, § 4.º, do Protocolo I de 1977, devem receber proteção equivalente em todos os sentidos. Mesmo os mercenários e espiões devem ser tratados com humanidade. Essas duas classes de indivíduos são as mais desprezadas pelo Direito Humanitário, mas se beneficiam das “garantias fundamentais” do art. 75 do Protocolo I (proibição de assassinato, de tortura, de penas corporais, etc.). Isso significa que o Direito Humanitário prefere proteger as forças regulares, mas estende o seu abrigo às irregulares e não deixa de conferir uma proteção mínima às classes que visa a reprimir. Não faz sentido, portanto, existir uma categoria desprovida de qualquer proteção.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Internacional, após o ato terrorista em Nova York em 11 de setembro de 2001, tornou-se mais rigoroso. Indivíduos e grupos terroristas passaram a ser processados e punidos de forma mais severa. E Estados suspeitos de conivência se arriscam a sofrer as consequências da legítima defesa. A alegação do princípio da soberania não basta para justificar esta conivência. Nenhum país é hoje livre para apoiar atividades terroristas, porque estas lesam a paz e a segurança internacionais. Ademais, nenhum Estado é hoje livre para apoiar o terrorismo, até porque este não é mais uma opção política.

Cumprе salientar que, sob uma óptica formalista, a Resolução n.º 1.368 não abriu margem para a intervenção nos assuntos internos dos Estados. A legítima defesa constitui um

direito natural e, sobretudo, soberano. A agressão armada, o recurso às armas, embora não corresponda a um direito, é o ato mais característico da soberania. Tanto a agressão como a resposta a ela consistem em uma prerrogativa soberana. Não há atividade mais soberana do que a guerra.

Contudo, guerra é uma contenda armada entre Estados – e uma organização terrorista não é um Estado. Terroristas praticam uma ação considerada delito internacional, porém não se trata de uma agressão armada, ainda que passível de dura repressão. Já aos países que acolhem terroristas é imputada a “autoria mediata” do atentado terrorista. A conduta que se busca evitar por parte do Estado é essa cobertura ou a simpatia pela causa do terrorismo. Porém, quando um país age assim, como o Afeganistão, aquele mesmo ato que constitui um delito internacional para o terrorista, o “autor imediato”, provoca uma ruptura da paz e segurança internacionais, e é equiparado a um ato de guerra.

A duplicidade de tratamento internacional em relação ao terrorismo deve provocar, no Direito brasileiro, ainda mais confusão. O Brasil não apresenta nenhum tipo penal que defina um atentado terrorista. E o STF não distingue *a priori* “delito político” de “terrorismo”. Não há nenhum critério, fora a imaginação dos magistrados, pela qual possa se pautar a interpretação da Convenção Interamericana contra o Terrorismo no Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto 5.639, de 26 de dezembro de 2005. Promulga a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, assinada em Barbados, em 3 de junho de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 dez. 2005.

BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 out. 1966, e retificado no **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 out. 1966.

BRASIL. Lei 7.170, de 14 de dezembro de 1983. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 dez. 1983.

BRASIL. Lei 10.744, de 9 de outubro de 2003. Dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 out. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Extradução n.º 417. República Argentina e Mário Eduardo Firmenich. Relator: Ministro Alfredo Buzaid. Julgamento: 20 maio 1984. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 ago. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Extradução n.º 855. República do Chile e Mauricio Hernandez Norambuena. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 26 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 18 ago. 2007.

CARVALHO, Érika; PRADO, Luiz Régis. Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual. **Revista dos Tribunais**, n. 771, Doutrina Penal - Primeira Seção, p. 421-447, jan. 2007.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Atividades militares e paramilitares na Nicarágua e contra esta: Estados Unidos e Nicarágua. Decisão de 27 jun. 1986. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em: 21 fev. 2007.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. Tradução de Vítor Marques Coelho. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1977.

DWORKIN, Ronald. What the court really said. **The New York Review of Books**, New York, v. LI, n. 13, p. 26-29, ago. 2004.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**: notas sobre a lei n.º 8.072/90. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GUIMARÃES, Marcelo Ovídio Lopes. **Tratamento penal do terrorismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. T. III. 5. ed. Buenos Aires: Losada, [s.d.].

LUFT, Gal. The palestinian h-bomb: terror's winning strategy. **Foreign Affairs**, New York, v. 81, n. 4, p. 2-7, jul.-ago. 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Base de textos de tratados internacionais. Disponível em: <<http://untreaty.un.org/English/Terrorism.asp>>. Acesso em: 20 dez. 2002.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Base de documentos legais sobre o terrorismo. Disponível em: <<http://www.oea.org>>. Acesso em: 30 dez. 2002.

PELLET, Alain. Terrorismo e guerra: o que fazer das Nações Unidas. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). **Terrorismo e direito**: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 173-182.

STRANO NETWORK. Lista dei paesi dove é ancora prevista dalla legge la pena di morte. Disponível em: <<http://www.strano.net/news/214t01.htm>>. Acesso em: 30 dez. 2002.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. Hamdi et al. v. Rumsfeld, Secretary of Defense et al.; Rumsfeld, Secretary of Defense, v. Padilla et al.; Rasul et al. v. Bush, President of United States et al. Decisão de 28 jun. 2004. Disponível em: <<http://www.supremecourts.gov>>. Acesso em: dez. 2006.

VELLOSO, Ana Flávia. O terrorismo internacional e a legítima defesa no direito internacional: o artigo 51 da Carta das Nações Unidas. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). **Terrorismo e direito**: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 183-208.

VON CLAUSEWITZ, Carl Phillip Gottlieb. **Da guerra**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Submissão em: agosto de 2009
Pareceres favoráveis em: novembro de 2009

ARGUMENTO
JURÍDICO

A Proteção das Minorias no Direito Brasileiro

CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA*

Ministra do Supremo Tribunal Federal. Ex-Procuradora-Geral do Estado de Minas Gerais. Professora de Direito Constitucional da Universidade Católica de Minas Gerais.

* Nota do Organizador da Revista: o texto é resultado de uma Palestra quando a atual Ministra do Supremo Tribunal Federal era Procuradora-Geral do Estado de Minas Gerais.

Este evento é da maior importância, dado o momento em que é realizado, em que o mundo discute, de alguma forma – diante do ataque terrorista de 11 de setembro de 2001 – tudo fica em segundo plano na situação conjuntural. Mas, uma situação permanece institucional, estrutural e social: a questão da desigualdade. Portanto, de todas as formas de desigualdades praticadas. Evidentemente, é um tema permanente e, agora, com a Conferência realizada na África, esta é mais uma oportunidade de discuti-lo.

Tendo chegado no início do painel, pude ouvir algumas considerações e decisões, inclusive, de órgãos internacionais, a respeito das chamadas minorias. Entre as quais, incluem-se as mulheres. Até que as minorias, de mulheres, inclusive nesta mesa, já significa uma mudança substancial no mundo, porque, há dez ou vinte anos, com certeza, não seriam três mulheres em uma mesa, constituída pelos Senhores Germano Crisóstomo Frazão e Luciano Mariz Maia.

Convenhamos que algo mudou. Mas, a mudança está muito longe do que pretendemos com relação às minorias, que não são numéricas, com aqui já foi dito. Mas, são de direito. E isso é muito grave. Sempre digo que nós, mulheres, de alguma forma, somos discriminadas, sofremos com isso. Sabemos que o Direito não soluciona o problema de maneira permanente. Quer dizer: o Direito é impotente, penso, para acabar de uma vez com o preconceito que existe contra a mulher. O Direito proíbe manifestações de preconceito, impedindo-as de vir a mudar a vida daquele contra quem esse preconceito se volta e, com a ação afirmativa, a partir, principalmente, da década de 60, constrói possibilidades para que, pela convivência, as pessoas que têm preconceitos venham a deixar de tê-los. Mas, sempre digo que nós, mulheres, assim como os negros, os índios, aqueles que têm algum credo em algumas regiões do País e do mundo – muito mais do que no nosso país até – sabem o que é o preconceito pelo olhar do outro. Em algumas

oportunidades em que tive de usar carro oficial, não o fiz; porque, primeiro, como cidadã, já sou contra isso. Mas, tenho certeza de que se estiver em um carro oficial, ao pararem um sinal de trânsito, um brasileiro, homem, de classe média, branco principalmente, portanto, que não tenha passado por qualquer tipo de preconceito, olhará e dirá: “Lá vai a madame. Deve ir fazer compras. Provavelmente, é mulher, namorada ou irmã de alguém.”.

O que passa no olhar de alguém só nós que somos discriminados sabemos, porque não é preciso falar nada. Em geral, os nossos rapazes se comportam da seguinte forma: se Você para em um sinal, e se encontra no seu próprio carro, certamente alguém que tem preconceito dirá: “Dona Maria? Por que parou? Só por que o sinal ficou vermelho?” Isso se passa no dia a dia. O preconceito acontece das maneiras mais vis, mais infames, e só quem passa por ele sabe o que significa.

A Sra. Liliana Tojo contava o caso de uma mulher que não pôde entrar em um voo pela sua condição de cega. Há pouco, dizia para ela que nós, mulheres, que já passamos por outras formas de preconceito, sabemos, eventualmente, não é preciso ser cega para sofrer preconceito.

Canso-me de contar uma história que aconteceu comigo, em que marquei um encontro com um grupo de amigos em um barzinho na Savassi, região de Belo Horizonte, depois da minha aula na PUC¹. Havia dado aula até às 22h30min. Portanto, cheguei ao bar por volta das 23 horas. A sorte é que ando com a minha Constituição na mão, porque vivo dela. Então, por dever de ofício, carregou-a para cima e para baixo. No momento em que iria entrar no barzinho, o “leão de chácara” disse-me assim: “Psiu, Dona, onde a Senhora pensa que vai, entrando assim sozinha?”. Respondi-lhe: “Eu penso não; eu vou entrar”. Ele disse: “Aqui não pode entrar mulher sozinha, porque é um lugar de respeito.”. Até então achava que eu era uma pessoa de respeito. Ele disse assim: “Não, não pode”. Como não me abalo muito, indaguei: “Você conhece a Constituição brasileira?” Ele falou: “Dona, não cria caso. A Senhora já é mulher e ainda vai encrencar com a Constituição?”. Respondi: “Ô, meu bem, você conhece o art. 5.º, inciso II, da Constituição brasileira?” Naquele momento, um casal estava entrando no barzinho, e ele me falou: “Vamos fazer o seguinte: faz de conta que não vi a Senhora sozinha, e a Senhora entra com o casal”. Falei para ele: “Não, nem pensar; não sou invisível; o senhor me viu. Claro que estou aqui sozinha e quero entrar sozinha”. O casal até que foi legal, dizendo: “É isso mesmo; é um absurdo. No Brasil, discrimina-se todo mundo e violam-se direitos constitucionais, e até

¹ Nota do Organizador da Revista: Pontifícia Universidade Católica (PUC), Universidade na qual atuava, como Professora, a palestrante, hoje Ministra do Supremo Tribunal Federal e, à época da Palestra, também Procuradora-Geral do Estado de Minas Gerais.

‘leão de chácara’, agora, descumpra a Constituição. Onde é que já se viu uma coisa dessas? Não, ela está sozinha e vai entrar.”.

No Brasil, ocorre algo curioso – não sei se no resto do mundo acontece com a mesma facilidade com que acontece aqui – as pessoas não gritam. Se você estiver numa fila e entrar um ricoço na sua frente, achando que não precisa enfrentar uma fila, todos ficam com raiva e reclamam falando baixo. Se o primeiro disser: “Opa, isso aqui é uma fila; entra lá atrás”, nesse caso, todos participam dizendo: “É isso mesmo, vamos lá. O que é isso?” Então, na hora em que o casal indagou por que eu não poderia entrar sozinha, muitos se juntaram a ele e participaram da discussão, dizendo : “onde já se viu discriminar uma mulher?”

A luta contra todas as manifestações de preconceito não se faz isoladamente. Na hora em que se solidariza com os outros, e a voz de reação contra a discriminação cresce, em um minuto, quem discriminou volta atrás, porque ninguém tem coragem de dizer que discrimina. Todos achamos que não temos preconceito algum. No momento em que começou a aglomeração de pessoas, o rapaz subiu, em seguida desceu, viu que não havia solução e chamou a relações-públicas, que apareceu, e eu disse: “Não estou falando nada; apenas quero entrar. Disseram que não pode entrar mulher sozinha, mas a Constituição diz que homens e mulheres são iguais em direitos e deveres”. Várias pessoas gritavam, parecia até um comício; estava adorando a história, afinal, já era meia-noite e eu estava fazendo comício sobre a Constituição, mas não sabia como terminar. Então, a relações-públicas deu uma dica: “Aqui é proibido entrar mulher sozinha, mas mulher com a Constituição não está sozinha, de jeito nenhum ela está com os seus direitos”.

Esse é um problema que ocorre no Brasil e, penso, no mundo, pois se introjeta na pessoa discriminada que ela não tem direitos, já entrando em situação de desvantagem. Entra-se em um lugar onde só há homens e lhe dizem: “Aqui não existe nem banheiro feminino”. Fica subentendido que a mulher não pode ser, nem de longe, igual a eles, inclusive nada pode fazer em um lugar que não lhe é conveniente. A mulher já é colocada em situação de desvantagem, com medo do que vai acontecer. Há também o fato de que a vida inteira a mulher é ensinada que é mais fraca do que o homem. O que a ação afirmativa faz para os povos hoje é tentar criar uma nova forma de igualdade cívica, a qual o Direito pode criar. Já participei de concurso público – a minha área é Direito Constitucional – em que o membro da banca, portanto, um professor de Direito, disse-me assim: “Se você for muito melhor do que os outros, passará; agora, igual por igual, prefiro os homens”. Retruquei na hora: “Também sou igual ao senhor; gosto apenas de homem; portanto, nós dois gostamos da mesma coisa: preferimos homem”. Não dá muito para ficar calada diante das coisas que são postas de forma deslavada, com a maior desfaçatez do mundo.

Imagino que a geração dos meus sobrinhos não passará por isso. Reclamei a vida inteira para minha mãe: “Por que, quando estou prestes a reprovar em Aritmética, a senhora me dá bronca e coloca-me de castigo e, quando passava em Português, dizia que deveria estudar mais do que os outros?”. Ela me respondia: “Porque Você tem que estudar mais que os outros, pois Você é mulher. A sua geração terá que dar mais para ficar igual.”. Vejo isso de cátedra.

Então, para vencer o preconceito, é preciso criar novas formas de igualdade cívica por meio das leis que temos, pois temos muitas e ótimas leis no Brasil. A proteção de todas as formas de minorias, inclusive as que são majorias numéricas, existe desde a Constituição. A Constituição brasileira de 1988 vem no fluxo de uma tradição jurídica brasileira. Somos o primeiro povo do mundo a possuir, no texto de uma Constituição, a Carta de 25 de março de 1824, a primeira Constituição Imperial, no corpo das Normas Permanentes da Constituição, o conjunto dos direitos e das garantias individuais, que continha expressamente: “Todos são iguais perante a lei”. Essa fórmula não vinha no texto do corpo das normas constitucionais norte-americanas, pois os direitos fundamentais foram acrescentados por emendas à Constituição. Os constitucionalistas, em geral, falam que a primeira inclusão dessa fórmula no texto teria sido feita pela Constituição suíça. Porém, essa Constituição é de 1835, onze anos depois da nossa, e, portanto, a nossa Constituição foi a primeira a incluir no texto aquela fórmula como norma constitucional, naquele tempo chamado de individual. Fomos o último povo do mundo a acabar com a escravidão, no que já acabamos, porque continua a haver trabalho escravo, inclusive infantil e tudo o mais.

A lei, sozinha, não é suficiente para fazer as grandes revoluções dos Direitos Humanos. As grandes conquistas humanas não se passam apenas pela inclusão em textos legais – não estou dizendo que o texto legal não seja necessário, sou das que defendem que ele é necessário, mas precisa de um contexto, senão vira mero pretexto, inclusive desculpa para que não haja novas lutas. Temos um Texto Constitucional, o de 1988, que é ótimo em termos de Direitos Fundamentais, inclusive contra todas as formas de discriminação.

A Constituição brasileira tem, com o principal princípio – para mim, o Princípio mais importante, forte, vigoroso –, o da Dignidade da Pessoa Humana, e nisso já se engata exatamente o Princípio da Igualdade, porque todo mundo que é discriminado e injustiçado torna-se sujeito de um tratamento indigno. Portanto, a dignidade é muito ligada à questão do tratamento igual que lhe é destinado. Mas, de toda a sorte, o Princípio da Dignidade parece-me o mais forte. Porém, o Princípio mais vezes repetido na Constituição brasileira, disparadamente, é o da Igualdade, porque o problema maior que o Brasil possui e que se traduziu para o constituinte de 1987 e 1988 é o da desigualdade, com um detalhe: o grande preconceito no Brasil, a grande discriminação no Brasil, é contra o pobre.

Já sofri muita discriminação, e não sou das que podem reclamar, porque, quer como Advogada ou Professora, cheguei relativamente cedo a um determinado espaço profissional, mas não tenho dúvida alguma de que a mulher negra e letrada de uma favela sofre milhões de vezes mais preconceitos do que eu, como sei que o homem médio, branco, da minha idade, que não tenha tido oportunidades sociais em razão do seu desfavorecimento econômico, já sofreu mais discriminação do que eu, pois, no Brasil, tem-se preconceito, sim, contra o negro, embora se diga que não.

O preconceito é tão nítido que agora verificamos a necessidade de discutir a questão da ação afirmativa sobre as cotas para os negros. Porém, não há preconceito contra o Pelé, de modo algum. Nesse sentido, a sociedade vai muito bem. Para ela, é suficiente a pessoa ter dinheiro ou frequentar a faculdade, etc. Então, o pior preconceito no Brasil é contra o pobre, que não é minoria em nenhum texto doutrinário sobre os Direitos Humanos, porque, inclusive, isso não é uma indignidade, mas, sim, perversidade, pois, no caso brasileiro, não se dá oportunidade para que haja mudanças de comportamentos políticos, sociais e econômicos, quando poderíamos dar. Afinal, o mundo inteiro enfrenta problemas relacionados ao desemprego, à falta de oportunidade. Somos um povo que não precisa comungar das mesmas tragédias dos outros, porque temos terra, água, céu e sol. Temos, portanto, condições de propiciar que todos plantem e que comam bem, mas somos um povo que morre de fome, literalmente de fome, enquanto outros desperdiçam caviar.

Essa desigualdade, esse fosso que se abre, leva a que as nossas chamadas “elites” achem que são subumanos e subcidadãos aqueles que não têm as mesmas condições, pois as nossas elites são extremamente hipócritas e, o que é pior, extremamente pedantes, pernósticas e se acham se melhor do que os outros, quando não há nada disso. Pelo contrário, o povo brasileiro é muito melhor, considerando nós, trabalhadores de todos os dias, do que a chamada “elite brasileira”. Entendo que por isso não conseguiram acabar com o Brasil até hoje, embora tenham tentado tantas vezes.

Este é o quadro de preconceito e de discriminação contra minorias específicas: índios, negros, mulheres – não estou aqui considerando minorias no sentido muito mais técnico do que seriam aqueles que são grupos delimitados segundo critérios específicos, mas grupos que podem ser conjugados juntos em razão dos preconceitos e das formas históricas de discriminação contra eles praticados e que vêm sendo objeto de combate e de denúncia desde o início do Estado brasileiro. Basta ver que, quando se quis igualar na primeira Constituinte brasileira, de 1823, D. Pedro I fechou a primeira Assembleia Constituinte brasileira, porque os constituintes resolveram que os brasileiros teriam um tratamento considerado em relação à circunstância de serem eles os que formariam o povo brasileiro e que teriam que fazer, formular, estabelecer e exercer um poder de acordo com as

peculiaridades locais. E o desejo era o de que a Corte portuguesa, aqui presente, mantivesse os seus privilégios. Por conta disso, temos historicamente uma situação de preconceitos e discriminações, inclusive contra os próprios brasileiros. E isso crava, então, as diferenças sociais e econômicas no Brasil, já que no eleitorado, hoje, 52% são mulheres, e o número de negros no Brasil é muito maior, aproximadamente o mesmo percentual dos ditos brancos. Portanto, não haveria motivo para que não fôssemos o que Darcy Ribeiro preconizava: “um povo capaz de formar um novo povo, uma nova Roma.”. Logo, não tínhamos por que discriminar, já que éramos todos frutos, com o decorávamos no ensino fundamental, de três raças tristes. Somos descendentes, todos nós, brasileiros, das três raças que formaram este país, porque só três chegaram aqui, mas, na formação básica, antropologicamente, tínhamos três vetores principais, que foram fontes da nossa formação. Assim, nem há razão para o preconceito, a não ser por uma cópia extremamente boba de preconceitos que foram plantados em outros povos, e até nisso achamos que, com o mimetismo que vemos na Europa, algumas pessoas são melhores do que as outras.

A igualdade no Brasil é dificultada, tanto mais que, quando a Constituição diz que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, a leitura que se faz é a de que todos são iguais na lei e que nem a lei pode discriminar. Dizia Rui Barbosa: “Nós não queremos a unanimidade; nós não queremos a uniformidade; nós queremos todas as formas de igualdade entre iguais para sermos capazes de desigualarmos os desiguais na medida em que haja a desigualdade entre essas pessoas.”.

Nenhum de nós quer olhar o art. 5.º da Constituição, *caput*, e dizer que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, significando que os trataremos unanimemente. A pessoa que for portadora de uma diferença significativa, que seja objetivamente comprovada e que precise de um tratamento diferenciado para que possa se igualar aos demais, tenha igualdade de oportunidades, deve ser tratada considerando-se essa diferença. Esse é o princípio da igualdade que sempre esteve contido na Constituição brasileira, desde a primeira.

A Constituição de 1988 fotografou a desigualdade, que é o mais grave problema do Brasil, e, com isso, fixou o Princípio da Igualdade como o mais realçado, enfatizado, e levado na Constituição brasileira. Basta os Senhores lerem o seu preâmbulo, que, com todas as letras, diz que estamos reunidos para formar uma sociedade livre, justa e solidária. São objetivos específicos da República Federativa do Brasil aqueles que realizarão o que é traduzido, na generalidade da doutrina, com o bem comum, o qual só pode ser comum a este povo.

Está posto no art. 3.º que, na República Federativa do Brasil, são objetivos específicos: erradicar a pobreza e as desigualdades, até porque a pobreza já é uma fonte de discriminação, como disse.

Não vejo políticas públicas – adotadas no sentido de fazer com que prevaleça o princípio constitucional e que é obrigatório para todos. E não me venha alguém dizer que se trata de uma norma programática, porque não acredito nisso. Penso que foi um conceito que cumpria um papel que já acabou há muito tempo. Não entendo que exista sequer a possibilidade de alguém acreditar que a Constituição, que é lei, tenha dentro dela um cavalo-de-tróia, uma especificação de uma ordem que não é para ser cumprida, ou que não pode ser cumprida, ou que é só uma sugestão, um aviso ou uma cartilha.

Outro dia, estava em Brasília e ouvi pela televisão um certo governador dizer que ia “irradiar” todos os pobres do Brasil. Pensei: “Será que ele vai colocar um Césio 137 e matar todos?”. Aliás, só conheci um prefeito de interior, que não era do interior de Minas Gerais, que resolveu acabar mesmo com a pobreza e todas as formas de desigualdade. O Consultor do município me telefonou, dizendo que o Prefeito tinha editado um Decreto que acabaria com todas as formas de pobreza e discriminação. Perguntei: “Como?” Como brasileiro é muito criativo, pensei que ele pudesse conseguir isso por Decreto, pedi que ele me enviasse uma cópia. Dizia o Decreto: “Regulamenta o art. 3.º da Constituição e dá outras providências”.

Os Advogados e Juízes do mundo inteiro fazem Direito. No Brasil, fazemos milagre, porque não tem outro jeito para sobreviver.

O art. 1.º do Decreto dizia assim: “Ficam extintos os pobres e todas as formas de discriminação no município...”

Art. 2.º Revogam-se as disposições em contrário”.

Pensei: deve ter colocado todos os pobres em um paredão e os matado, pois nunca vi alguém acabar com a discriminação dessa forma. Na minha opinião, essa foi a única autoridade a prestar atenção nesse art. 3.º.

Nós, Advogados da área de Direito Público, já nos cansamos de pedir aos Senhores Juízes brasileiros para prestarem atenção nesse art. 3.º, pois ele pode não levar um Juiz a obrigar o Presidente, um Governador ou um Prefeito a adotar uma política pública, o que não pode mesmo por causa do Princípio da Separação de Poderes e porque não é administrador público, mas pode fundamentar uma decisão no sentido de considerá-la inconstitucional e, portanto, inválida uma política pública ou uma que acompanha e que venha a gerar mais desigualdade, mais discriminação, mais diferenças regionais, sociais e econômicas. O Juiz não só pode fazer isso como tem que fazê-lo, porque, se não o fizer, estará negando o cumprimento da Constituição brasileira. De resto, essa é uma triste constante na nossa política.

A Constituição Brasileira, portanto, quando enfatiza determinadas categorias ou determinados grupos, que são considerados específicos ou minorias ou coletividades específicas, faz referência a elas para chamar atenção, porque, na verdade, veda toda forma de discriminação em todos os subsistemas constitucionais.

Se os Senhores analisarem, por exemplo, o subsistema tributário, nele está contido que a capacidade econômica tem que considerar as condições de cada um. Isso é uma forma de eliminar, ou, pelo menos, não permitir preconceito ou discriminação, ou criar mais desigualdade na sociedade.

Se se pensar no próprio art. 5.º, ver-se-á que a Constituição, inclusive, tem o que poderia ser considerado um erro técnico. O *caput* do art. 5.º diz: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes.” Repete-se, inclusive, a palavra igualdade, porque, na verdade, dada a grande questão brasileira da discriminação e da falta de atendimento ao Princípio da Igualdade, o que se traduziu no art. 5.º da Constituição alterou uma tradição das Constituições brasileiras, porque, desde a Constituição de 1824, vinha mais ou menos uma fórmula: “A Constituição garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País os direitos concernentes à vida, à liberdade, à igualdade.”.

O sub-relator da Comissão de Direitos Humanos que acabou gerando o art. 5.º queria que, no *caput*, constasse “todos são iguais perante a lei” para dar uma força, um vigor superior e uma ênfase maior ao que é o Princípio da Igualdade e o que representa na sociedade brasileira. O que não se conseguiu, porque, na época, todos ponderaram que, tecnicamente, não é rarozável, porque os parágrafos, os incisos desdobram o que está no *caput*. Se só se fizesse referência à igualdade, o direito à vida, à vida livre, à vida digna, à vida que se quer igual à dos outros para ser mais digna, etc., ficaria comprometido. Manteve-se o início, “todos são iguais perante a lei” para, rigorosamente, enfatizar.

Até foi algo curioso, porque está escrito no inciso I do art. 5.º: “homens e mulheres são iguais em direitos e deveres, nos termos desta Constituição.”. Essa foi a última redação, porque se queria chegar a uma tal igualação – não igualdade, que é estática, mas igualação, que é um processo dinâmico de se obter mais condições iguais para as pessoas – que, na primeira e segunda versões dos relatórios, saiu assim: “homens e mulheres são inteiramente iguais, sem qualquer diferença”; ao que todos disseram: “Não, a diferença está certinha. Todos já testaram isso. Acabou a conversa. Não queremos essa mudança, porque, por

direito, não podemos fazer isso.”. E manteve-se: “homens e mulheres são iguais em direitos e deveres nos termos desta Constituição.”. A própria Constituição desigualava, e a desigualação é legítima.

Considerando-se que a mulher tem a chamada dupla jornada – e claro que, mesmo não conhecendo, no geral, deve haver homens de boa vontade no Brasil que chegam em casa, levam o chinelo para a mulher, que fica assistindo a novela, abrem a cerveja para ela e vão cuidar da casa –, ou seja, depois do trabalho, chega em casa, prepara a refeição e, se o arroz estiver meio papa, o marido ainda lhe dá “uns trancos”, com o disse a Senhora Liliana Tojo. Então, a Constituição desigualava para igualar. Ela desigualava na aposentadoria – até o Senhor Presidente da República, outro dia, disse que essa é uma forma de preconceito que privilegia a mulher. Não sei quais são os privilégios da D. Ruth, mas sei quais são os meus.

O fato é que a mulher brasileira trabalha fora de casa e, depois, quando chega em casa, o marido a inda diz: “Ó, o seu menino está lá chorando, viu? Não sei o que ele teve. Está atrapalhando o meu noticiário, o meu futebol”. Em geral, ela tem essa dupla jornada, e, por isso, a Constituição vem e cuida de desigualar para torná-los iguais.

O mesmo se faz – e foi mencionado aqui – em relação à questão, por exemplo, dos indígenas. Os índios têm um tratamento e um capítulo próprio na Constituição, considerando o de tratamento que receberam historicamente no Brasil. E, mesmo na parte dos direitos sociais, por exemplo, referentes à educação, há uma observação específica para eles quanto ao direito de terem a educação recebida do Estado na sua língua materna. Não queremos que tenham necessariamente que adotar a nossa.

A Constituição específica gerou para as Constituições estaduais algumas formas de tratamento também desigualado, algumas até *sub judice* à inda, como, por exemplo, a Constituição da Bahia, que tem um capítulo inteiro sobre os negros.

Esse capítulo é uma forma de afirmação de direitos, de cotas dos negros, dizendo que a população da Bahia tem uma situação que acaba privilegiando o que é uma minoria numérica e, inclusive, de poder. Por isso, eles conseguiram esse capítulo, que foi posto sob julgamento do Supremo Tribunal Federal, sob a alegação de que era inconstitucional, alegação essa que partiu de uma organização não governamental de proteção aos direitos dos negros, dizendo que, quanto mais forçam, mais desigualam.

Batalhamos, hoje, em sentido contrário. A Lei n.º 9.100/1996 estabeleceu que trinta por cento das vagas a serem preenchidas nos cargos eletivos dos diretórios teriam que ser

ocupadas por mulheres. Essa lei, proposta pela Senhora Marta Suplicy, gerou uma grande reação naquele momento.

Hoje, ninguém mais fala nesse assunto, porque a própria legislação eleitoral já estabelece esse percentual².

Nós, mulheres, não votamos em mulheres, porque não estamos acostumadas a vê-las ocupando cargos, e também porque não há um número significativo de mulheres disputando eleições. Por isso, não votamos em qualquer mulher para ocupar um cargo que seja significativo; queremos votar em pessoas que tenham habilitação para o exercício dos cargos. Portanto, para vencer o preconceito é necessário que haja melhores e grandes propostas, e possibilidades para essa atuação.

A ação afirmativa faz com que a igualação seja um processo dinâmico na história para vencer uma desigualdade posta e imposta historicamente.

Pela igualdade estática “quem tem, considera-se igual; quem não tem, não dispunha”. Mantínhamos o Princípio da Igualdade como mera formalidade, como direitos formalmente assegurados, mas que não eram concretamente efetivados.

A Constituição estabelece, no seu art. 37, inciso VIII, cotas para deficientes como ordem dada para a Administração Pública ao dispor: “A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”. Alguns grupos são tão discriminados que, nem na retórica são relevados, como é o caso dos deficientes. O preconceito é algo tão perverso que as pessoas sequer têm coragem de expor. É muito raro aquele que tem a desfaçatez de dizer: “Não gosto de mulher; não gosto de negro; não gosto de índio”. Mas, quem tem o preconceito acaba fazendo com que ele prevaleça de formas subliminares, o que é até muito mais grave.

Com relação aos deficientes, o preconceito não é explícito. Em vários contatos, disseram-me: “Sabia que em tal Estado não há nenhum juiz que tenha uma deficiência? Sabia que, se o candidato que presta um concurso para juiz tiver alguma deficiência e essa for significativa, os próprios magistrados não o deixam passar?” É costume dizer: “Pois é! É dessa maneira que as discriminações passam.”

² Nota do Organizador da Revista: o tema é quanto ao percentual de trinta por cento dos candidatos a cargos eletivos em eleições proporcionais (Deputados e Vereadores). Cada Partido Político terá que ter, em suas fileiras, mulheres que são candidatas em percentual mínimo de trinta por cento do número e concorrentes aos cargos.

Por exemplo, há pouco tempo, em Minas Gerais, mãe solteira, definitivamente, não passava em concurso para juiz. Ninguém dizia que era por esse motivo. Mas, quando se trata de candidato do sexo masculino, ninguém pergunta se ele é pai solteiro, porque isso está liberado. A questão é com a mulher. Então, a discriminação tem outra conotação, outra coloração. Por isso, a Constituição estabeleceu esse percentual. Portanto, o sistema de cotas já está previsto expressamente na própria Constituição brasileira para uma categoria. O ideal seria que houvesse a obrigatoriedade de as empresas conservarem em seus quadros percentuais bem definidos: até cem pessoas, percentual “x”; de 101 a 500, outro percentual, e assim por diante.

Temos, hoje, uma vasta legislação. O problema é que não conseguimos aplicar as leis que temos. A efetividade dos Direitos Humanos é a grande tônica desses primeiros cem anos do milênio. Ter leis é necessário, porque, se não as tivermos, não teremos instrumentos para lutar. Ter leis é necessário para que, inclusive, dando-se uma educação político-cívica, as pessoas possam ser capazes de perder o medo de postular seus direitos – que é um dos medos que se continua tendo –, e, para isso, algumas medidas poderiam ser tomadas no Brasil. Por exemplo, tenho pedido para que as pessoas reflitam sobre a possibilidade concreta de se criar, no Poder Judiciário, varas especializadas nas Justiças Comum, Estadual e na Justiça Federal e, inclusive, um tribunal de Direitos Humanos, porque ele teria a incumbência de julgar esses casos. Todos os casos de Direitos Humanos entram no fluxo de algo que é extremamente grave, que é o contingente de processos oferecido aos juízes brasileiros, sendo humanamente impossível vencer a morosidade da Justiça. Os Direitos Humanos e os Fundamentais não podem esperar. O direito à vida e à liberdade não podem ser deixados para depois.

Deveríamos pensar nessa especialização do Poder Judiciário brasileiro de tal maneira que as pessoas pudessem ter a oportunidade de acesso cada vez mais facilitada, porque o cidadão brasileiro tem muito receio de procurar por um de nós, Advogados, e pelo Poder Judiciário, porque somos uma comunidade ainda muito fechada. Esse dado deveria ser levado em consideração para vencer essa barreira. Com a criação de varas especializadas, as pessoas não precisariam se dirigir a um superfórum, onde nem sequer sabem andar, onde se sentem constrangidas. E há, ainda, este nosso “jurisdiquês” horroroso, uma erudição boba que ninguém entende, porque somos o último povo do mundo que fala em “anticrese”, “abigeato”, “*tem que ir de aluvião para São Paulo*”, “enfiteuse”, etc. Outro dia, uma Senhora falou-me que estava com uma “dor de lado”. Disse-lhe: “Deve ser o seu laudêmio; se pegar na enfiteuse, a Senhora terá um problema seriíssimo.”. Ela acreditou, porque ninguém sabe o que é laudêmio, a não ser os que estão envolvidos com o Direito. O Ministro Carlos Mário Velloso contou, certa vez, que um Ministro do Supremo Tribunal Federal encontrou um Advogado recém-formado, que ficou

entusiasmado ao vê-lo de perto, andando como uma pessoa comum. Diz o Ministro Carlos Mário que esse Advogado perguntou ao Ministro: “Ministro, gostaria de perguntar-lhe algo que nunca tive a coragem de perguntar para ninguém. O que é anticrese?” O Ministro respondeu-lhe: “Não posso falar, meu filho, porque isso pode cair um dia no Supremo Tribunal Federal, e eu terei que me declarar por suspeito”. Ou seja, ninguém sabe, nem mesmo eles.

Precisamos vencer isso, porque Direitos Humanos e Direitos Fundamentais são direitos de todos, do cidadão que quer falar o Português comum e ir a um juiz que possa descrever as suas condições de forma extremamente comum. Para que isso ocorra, é preciso, talvez, uma especialização maior do Poder Judiciário para facilitar o acesso na busca dos direitos violados, especialmente, aqueles que se referem à falta de respeito ao Princípio da Igualdade, porque muitos dos Direitos Fundamentais são violados não apenas por particulares, mas pelo próprio Estado, inclusive, em termos de discriminação. E, por isso, seria muito conveniente se tivéssemos – e já estamos criando em alguns lugares do Brasil, mas seria importante que se estendesse num plano maior – uma Ouvidoria de Direitos Humanos, de tal maneira que as pessoas pudessem, pelo menos, reclamar e ter uma orientação. A função da Ouvidoria seria a de escutar e promover para quem fosse de direito, dando um a resposta para que o cidadão saiba se ele está sendo, realmente, sujeito de uma discriminação, como, em que condições, e o que ele pode fazer.

Se não houver a possibilidade de termos na sociedade formas de educação cívica para que os cidadãos saibam dos seus direitos, todas as formas de violação de Direitos Humanos, inclusive aquelas que dizem respeito a preconceitos, ficarão cada vez mais difíceis de ser vencidas, e as pessoas terão cada vez mais medo, como ocorre com grande parte das mulheres que ainda continua tendo medo de contar que foi violada, que foi machucada por alguém.

A mesma coisa acontece com os negros e com os índios. É preciso superar essa situação na sociedade, e não no Estado. Embora a adoção de políticas públicas para tornar efetivos os Direitos Fundamentais seja da ordem constitucional, nós, sociedade, temos que nos articular para chegarmos a esse questionamento e a essa luta pelos Direitos Fundamentais, inclusive aqueles que dizem respeito à possibilidade de proteger as chamadas minorias.

O poeta brasileiro Ferreira Gullar, no poema “Nós, Latino-Americanos”, disse que, no fundo, todos nós acabamos, um dia, sendo sujeitos de uma violação. Lembro-me, quando leio o poema de John Donne, num verso citado por Ernest Hemingway, no início da obra “Por quem os sinos dobram?”, a epígrafe: “Não perguntes por quem os sinos dobram; eles dobram por Ti”. E, se alguém tivesse dúvida disso, creio que, o atentado terrorista

que destruiu as torres gêmeas³, diante do estarrecimento de que a chamada “globalização”, nessa era tecnológica em que vivemos, tornou tudo muito perto, todas as formas de agressão muito próximas de nós.

Estava na hora de nos lembrar do que disse Ferreira Gullar: “Somos todos irmãos / não porque seja o mesmo sangue / que no corpo levamos: / o que é o mesmo é o modo / como o derramamos”.

No final, todos os preconceitos atingem todos e cada um de nós.

Submissão em: julho de 2009

Pareceres favoráveis em: outubro de 2009

³ Nota do Organizador da Revista: Torres Gêmas é a denominação do conjunto de dois prédios iguais, cujo nome oficial era World Trade Center (Centro Comercial Mundial), que, em atentado terrorista ocorrido em Nova York, em 11 de setembro de 2001, foram atingidos por aviões, foram incendiados e derrubados, causando a morte de mais de três mil pessoas presentes no local. Algumas, presas em andares superiores pelo incêndio que estava em andares inferiores, não suportando o calor e a fumaça que as impediam de respirar, pularam para a morte mais rápida. Pessoas, inclusive, de várias nacionalidades, não apenas norte-americanos, que seriam o alvo.

A Proteção das Minorias no Direito Brasileiro

LUCIANO MARIZ MAIA

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2006). Mestre em Direito pela University of London (1995). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal da Paraíba (1980). Procurador Regional da República. Professor de Direitos Humanos da Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa/PB. Agente político do Ministério Público Federal e trabalho honorário sem remuneração da Secretaria de Direitos Humanos.

Já fomos brindados com várias palestras densas e agradáveis. O Professor Thornberry falou a respeito do sistema das Nações Unidas e do sistema de proteção no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), elencando os instrumentos principais de proteção das minorias, começando não só pela Declaração Universal, mas pela Convenção para Eliminação da Discriminação Racial, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, com seu art. 27, a Declaração dos Direitos das Minorias, que é uma explicitação do que está contido no art. 27, e a elaboração do próprio Comitê de Direitos Humanos, também na sua interpretação. Tudo que o Professor Thornberry disse sobre Direitos Humanos em geral e Direitos das Minorias, em especial no âmbito universal da ONU, aplica-se às minorias brasileiras. Isto porque o Brasil assinou todos esses Tratados Internacionais e, portanto, faz parte do Direito das Minorias no Direito brasileiro. O mesmo se diga em relação ao que falou Liliana Tojo a respeito da proteção das minorias no âmbito interamericano.

O Brasil é signatário dessas Convenções, e a proteção das minorias no âmbito interamericano é proteção das minorias brasileiras como minorias interamericanas, ou minorias americanas, ou que pertencem ao quadro brasileiro, a quem e remete, portanto, agora, a comentar rapidamente a brilhante mensagem de Rachel, quando traz a experiência atual dos africanos. Isso é importante, porque os africanos estão tendo a possibilidade de ensinar, também, ao mundo com o podem interpretar os direitos para os seus nacionais, para os membros daquela comunidade, comunidade que, em tempos mais remotos, foi trazida para o Brasil à força como mercadoria pelos europeus, especialmente os europeus portugueses. Essa vinda se transformou numa rota terrível, numa rota dramática de comércio com Angola, Moçambique, Congo, Sudão e tantos outros países. Os africanos vinham da África para o Brasil, deixando de ser reis, príncipes, rainhas, princesas, homens, mulheres, para se transformarem em coisas.

A conversa foi abrilhantada pelo estilo leve e agradável da Professora Carmem Lúcia que, vindo falar sobre as minorias no Direito brasileiro, comentou, com um brilho muito pessoal e especial, o Direito à Igualdade e à não discriminação, o que me permitirá desenvolver outros dois aspectos do Direito das Minorias, que são exatamente o Direito à Existência, incluindo a vida e os meios de sobrevivência, e o Direito à Identidade, de ser reconhecido como diferente e ter Direito à Diferença. Esta é a grande dificuldade e, ao mesmo tempo, o grande desafio: somos todos iguais, sendo diferentes; somos todos diferentes, mas essencialmente iguais em Dignidade e Direito.

A Professora Carmem Lúcia já fez referência a vários artigos da Constituição Federal: o art. 3.º, com seus princípios fundamentais, a igualdade, a proibição do racismo, o dever de combater as desigualdades regionais, sociais; a igualdade material, em geral aplicada nos arts. 3.º e 4.º; o art. 5.º, com a sua igualdade genérica, mas também com medidas concretas para igualização na prática; o art. 7.º com medidas econômicas dessa igualização; o art. 210, § 2.º, que dispõe que o estudo da história deverá levar em consideração a contribuição dos vários grupos étnicos que compõem a nacionalidade brasileira; e, especialmente, os arts. 215 e 216, dos quais falarei mais detidamente a seguir.

Temos a tendência de dizer que a nacionalidade brasileira ou o povo brasileiro decorre de três grandes raças: negros, índios e brancos. Há uma inverdade absoluta nisso: na verdade, não existe a questão de raça negra; existe cor negra com várias etnias diferentes, muito mais diferentes entre si – muitas vezes na postura diante da vida, na crença com os seus valores – do que nós mesmos, hoje, e alguns africanos que ainda permanecem nas capitais de países africanos. O mesmo se diga com as etnias indígenas: não se pode mencionar como sendo iguais por exemplo os índios Yanomami com os Gavião, com os Guarani, com os Potiguara, com os Tabajara, que já foram eliminados na Paraíba. Quer dizer, havia uma centena de etnias indígenas aqui, e dezenas de etnias africanas foram trazidas para cá, não sendo, portanto, possível se falar nessa formação com uma raiz única.

Outro aspecto importante é o da desigualdade no processo. Os portugueses vinham como titulares das armas que oprimiam e tiravam dos índios suas terras e suas vidas, escravizando-os. Tiravam também dos africanos toda a sua força social, os retiravam da África e os traziam para cá, transformando-os em coisa. A miscigenação que aconteceu foi um estupro de raças e não um consentimento voluntário no seu nascedouro.

Há um rico pronunciamento de um chefe Tupinambá quando estava sendo levado pelos franceses para a célebre Corte Francesa. Queixando-se, dizia:

Vocês, franceses, diziam-se diferentes dos portugueses; diziam que não queriam nossas terras, nossas riquezas; faziam-se nossos irmãos; deitavam-se com nossas

filhas e tornavam-se nossos filhos por conta disso. Sendo nossos parentes, portanto, emprestavamos nossos guerreiros para auxiliá-los contra os portugueses. Vocês trocavam suas mercadorias pelas nossas mercadorias, e nos dávamos bem; mas vocês, também como os portugueses, começaram a não ficar satisfeitos com os servos que conquistávamos nas guerras, e começaram a tornar-nos escravos de vocês. No começo, vocês se diziam diferentes dos portugueses, mas são todos iguais.

Esse aspecto é relevante para se mencionar a desigualdade histórica na herança brasileira e a importância de se reconhecer e se afirmar que ainda hoje estamos sentados sobre essa desigualdade histórica, não reconhecendo como as diferenças profundas merecem também medidas enérgicas para serem combatidas, e a reparação materializada.

O Professor Thornberry fez referência à Convenção para Prevenção e Punição do Genocídio. Em seguida a essa Convenção, adotamos a Lei n.º 2.889 que, praticamente, transcreve os mesmos princípios, preceitos e situações da Convenção contra o genocídio, estabelecendo o genocídio como sendo um delito distinto do homicídio, até porque pode haver genocídio sem que haja homicídio. O Professor Thornberry citou um destes exemplos: quando se faz a retirada das crianças ou quando se desloca o grupo de um ponto para outro, impedindo a sua reprodução física e cultural.

Tivemos um caso célebre decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, retificando decisão do Tribunal da 1.ª Região. Garimpeiros em Roraima que mataram dezesseis índios yanomami foram julgados por um Juiz Federal e condenados. O Tribunal Regional Federal da 1.ª Região entendeu que, tendo havido homicídio, a competência não era do Juiz singular, mas, sim, do Júri, porque o homicídio era crime doloso contra a vida e, portanto, a competência seria do Tribunal do Júri. Recorreu-se dessa decisão, e o Superior Tribunal de Justiça, em uma decisão histórica, marcante, entendeu que genocídio é um delito distinto do homicídio. Enquanto no homicídio se deseja destruir uma vida singularmente considerada, no genocídio é uma etnia ou um grupo enquanto tal que se deseja destruir e, portanto, é a só pertinência a esse grupo que tem interesse para o genocida, além de vários outros fatores que interagem no processo. O bem jurídico tutelado no genocídio é a existência do grupo enquanto tal. Portanto, é um bem jurídico diferente daquele tutelado pela proteção à vida.

Mencionarei de passagem a Lei n.º 7.716: “crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”. No Brasil, não temos respostas sociais e econômicas para as desigualdades sociais, as diferenças e as agressões, especialmente as que decorrem de condutas ou atitudes preconceituosas e, por fim, discriminatórias. Queremos acabar com o problema criminalizando condutas. Temos uma compulsão em criminalizar condutas e achar que

cadeia é a solução para todos os males ou a sua ameaça. Como consequência, estabeleceram-se, algumas vezes, punições severas, fazendo com que os Juízes nunca as aplicassem àquelas pessoas encontradas em culpa.

Essa lei que criminaliza as condutas é obtusa, porque não enfrenta a gravidade do problema da discriminação e do preconceito no Brasil, pois não tendo o *apartheid* da maneira como a África do Sul o tinha, ninguém é proibido de entrar em um restaurante ou de ter acesso a uma escola pelo fato de ser negro. A coisa é muito mais sutil, porque se diz: “Você não está com trajes adequados”. O Professor Thornberry comentava comigo e com a Rachel que os hotéis no Rio de Janeiro mencionam códigos de conduta para cada restaurante: “Em tal restaurante, o traje adequado é paletó e gravata; noutros, *blazer*, calça estilo casual, calça *jeans*, bermuda.”. São esses estilos, essas formas sutis de estabelecer na sociedade brasileira exigências que fazem com que os negros não consigam entrar nos restaurantes finos, e aqui termina havendo aquela igualização de “a maioria dos negros é pobre; grande parte dos pobres é negra.”, o que significa dizer que são três os preconceitos da discriminação: cor, classe e cultura e, na expressão classe, compreendendo, também, a questão da ordem econômica.

O Código Penal foi recentemente modificado no seu art. 140 para estabelecer a possibilidade de criminalização daquela agressão verbal como injúria. Pela lei brasileira, dizer a alguém: “Negro safado! Índio nojento! Cigano ladrão!”, não é crime de racismo, ou seja, não se considera esse componente étnico de cor ou raça, normalmente acompanhado de um adjetivo depreciativo ou pejorativo, como sendo uma expressão verbal racista. Considera-se como sendo injúria, embora devesse se considerar, na verdade, crime de racismo aplicado dessa maneira.

Gostaria de chamar a atenção para dois artigos da Constituição que normalmente passam despercebidos para a maioria das pessoas. O primeiro é o art. 215, que trata da questão cultural; o outro, o 216. Pelo art. 215:

O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1.º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afrobrasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

[...]

Incluem-se, aí, as minorias decorrentes dos processos migratórios nacionais e internacionais, intercontinentais e intracontinentais, ou seja, coreanos, japoneses, alemães, italianos,

bolivianos no Brasil. Esses fazem parte de um grupo étnico de origem nacional diferente da nossa, ou a etnia em decorrência da origem, a que se somam tantos outros, como os judeus e os muçulmanos em razão da religião. Todos são igualizados no sentido da dignidade essencial da sua contribuição cultural.

O art. 216 determina que os bens de natureza material, a produção da cultura material propriamente dita, constituem patrimônio cultural brasileiro. Uma pedra é uma pedra, mas se for uma pedra insculpida, pintada ou lavrada, é um bem cultural. Assim também um tronco de árvore. Mas, se for um tronco trabalhado que se converta em um totem, em uma escultura ou em um adereço, passa a ser produto da cultura. Então, todos esses, individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à memória, à ação dos diferentes grupos formadores da sociedade, são patrimônio cultural brasileiro, incluindo-se as formas de expressão: a língua Sanumá, que é uma variação do Yanomami; o *Yanomamè* especialmente dito; o Guarani; o Caló dos ciganos; também a língua Romani de outro grupo de ciganos. Todas são formas de expressão, mas não só a língua ou a linguagem como forma de expressão. Temos a expressão corporal, com a pintura do corpo, com a forma da dança; as formas de expressões artísticas; os adereços que se atribuem; a forma de expressão da organização tribal pelo modo como constituem suas casas, suas habitações; a maloca dos Yanomami, ou xapono, é diferente da maloca existente nos tempos antigos entre os Potiguara, os Tucano, os Gavião ou os Guajajara do Maranhão. A forma de organização e expressão é patrimônio cultural brasileiro respeitada na sua individualidade.

Modos de criar, fazer e viver. O modo de criar dos índios na sua produção artística, musical; o modo de fazer o trançado com as fibras, o modo com que tecem e constroem suas vidas; o modo de viver dos ciganos, nômades ou sedentários. Todas essas formas fazem parte do patrimônio cultural brasileiro, assim como suas criações científicas, artísticas, tecnológicas, obras, objetos e documentos. Com relação aos quilombos, também foram tombados documentos e sítios detentores de reminiscências históricas.

Esses artigos mencionados dizem respeito às minorias em geral e, portanto, a todas as minorias. No Brasil, por minoria, entendemos, em regra geral, os índios com muita clareza. Os negros e o movimento negro, sendo que 45% da população brasileira, consideram que a abordagem não deva ser de Direito das Minorias, mas de uma outra forma de partilha dos bens e dos recursos na sociedade, ou seja, uma outra forma de organização social que seja mais igualitária, mais justa, realizando justiça social.

Falava a respeito disso com o Professor Thornberry, e ele disse que é absolutamente verdadeiro que um grupo de 45% da população não pode ser tratado como um grupo de

um por cento ou meio por cento da população. Mas, ao mesmo tempo, esse grupo, que forma 45% da população brasileira, pode se valer, e muito, dos direitos que são reconhecidos para a minoria. Mas, compete-lhe estabelecer as estratégias de luta e avançar para a realização da igualdade. Não só nas leis, mas a igualdade nos fatos.

No Brasil, reconhecemos os direitos dos índios para respeitar a Constituição ou as leis de maneira mais categórica. Por isso, merece um capítulo especial a análise dos direitos dos índios no Direito brasileiro, sendo relevante mencionar: arts. 231 e 232 da Constituição, e 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; a Agência Governamental, a Fundação Nacional do Índio, que tem a responsabilidade de cuidar da política indigenista oficial e de fiscalizar, no âmbito da União, o respeito e a proteção de todos os direitos dos índios; a Lei n.º 6.001, de 1973, que é o Estatuto do Índio, em que há o registro fundamentalmente dos direitos reconhecidos pela sociedade envolvente; e algumas outras normas específicas que falam sobre a demarcação de terras; uma lei específica recente sobre saúde indígena; leis mais anteriores; Lei n.º 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), que tem dispositivos expressos nos arts. 32, 78 e 79 sobre educação indígena.

O art. 231 da Constituição diz o que todo Estado deve fazer para toda minoria e o que o Brasil faz em relação aos índios: “São reconhecidos aos índios sua organização social, [...]”; também deve ser reconhecida aos quilombos e quilombolas, aos ciganos, às comunidades japonesas, que têm uma forma de organização diferente da nossa, especialmente na sua herança recente, quando chegaram no Brasil, nas décadas de 20 e 30. Organizavam-se e reproduziam aqui os valores que tinham trazido de lá, e reconstruíam as vidas que tinham herdado culturalmente dos seus pais e avós do Japão. Aos índios, sim, com certeza, mas não apenas a eles como às outras minorias devem ser reconhecidos sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. São específicos dos índios os direitos originários sobre as terras e sua ocupação tradicional, porque o direito originário significa que o Estado declara, reconhece a preexistência do direito à própria Constituição.

O direito dos índios não deriva da nossa Constituição, mas do fato de já estarem aqui quando os portugueses chegaram. Por isso, reconheço, de claro, proclamo e afirmo que ele é originário; nasce com o índio e pertence a todos os índios coletivamente. Esse é um outro detalhe. No Brasil, já reconhecemos com mais facilidade do que as Nações Unidas que os direitos das minorias são coletivos, direitos que pertencem ao grupo, sem prejuízo de que cada membro da comunidade também seja titular desses direitos.

Compete à União respeitar, fazer respeitar e proteger todos os direitos e bens dos índios. As terras dos índios são sempre para eles e usufruto deles; são inalienáveis, indisponíveis,

e os direitos imprescritíveis, mas não é isso o que têm considerado os nossos Tribunais. É vedada a remoção dos grupos indígenas e são nulos e extintos os atos que tenham por objeto a ocupação.

É raro se conseguir uma liminar em qualquer Corte deste país que faça retirar, de imediato, fazendeiros ricos e donos de muitas terras que invadam cada vez mais as terras dos índios. Quanto aos garimpeiros, isso é mais fácil, porque eles não estão ali pelas terras, mas pelo ouro.

A Paraíba foi fundada em 1580, quando o Reino de Portugal estava sob a Coroa do Reino da Espanha. Portanto, em 1585, uma expedição real portuguesa e outra espanhola partiram da Bahia para celebrar as pazes com os índios Tabajara, destruir os índios Potiguara na Paraíba e fundar a Capitania Real da Paraíba, com a finalidade de defender os engenhos dos portugueses em Tracunhaém, Pernambuco. Curiosamente, quinhentos anos depois, ainda são donos de engenhos e usinas de Pernambuco que ocupam e roubam as terras dos índios na Paraíba, e a Justiça tem feito muito pouco para combater esse mal que já dura séculos.

A propósito, os ricos contrataram um ex-ministro do Supremo Tribunal Federal para defender esses usineiros, em uma luta profundamente desigual.

Não cabemos de indignação com a forma com que é aplicado o dinheiro público e privado, porque todos esses projetos são financiados com dinheiro público, desrespeitando os direitos das minorias.

Por fim, os índios têm seu direito amparado pelo Ministério Público e pela Funai, podendo também fazê-lo diretamente, embora sejam organizações comunitárias sem personalidade jurídica própria, porque se respeita sua organização tribal, o que quer dizer que seu representante, o seu tuxaua, o seu cacique ou o seu maioral, irá representá-los nas audiências públicas em processos judiciais, e as Cortes brasileiras já têm aceitado isso com bastante tranquilidade, o que significa um reconhecimento dos direitos dos índios.

E quanto aos negros? Esses não são reconhecidos em seus direitos, se não em uma tentativa de aplicação daquele preceito geral da igualdade e não discriminação. Com relação aos negros quilombolas, que formavam comunidades remanescentes dos quilombos negros, que resistiram, porque lutaram contra a opressão portuguesa, a Constituição, como forma de reparação, reconheceu o tombamento de seus sítios e o direito à propriedade definitiva sobre as terras que ocupavam.

Passados treze anos da Constituição de 1988, não existe uma política clara para implementar esse dispositivo constitucional, porque o órgão cultural que pode cuidar do direito das comunidades quilombolas, a Fundação Cultural Palmares, tem buscado conhecimento no aspecto étnico-cultural, mas não tem experiência fundiária, e o Incra tem essa experiência, mas não tem conhecimento étnico-cultural. Portanto, o Governo permanece sem uma política clara, sem um mecanismo próprio que faça avançar esse direito.

Há uma decisão de um Tribunal de Minas Gerais, proferida em 1999, e diga-se de passagem, é uma das poucas decisões no Brasil, condenando o preconceito racial – chamo a atenção dos senhores para a parte final. Trata-se do caso de um jornalista que citava em um artigo que sentia saudades do tempo do açoite no Pelourinho e dos castigos impostos às pessoas negras no período do Brasil-Colônia, ao mesmo tempo em que dizia não ter preconceito, pois tinha até um amigo negro. É comum o racista se posicionar dessa forma. Em Minas Gerais, o Tribunal assim se manifestou:

O crime de preconceito racial não se confunde com o crime de injúria, à medida que este protege a honra subjetiva da pessoa, que é o sentimento próprio sobre os atributos físicos, morais e intelectuais de cada pessoa, e aquele protege contra o preconceito racial, que é a manifestação de um sentimento em relação a uma raça.

O Tribunal manteve a condenação. Essa foi, portanto, uma decisão rara a respeito do tema. Há, por exemplo, uma decisão de um Tribunal do Mato Grosso do Sul, justificando que, no calor de uma briga, chamar alguém de “negro safado”, “negão” ou “neguinho”, é apenas uma forma de se dirigir a alguém cuja cor é negra.

E quanto aos ciganos? Os primeiros ciganos chegaram ao Brasil pelo Maranhão, por Pernambuco, pela Bahia e pelo Rio de Janeiro há trezentos anos. O Brasil tem olhos para identificá-los?

Atualmente, estão espalhados por todas as partes do País: circundam Brasília, há muitos na Bahia, no Rio de Janeiro, em Minas Gerais e também em São Paulo, onde acampam no centro da cidade.

Ouvi, em Pernambuco um Juiz do Tribunal Regional Federal da 5.^a Região dizer que os ciganos, atualmente, são a maior praga da Espanha, mas, no Brasil, não há ciganos. Disse-lhe que, em Recife, eles não apenas existem, e continuam invisíveis para a maioria das pessoas, como foram eternizados em versos célebres de autores que escreveram fatos desse Estado. Por exemplo: no drama final de “Morte e Vida Severina”, de João Cabral de Melo Neto, quando nasce a filha do Mestre Carpina, a cena eternizada retrata

exatamente a cigana lendo a sorte da criança que acabara de nascer. Portanto, os ciganos estão na literatura e ainda assim há preconceito em relação a eles em vários cantos do País.

Mas, vejam essas duas decisões: uma de um Tribunal do Rio Grande do Sul, e outra de um Tribunal de São Paulo:

Habeas corpus. Paciente acusado de homicídio. Cigano sem endereço fixo ou trabalho regular.

Não se menciona “‘cidadão’ sem endereço fixo ou trabalho regular”, mas “cigano”, o que é mais grave ainda, e denega-se a ordem. Ora, não sei de onde vem nem para onde vai; não trabalha; não sei onde mora; é um nômade, pode-se dizer. Como o Professor mencionou, há algumas normas que têm um impacto mais perverso sobre determinados grupos. Essa norma que induz à suspeita de que quem não tem endereço fixo e é, de antemão, considerado incapaz de prestar contas à Justiça, tem um impacto muito mais severo sobre os ciganos do que sobre qualquer outro grupo.

Mas, se ainda assim couber dúvida ou suspeita de que essa decisão não tenha sido discriminatória, na segunda decisão, a do Tribunal de São Paulo, o véu cai por inteiro:

Habeas corpus. Indiciado primário, incurso nas penas do art. 121, § 2.º. Pretendido o relaxamento do flagrante. Inadmissibilidade. Hipótese de existência de perigo na demora, o que justifica a prisão cautelar. A hipótese não é de se examinar as condições da vítima pelo fato de ser filho de político e o réu ser cigano, mas, sim, de se ver o clamor público provocado no local do delito com tal ocorrência, aliado à condição errante do paciente.

O cigano é um errante. Nem em Portugal quinhentista o fato de os ciganos serem errantes ou nômades era motivo suficiente para que fossem condenados à morte. Às vezes, eles tinham de duas a três semanas para se sedentarizar; se continuassem vagando, podiam ser presos e mortos. Como a lei foi modificada, passou a ser um absurdo, na Europa, aceitar a condenação dos ciganos à morte. Na Inglaterra, assim como na Alemanha, ciganos também eram queimados sob suspeita de bruxaria. No mesmo local em que 26 milhões de judeus foram mortos, 600 mil ciganos também foram mortos na Alemanha.

Falo, portanto, de um fenômeno recente. Então, os ciganos nascidos em Portugal não podiam mais ser mortos, nem banidos, estabelecendo-se que iriam ficar na Colônia. Em Portugal, ainda hoje, quando se quer mandar alguém para muito longe, diz-se: “Vai-te a Pernambuco”, assim como no Brasil, quando se quer mandar alguém para longe, manda-

-se para a China. Raramente, um de nós foi lá. Mas, o destino de um desafeto é ser mandado para a China, quando não para outros cantos, às vezes até mais perto, mas não necessariamente bons.

Com isso, encerro a minha participação, registrando que é fundamental compreendermos que as minorias são menores em número ou em poder, e esse é um outro detalhe. Fazendo referência à Professora Carmem Lúcia, as mulheres, assim como os pobres, são maioria numérica, mas destituídos de poder econômico, material ou político. E “poder” é a capacidade de fazer com que os outros observem a sua vontade. Essa é uma regra e um conceito básico de “poder”. Enquanto liberdade significa eu próprio fazer a minha vontade, a autoridade ou o poder é fazer com que os outros respeitem a minha vontade e, portanto, a minha autoridade.

Na nossa sociedade machista, as mulheres são maiores em número, mas ainda não em poder. Por isso, devem ser, juntamente com todos os demais, respeitadas na sua igualdade essencial: menores em número e poder, mas não menores em dignidade nem em direito.

Submissão em: julho de 2009

Pareceres favoráveis em: outubro de 2009

N O R M A S T É C N I C A S
D E P U B L I C A Ç ã O

NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO

- 1 O trabalhos a serem publicados pela *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos* deverão ser inéditos em língua portuguesa e versar sobre temas da área jurídica e suas interfaces.
- 2 Deverão ser enviados via email (como arquivo anexo) para o endereço estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br com cópia para [<eltondx@hotmail.com>](mailto:eltondx@hotmail.com) ou [<eltondx@uol.com.br>](mailto:eltondx@uol.com.br), em formato Word.
- 3 A Revista não se obriga a publicar os trabalhos enviados, sua publicação pressupõe aprovação pelos seus Conselhos Editorial e Consultivo.
- 4 Os autores dos trabalhos selecionados, receberão, a título de direitos autorais, 2 exemplares da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos. Não haverá pagamento de *pro labore* ou qualquer vantagem a título de direitos autorais.
- 5 Excepcionalmente o trabalho poderá conter imagens, gráficos ou tabelas, desde que essas sejam disponibilizadas pelo autor, em formato JPG, com definição de 72 dpis. Essas imagens deverão ser designadas como figuras, com numeração seqüencial e indicação da fonte de onde foram extraídas.
- 6 O texto deverá ser digitado em fonte Times New Roman ou Arial, tamanho do papel A4, corpo 12, com espaço entre-linhas de 1,5 linha. Artigos e entrevistas deverão ter, no máximo, 15 páginas, incluindo imagens e referências. Resenhas deverão ter, no máximo, 5 páginas.
- 7 A formatação do texto deverá obedecer às seguintes recomendações:
 - 7.1 Título no alto da página, todo em maiúsculas e centralizado;
 - 7.2 Nome do autor duas linhas abaixo do título, alinhado à direita e com as iniciais em maiúsculas;
 - 7.3 Instituição a que o autor é vinculado logo abaixo do nome do autor, alinhada à direita e com as iniciais em maiúsculas;
 - 7.4 Resumo, em Português e em Inglês, de no máximo 100 palavras, duas linhas abaixo da instituição a que o autor é vinculado, com alinhamento justificado e espaço entre-linhas simples;
 - 7.5 Palavras-chave e *keywords*, em número máximo de 5, deverão seguir, respectivamente o resumo em Português e Inglês.
 - 7.6 O corpo do texto deverá vir duas linhas abaixo do abstract e receber alinhamento justificado;
 - 7.7 No corpo do texto, os parágrafos deverão vir sem recuo e com duplo de um para outro;
 - 7.8 As citações maiores do que três linhas deverão ser destacadas do texto, com distância de 4 cm da margem esquerda, e digitadas em corpo 11, sem aspas;

7.9 As notas explicativas deverão se restringir ao mínimo indispensável;

7.10 As referências de citações textuais deverão ser feitas no próprio texto, entre parênteses, conforme o seguinte modelo:

Isso mostra-se possível desde que os partidos atuem sem se agarrarem ao *status quo*, o qual hoje em dia “não é nada mais do que o turbilhão de uma modernização que se acelera a si mesma e permanece abandonada a si mesma” (HABERMAS, 2001, p. 142).

7.11 As referências do trabalho deverão ser indicadas de modo completo ao final do texto, obedecendo ao seguinte padrão:

Publicações impressas

Publicações avulsas:

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 220p.

Artigos em publicações avulsas:

XAVIER, Elton Dias . A Identidade Genética do Ser Humano como um Biodireito Fundamental e sua Fundamentação na Dignidade do Ser Humano. In: Eduardo de Oliveira Leite. (Org.). **Grandes Temas da Atualidade**: Bioética e Biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41-69.

Artigos em publicações periódicas:

DWORKIN, Ronald. Elogio à teoria. Tradução de Elton Dias Xavier. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, Montes Claros, v.1. n.1, p. 9-32, jul./dez. 2006. Título original: In praise of theory.

XAVIER, Elton Dias. A Bioética e o conceito de pessoa: a re-significação jurídica do ser enquanto pessoa. **Bioética**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 217-228, 2000.

Documentos eletrônicos disponibilizados na Internet:

AVRITZER, Leonardo. Ação, fundação e autoridade em Hannah Arendt. **Lua Nova**. São Paulo, n. 68, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000300006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 nov. 2006.

Para os casos omissos, consultar as normas da ABNT <www.abnt.org.br> referentes à publicação acadêmica.

7.12 – As referências mencionadas no item acima deverão ser formatadas com espaço simples entre linhas, precedidas pela expressão “REFERÊNCIAS”, sendo que esta deverá ser colocada duas linhas após o final do texto;

8. A remessa dos trabalhos implica o conhecimento e a total aceitação das normas aqui descritas.



CAMPUS JK

Av. Osmane Barbosa, 937 - JK
Montes Claros - MG
(38) 3690-3600

CAMPUS SHOPPING

Av. Donato Quintino, 90 - Cidade Nova
Montes Claros - MG
(38) 3224-7900



Impressa

ISSN 1809-7278



9 771809 727009

Eletrônica

ISSN 2358-9744



9 772358 974005